

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht III - Beweislastumkehr, Arbeitsteilung, selbständiges Beweisverfahren, Verjährung

Rechtsanwalt Rüdiger Martis, Kanzlei Martis, Maier, Roman-Josse, Enslin, Schumm, Schwäbisch Gmünd und Rechtsanwältin Martina Winkhart-Martis, Fachanwältin für Medizinrecht, Sindelfingen

Im Anschluss an die Vorjahresberichte (MDR 2009, 611 – 617; MDR 2009, 1082 – 1090) und die Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Aufklärungsproblematik (MDR 2011, XXX) stellen die Autoren des Standardwerkes „Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage 2010“ die aktuelle Rechtsprechung zu den Fallgruppen der Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht, den Dokumentationsversäumnissen, dem Umfang des Vertrauensschutzes bei der „horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung“, der Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens und zur Verjährung im Arzthaftungsrecht dar.

I. Beweislastumkehr

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, den Eintritt eines Körper- oder Gesundheitsschadens und den Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Arztes und dem Schaden trägt grundsätzlich der Patient (vgl. hierzu BGH, VersR 1999, 716; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz B 200, 213, 218; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rz 591 ff., 702, 529; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 107, Rz 1 ff., 24 ff.; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz B 471 ff., B 1 ff.).

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 um Dokumentationsversäumnisse.

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 – ggf. auch in der „Gesamtschau“ mehrerer einfacher Behandlungsfehler – festgestellt werden kann. Nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der grobe Behandlungsfehler den Schaden nicht (BGH, Urt. v. 27.4.2004 – VI ZR 14/03, VersR 2004, 909, 919 = NJW 2004, 2011, 2013; BGH, Urt. v. 16.3.2010 – VI ZR 64/09, GesR 2010, 255, 257, Rz 18; BGH, Urt. v. 6.10.2009 – VI ZR 24/09, VersR 2009, 1668, 1670; BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, NJW-RR 2010, 833, 834, Nr. 11; OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.5.2008 – 7 U 158/07, VersR 2009, 831, 832).

a. Beurteilung eines Fehlers als „grob“

Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Arzt **eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen hat und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt des entsprechenden Fachgebiets schlechterdings nicht unterlaufen darf** (BGH, Urt. 16.6.2009 – VI ZR 157/08, MedR 2010, 101, 103 = VersR 2009, 1267, 1268 = NJW 2009, 2820, 2822, Rz 15; BGH, Beschl. v. 22.9.2009 – VI ZR 32/09, VersR 2010, 72; BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, NJW-RR 2010, 833, 834, Rz 11; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.1.2008 – 5 U 92/06, NJW-RR 2009, 32, 34; OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 48; OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.5.2008 – 7 U 158/07, VersR 2009, 831, 832; OLG Koblenz, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 U 478/09, VersR 2010, 1184; OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 39).

Die Beweislastumkehr bei Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ knüpft daran an, dass die nachträgliche Aufklärbarkeit des tatsächlichen Behandlungsgeschehens wegen des besonderen Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in einer Weise erschwert ist, so dass der Arzt nach Treu und Glauben - also aus Billigkeitsgründen - dem Patienten den vollen Kausalitätsnachweis nicht mehr zumuten kann. Die Beweislastumkehr soll einen Ausgleich dafür bieten, dass das **Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch den Fehler besonders verbreitert oder verschoben** worden ist (BGH, Urt. v. 16.3.2010 – VI ZR 64/09, GesR 2010, 255, 257, Rz 18; BGH, Urt. v. 6.10.2009 – VI ZR 24/09, VersR 2009, 1668, 1670, Rz 14).

Grundsätzlich muss die Bewertung eines Behandlungsgeschehens als „grob fehlerhaft“ in den Ausführungen eines Sachverständigen ihre tatsächliche Grundlage finden und darf **keinesfalls entgegen dessen sachlichen Ausführungen bejaht werden** (BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – VI ZR 261/08, VersR 2009, 1406, 1408, Rz 6, 11; BGH, Urt. v. 12.2.2008 – VI ZR 201/06, VersR 2008, 644, 645; Einzelfälle bei Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz G 172 – G 189, S. 662 ff.).

Allein der Hinweis des beauftragten Sachverständigen, das Zuwarten zur Vornahme einer indizierten Operation sei „zu großzügig“ gewesen, er selbst hätte nicht solange gewartet, reicht zur Begründung der Wertung, der Behandlungsfehler sei „grob“, ebenso wenig aus (vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 48) wie die Feststellung des Sachverständigen, es läge ein Behandlungsfehler vor, der „eigentlich nicht passieren darf“ (OLG Naumburg, Urt. v. 26.4.2004 – 1 U 2/04, GesR 2004, 225).

Dies bedeutet aber nicht, dass das Gericht die Bewertung der Schwere des Fehlers dem Sachverständigen allein überlassen und nur die seltenen Fälle, in denen dieser das ärztliche Verhalten als nicht nachvollziehbar bezeichnet, als grob werten darf (BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – VI ZR 261/08, VersR 2009, 1406, 1408, Rz 6, 11; OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 39). Vielmehr hat der **Tatrichter** die sich aus den vom Sachverständigen dargelegten Umständen ergebende **Bewertung selbst vorzunehmen**, wobei er aber von dessen medizinischer Bewertung nicht abweichen soll (OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 39).

So drängt sich das Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ auch ohne entsprechende Bewertung durch den Sachverständigen auf, wenn es im Rahmen eines Geburtsvorgangs **zur Hyperventilation eines Säuglings über die Dauer von fünf Stunden** gekommen ist und die Krankenunterlagen keinerlei Eintragungen über getroffene Maßnahmen zur Stabilisierung der Sauerstoffzufuhr über knapp drei Stunden mit Ausnahme einer Blutabnahme zur Vornahme einer Blutgasanalyse enthalten. Es liegt nahe, dass in einem solchen Fall **zumindest in der Gesamtschau ein „grober Behandlungsfehler“** vorliegt (BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – VI ZR 261/08, VersR 2009, 1406, 1408, Rz 6, 11).

Die für den Patienten geltenden Regeln zur Beweislastumkehr beim Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ oder einer „unterlassenen Befunderhebung“ **greifen nach h. M. auch bei der Geltendmachung des Anspruchs aus übergegangenem Recht (cessio legis)**, etwa durch einen Gesamtschuldner, der den Schadensersatzanspruch des Patienten erfüllt hat, oder die Krankenversicherung des Patienten, ein (OLG Stuttgart, Urt. v. 18.4.2006 – 1 U 127/04 mit NA-Beschl. BGH v. 10.7.2007 – VI ZR 94/06; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.10.2004 – 1 U 87/03 mit NZB BGH v. 31.05.2005 – VI ZR 300/04; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz B 256; offen gelassen von BGH, Urt. v. 6.10.2009 – VI ZR 24/09, VersR 2009, 1668, 1669, Rz 12, 13; anderer Ansicht mit beachtlichen Gründen Hausch, VersR 2005, 600, 605 f. und Hausch, Dissertation 2007, S. 209 – 218; zustimmend Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 110, Rz 7).

b. Einzelfälle

Das Gericht verletzt den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 II GG), wenn es sich im Urteil nicht mit den **Ausführungen eines Privatgutachtens** auseinandersetzt, wonach eine **sofortige Krankenhauseinweisung** des verstorbenen Ehemanns der Klägerin, der **mehrere Risikofaktoren für eine koronare Herzerkrankung** (Nikotinabusus, Bluthochdruck, familiäre Belastung, Adipositas und Blutzuckererhöhung) aufwies, bei einer dem Arzt mitgeteilten Schmerzsymptomatik und pathologischem EKG dringend geboten war. Bei einer derartigen Sachlage kann die Annahme eines „groben Behandlungsfehlers“ nicht vom Gericht mit der Begründung ausgeschlossen werden, der auf dem EKG erkennbare Infarkt hätte bereits mehr als zwölf Stunden zurückgelegen, eine Behandlung des Gefäßverschlusses sei deshalb nicht mehr möglich gewesen (BGH, Beschl. v. 22.09.2009 – VI ZR 32/09, NJW-RR 2010, 711, 712 = VersR 2010, 72, 73, Rz 5, 7).

Unterlässt es ein niedergelassener Arzt (Allgemeinmediziner bzw. Internist), einen Patienten mit **erheblichen Risikofaktoren, entsprechender Schmerzsymptomatik und pathologischem EKG nicht unverzüglich in das nächstgelegene Krankenhaus einzuweisen**, so liegt kein „Diagnoseirrtum“, sondern ein Fall der „unterlassenen Befunderhebung“ (hier: unterlassene Durchführung der gebotenen Anschlussdiagnostik, serielles EKG, Blutabnahme, Troponin-Test, Feststellung des Vorliegens von Herzrhythmusstörungen) vor (BGH, Beschl. v. 22.9.2009 – VI ZR 32/09, VersR 2010, 72, 73).

Für eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen einem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden des Patienten reicht es aus, dass die **Unterlassung der Erhebung dringend gebotener Befunde einen groben ärztlichen Fehler darstellt** (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116).

Deutet das klinische Bild (schwere neurologische Ausfälle, Fußheberschwäche) auf einen massiven, bei konservativem Vorgehen möglicherweise irreversiblen Schaden hin, ist die

Operation eines Bandscheibenvorfalles dringend indiziert. Hierüber ist der Patient aufzuklären (therapeutische Aufklärung). Unterbleibt ein **Hinweis auf die Dringlichkeit der Operation**, ist davon auszugehen, dass sich der Patient bei entsprechender Aufklärung beratungsgemäß verhalten hätte.

Wird die **dringend indizierte Bandscheibenoperation erst acht Tage später ausgeführt, liegt ein „grober Behandlungsfehler“ vor** (OLG Koblenz, Urt. v. 29.10.2009 – 5 U 55/09, GesR 2010, 199, 201, 202 = VersR 2010, 480, 481).

Ein „grober Behandlungsfehler“ eines Chirurgen bzw. Orthopäden liegt jedenfalls in der **„Gesamtschau“** vor, wenn Bandscheibenteile, die wahrnehmbar in den Spinalkanal eingedrungen sind, nicht entfernt werden und es während der Operation zu einer ausgreifenden und außergewöhnlichen Verletzung der Dura an drei Stellen über eine Länge von mindestens drei Zentimetern kommt (OLG Koblenz, Urt. v. 29.10.2009 – 5 U 55/09, GesR 2010, 199, 203 = VersR 2010, 480, 481).

Unterlassen es die Ärzte der unfallchirurgischen Abteilung eines Krankenhauses, mittels eines CT zu überprüfen, ob sich der nach einem Sturz mit einem Schädel-Hirn-Trauma eingelieferte Patient den gesamten **gelegten Katheder herausgezogen hat und kein Rest hiervon im Schädel verblieben** ist, liegt ein grober Behandlungsfehler vor. Als Rechtsfolge tritt eine Beweislastumkehr für die sogenannten **„Primärschäden“** und darüber hinaus diejenigen **„Sekundärschäden“** ein, die als typische Folge des Primärschadens anzusehen sind (OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.5.2008 – 7 U 158/07, VersR 2009, 831, 832 im Anschl. an BGH, VersR 1989, 758 = NJW 1989, 2941; vgl. auch OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 28, 39: grober Behandlungsfehler muss generell geeignet sein, den „Primärschaden“ zu verursachen; auch OLG Koblenz, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 U 478/09, VersR 2010, 1184: Sekundärschäden nach § 287 ZPO zu beurteilen).

Als von der Beweislastumkehr erfasster **Primärschaden**, zumindest als typischer, mit dem Primärschaden verbundener **Sekundärschäden** ist in einem solchen Fall auch die Infektion in Form einer Meningitis mit Liquorabflussstörung sowie eine Hirndruckerhöhung anzusehen, während die neurologischen und psychischen Folgen sowie die Verminderung der intellektuellen Leistungsfähigkeit des Patienten allenfalls nach § 287 ZPO zu beurteilende Sekundärschäden darstellen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.5.2008 – 7 U 158/07, VersR 2009, 831, 833: Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für Sekundärschäden im entschiedenen Fall auch nach § 287 ZPO i.S.einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht nachweisbar).

Vor einer **Injektion im Hals-Schulter-Bereich** ist die betroffene Hautstelle auch beim notärztlichen Einsatz im häuslichen Umfeld gründlich zu desinfizieren. Bei der Verwendung eines Desinfektionssprays muss die entsprechende Stelle besprüht, anschließend abgewischt und erneut besprüht werden, wobei eine mindestens dreißig Sekunden dauernde Einwirkzeit abzuwarten ist. Das **völlige Unterlassen derartiger Desinfektionsmaßnahmen ist schlechterdings nicht nachvollziehbar und grob fehlerhaft** (OLG Naumburg, Urt. v. 20.8.2009 – 1 U 86/08, GesR 2010, 73, 75).

Ein grober Behandlungsfehler liegt auch vor, wenn die künstliche Beatmung eines Frühgeborenen mehrere Stunden lang mit einem Atemzugsvolumen von 20 – 24 ml ohne regelmäßige arterielle Blutgasanalyse durchgeführt wird (OLG Brandenburg, Urt. v. 25.2.2010 – 12 U 60/09, juris, Rz 23).

c. Ausschluss der Beweislastumkehr

Stellt das Gericht nach sachverständiger Beratung einen „groben Behandlungsfehler“ fest – Gleiches gilt auch bei Feststellung der Voraussetzungen einer „unterlassenen Befunderhebung“ –, kommt es hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität trotz genereller 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. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, NJW-RR 2010, 833, 834, Rz 8, 11; OLG Köln, Urt. v. 18.2.2009 – 5 U 101/07, VersR 2010, 117, 118; (OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 29, 39; Einzelheiten bei Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz G 255 – G 274).

Die Beweislastumkehr greift nicht ein, wenn ein vom Gericht beauftragter Sachverständiger ausführt, der Tod der Patientin resultiere aus den mehrfachen, nicht nachweisbar auf Behandlungsfehlern beruhenden Anastomoseninsuffizienzen (Undichtigkeiten im Darm nach einer Bauchoperation); wäre das Zwerchfell mit entfernt und damit ein festgestellter, grober Behandlungsfehler vermieden worden, wäre **mit hoher Wahrscheinlichkeit** kein anderer postoperativer Verlauf zu erwarten gewesen. In einem solchen Fall (unterhalb der Schwelle einer „äußerst unwahrscheinlichen Kausalität !) hat sich **nicht dasjenige Risiko verwirklicht, dessen Nichtbeachtung den Behandlungsfehler als „grob“ erscheinen lässt** (OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 3, 42, 49; vgl. hierzu Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz. G 284, G 286 m.w.N.).

Eine Beweislastumkehr bei Vorliegen eines „groben Behandlungsfehlers“ scheidet auch dann aus, wenn durch das **Verhalten des Patienten eine selbständige Komponente für die Vereitelung des Heilungserfolgs 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, MDR 2005, 572, 573 = VersR 2005, 228, 229; BGH, Urt. v. 6.10.2009 – VI ZR 24/09, VersR 2009, 1668, 1670, Rz 14).

Dem Patienten kann die **Nichtbefolgung ärztlicher Anweisungen oder Empfehlungen** (therapeutische Aufklärung) mit Rücksicht auf den Wissens- und Informationsvorsprung des Arztes nur dann als Obliegenheitsverletzung oder Mitverschulden angelastet werden, wenn er die Anweisungen oder Empfehlungen auch verstanden hat. Hier reicht die **mangelnde Mitwirkung des Patienten** an einer Infusionsbehandlung nach erfolgter Tumoroperation an der Hypophyse zur Vermeidung einer Dehydrierung für den Ausschluss der Beweislastumkehr bei festgestelltem grobem Behandlungsfehler nicht aus, wenn der **Patient** über das Risiko der Behandlungsverweigerung bzw. Nichtbehandlung **nicht ausreichend aufgeklärt worden ist oder er die Anweisungen nicht verstanden** hat (BGH, Urt. v. 16.6.2009 – VI ZR 157/08, MedR 2010, 101, 103 = VersR 2009, 1267, 1268, Rz 13 – 15).

2. Unterlassene Befunderhebung

Hat ein Arzt **in erheblichem Ausmaß Diagnose- und Kontrollbefunde zum Behandlungsgeschehen nicht erhoben** oder hat er es schuldhaft unterlassen, medizinisch zwingend gebotene Befunde zu erheben oder zu sichern, greift im Einzelfall bereits eine Beweislastumkehr aus dem Gesichtspunkt des „groben Behandlungsfehlers“ ein (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 19.11.2007 – 3 U 83/07, juris, Rz 26, 30, 36, 40: zwingend gebotene neurologische Kontrolluntersuchungen bei aufgetretenen Sensibilitätsstörungen an den Füßen nach OP im Bereich des Rückenmarks; OLG Koblenz, Urt. v. 3.5.2007 – 5 U 567/05, OLGR 2008, 6, 7: Blutgasanalyse und rasche Sectio nach Abfallen der Herzfrequenz des Kindes im CTG über zwei Stunden unterlassen; OLG Jena, Urt. v. 23.5.2007 – 4 U 437/05, GesR 2008, 49, 51: unterlassene Biopsie bei Brustkrebsverdacht mit mehrdeutigem radiologischem Befund; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.1.2008 – 5 U 1508/07, OLGR 2008, 225, 226: unterlassene Hinzuziehung eines Bauchchirurgen sowie bildgebender Diagnostik zur Feststellung eines durchgebrochenen Magengeschwürs bei festgestelltem Blut im Stuhl; BGH, Beschl. v. 22.9.2009 – VI ZR 32/09, VersR 2010, 72, 73: unterlassene KKH-Einweisung eines Patienten mit erheblichen Risikofaktoren wie Nikotinabusus, Bluthochdruck, familiärer Vorbelastung, Adipositas und Blutzuckererhöhung bei entsprechender Schmerzsymptomatik und pathologischem EKG zur Abklärung eines Herzinfarkts; OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419, 420: unterlassene KKH-Einweisung durch Hausarzt nach unsicherer Diagnose einer „Gallenblasenkolik“ bei bestehenden, erheblichen Risikofaktoren für einen Herzinfarkt und entsprechenden Symptomen).

Nach der – oftmals verkannten oder falsch interpretierten – Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte kann dem Patienten eine **Beweislastumkehr im Fall 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 (von mindestens 50 %) ein so deutlicher und gravierender Grund ergeben hätte, dass
- (c.) sich die Verkennung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion auf diesen Befund als grob fehlerhaft darstellen müsste

(BGH, Beschl. v. 22.9.2009 – VI ZR 32/09, VersR 2010, 72, 73; BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – VI ZR 138/08, VersR 2009, 1404, 1406; OLG Köln, Urt. v. 26.5.2008 – 5 U 175/07, VersR 2009, 1543; OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419, 420; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2009 – 12 U 213/08, OLGR 2009, 694, 696 = juris, Rz 4 - 6; OLG Brandenburg, Urt. v. 27.8.2009 – 12 U 233/08, juris, Rz 20 – 25; OLG Zweibrücken, Urt. v. 20.11.2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540; OLG Koblenz, Urt. v. 8.1.2009 – 5 U 1057/08, GesR 2010, 71, 73; OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.2010 – 5 U 186/10; juris Rz. 22 ff., 34).

So liegt ein Behandlungsfehler eines Anästhesisten in der Form der „unterlassenen Befunderhebung“ vor, wenn er auf einer von ihm zur Überprüfung der Narkosefähigkeit des adipösen Patienten veranlassten Röntgenaufnahme einen mit der beabsichtigten Operation (hier: Knieoperation) nicht im Zusammenhang stehenden **„Zufallsbefund“**, **einen klassischen Lungenrundherd** mit einer Größe von 21 x 26 mm **nicht durch CT bzw. Entnahme einer Gewebeprobe abklären** lässt.

Führt der vom Gericht beauftragte Sachverständige aus, es sei **„hinreichend wahrscheinlich“** gewesen, dass ein CT bzw. eine nachfolgend durchgeführte Gewebeprobe **zur Diagnose eines Lungenkarzinoms geführt** hätte, wäre eine Nichtreaktion durch

komplette chirurgische Resektion und entsprechende Folgetherapien nicht anders als durch einen „groben Behandlungsfehler“ zu erklären (OLG Brandenburg, Urt. v. 27.8.2009 – 12 U 233/08, juris, Rz 20 – 25).

U. E. hätte sich das OLG Brandenburg – jedenfalls auf offensichtlich unterlassenen Hinweis der Behandlungsseite – mit der Frage des Vorliegens eines Diagnoseirrtums beschäftigen müssen. Das OLG Brandenburg führt zwar aus, es hätte ein klassischer Lungenrundherd vorgelegen, der auch für einen Nicht-Facharzt (hier: der Radiologie bzw. der Lungenheilkunde) erkennbar gewesen wäre. Der beklagte Anästhesist hatte diesen klassischen Lungenrundbefund aber gerade nicht diagnostiziert, weil er die Röntgenaufnahme lediglich zusätzlich zur Überprüfung der Narkosefähigkeit des Patienten für eine vorgesehene Knieoperation benutzte. Der Anästhesist hat den „Zufallsbefund“ **schlicht verkannt**, sodass ein u. E. noch als **einfacher, möglicherweise nicht als „fundamentaler Diagnoseirrtum“ zu bewertender Behandlungsfehler** vorlag. Hier wären weitere Feststellungen erforderlich gewesen. Wäre das Verkennen dieses „Zufallsbefundes“ nicht als „fundamentaler Diagnoseirrtum“ zu bewerten, etwa weil das Übersehen für einen Nicht-Facharzt, dem ein konkreter Auftrag erteilt worden war, als noch vertretbar einzuschätzen wäre, so hätte die „Privilegierung“ des Arztes, dem nur ein „einfacher Diagnoseirrtum“ vorzuwerfen ist, gegenüber einer Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ eingegriffen.

Ist nämlich dem Arzt ein – **nicht fundamentaler – Diagnoseirrtum** unterlaufen und hat er deshalb folgerichtig bestimmte Befunde nicht erhoben, so kann ihm die aufgrund der unrichtigen Diagnose **folgerichtig unterlassene Befunderhebung nicht zur Last gelegt** werden (OLG München, Urt. v. 12.4.2007 – 1 U 2267/04, juris, Rz 106, 107: Fraktur bzw. Verkipfung von Knochen verkannt; OLG Köln, Urt. v. 20.7.2005 – 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. 13.7.2006 – 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 einen Herzinfarkt verkannt; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz D 15 – D 25 und Rz U 14 – U 45; Martis, MDR 2009, 1082, 1087; ablehnend Schultze-Zeu, VersR 2008, 898, 901 f: Befunderhebungsfehler auch dann, wenn dieser durch eine falsche Diagnose ausgelöst wird).

Erleidet ein erheblich vorgeschädigter Patient **während der Implantation einer Hüftgelenkprothese** einen **leichten Schlaganfall**, liegt kein zur Umkehr der Beweislast führender Befunderhebungsmangel (unterlassene Befunderhebung) oder fundamentaler Diagnoseirrtum (grober Behandlungsfehler) vor, wenn die Ärzte die postoperativen Symptome **vertretbar als Folgen des orthopädischen Eingriffs** deuten (OLG Koblenz, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 U 478/09, VersR 2010, 1184).

Kein (ggf. privilegierender) „Diagnoseirrtum“, sondern **(im Schwerpunkt) ein Behandlungsfehler in der Form der unterlassenen Befunderhebung** liegt jedoch vor, wenn sich der Arzt darauf beschränkt, lediglich die vorliegenden Befunde auszuwerten, obwohl er aus medizinischer Sicht weitere Befunde hätte erheben müssen, um den immerhin bestehenden Verdacht auf das Vorliegen einer schwerwiegenderen Erkrankung mit den hierfür üblichen Befunderhebungen entweder zu erhärten oder auszuräumen.

Stellt ein Gynäkologe zunächst die vertretbare Diagnose des Vorliegens einer „gestörten intrauterinen Schwangerschaft“, liegen aber gleichzeitig **klassische Symptome einer extrauterinen Gravidität (Eileiterschwangerschaft)**, etwa ein positiver

Schwangerschaftstest, eine irreguläre vaginale Schmierblutung und ein Unterbauchschmerz vor, muss eine weitergehende Abklärung durch Bestimmung des β -HCG-Wertes erfolgen. Das Unterlassen der Feststellungen des β -HCG-Wertes stellt einen Behandlungsfehler in der Form einer „unterlassenen Befunderhebung“ dar (OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2009 – 12 U 213/08, OLGR 2009, 694, 696 = juris, Rz 4 – 6).

Ist es „hinreichend wahrscheinlich“, dass bei der Bestimmung des β -HCG-Wertes der Verdacht auf das Vorliegen einer Eileiterschwangerschaft bestätigt bzw. erhärtet worden wäre, wäre es grob fehlerhaft, eine weitere Kontrolle und nachfolgend eine Abortkürretage zu unterlassen (OLG Brandenburg a. a. O.).

Stellt sich ein Patient mit erheblichen Oberbauchschmerzen und **Risikofaktoren für einen Herzinfarkt** (hier: hoher Blutdruck, erhöhter Cholesterinwert) bei einem Facharzt für Allgemeinmedizin vor, kann es vertretbar sein, wenn zunächst die Erstdiagnose „Gallenblasenkolik“ gestellt wird. Ein Behandlungsfehler in Form der unterlassenen Einweisung in ein Krankenhaus liegt in einem solchen Fall aber dann vor, wenn die Beschwerden bei Gallenblasenerkrankungen und Herzinfarkten ähnliche bzw. gemeinsame Symptome aufweisen und dem Allgemeinmediziner die eindeutige Zuordnung mit rein klinischen Mitteln – ohne Labordiagnostik, Belastungs-EKG, ggf. CT oder MRT – nicht möglich ist.

Bei schwerwiegenden Risiken, etwa einem differenzial-diagnostisch möglichen, jedenfalls auszuschließenden Herzinfarkt, muss der behandelnde Arzt auch subjektiv für unwahrscheinlich gehaltene **Gefährdungsmomente ausschließen und den Patienten in eine Klinik zur Abklärung seines Erstbefundes überweisen** (OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419, 421). Führt der vom Gericht beauftragte Sachverständigen aus, bei klinischer Abklärung sei mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein positiver Befund für das Vorliegen eines akuten Koronarsyndroms festgestellt worden, wäre es grob fehlerhaft, unverzüglich weitergehende Behandlungsmaßnahmen (hier: Beseitigung der Stenosierung) zu unterlassen (OLG Jena a. a. O.).

Weist der niedergelassene Internist oder Allgemeinmediziner einen **Patienten mit erheblichen Risikofaktoren** (hier: Nikotinabusus, Bluthochdruck, familiäre Vorbelastung, Adipositas und Blutzuckererhöhung) mit entsprechender Schmerzsymptomatik und Veränderungen im EKG nicht sofort mit dem Notarztwagen in ein Krankenhaus ein, liegt hierin sogar ein „**grober Behandlungsfehler**“ (BGH, Beschl. v. 22.9.2009 – VI ZR 32/09, VersR 2010, 72, 73). In einem derartigen Fall kann sich der Arzt nicht darauf berufen, es liege ein (nicht fundamentaler) Diagnoseirrtum vor (BGH a. a. O.).

Halten die **Schmerzen des Patienten nach einer vorangegangenen Leistenoperation** nach der Entlassung aus der stationären Behandlung an, liegt ein Behandlungsfehler in Form der „unterlassenen Befunderhebung“ vor, wenn der Patient nicht zur **Durchführung einer Blutuntersuchung** (insbesondere Leukozyten, CRP und der Anfertigung eines CT bzw. MRT) wieder einbestellt wird. Wäre bei Durchführung der gebotenen Untersuchungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Infektion im vormaligen Operationsgebiet festgestellt worden, so wäre es grob fehlerhaft, den Patienten nicht einer sofortigen Revisionsoperation zu unterziehen.

In einem solchen Fall hat der behandelnde Arzt bzw. Krankenhausträger für alle „Primärschäden“ aufzukommen, die der Patient möglicherweise deshalb erlitten hat, weil er zwei Tage verspätet operiert worden ist, sofern die Behandlungsseite nicht beweist, dass der

Ursachenzusammenhang „äußert unwahrscheinlich“ ist (OLG Koblenz, Urt. v. 8.1.2009 – 5 U 1057/08, GesR 2010, 71, 73 im Anschl. an BGH, Urt. v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, GesR 2007, 311, 312).

Gehört es zum „**medizinischen Allgemeingut**“, dass nach dem Einsatz eines Hüftkopfs aus Chrom und Kobalt aufgrund der vom beklagten Orthopäden bzw. Unfallchirurgen festgestellten Symptome (hier: Gewichtsverlust, Abgeschlagenheit, zunehmende Schmerzen im Bereich der rechten Hüfte, Schwellung über dem rechten Hüftgelenk, schwarz-grünliche Flüssigkeitsansammlung in einem Schleimhautsack sowie die Feststellung „Metallose“ in einem pathologischen Bericht) der **Verdacht auf eine Metallvergiftung** vorliegt, ist eine **toxikologische Untersuchung des Bluts bzw. des Urins** des Patienten auf eine Metallvergiftung erforderlich. Es liegt in einem solchen Fall nahe, dass eine entsprechende Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Ergebnis geführt hätte und die Nichtreaktion hierauf grob fehlerhaft gewesen wäre (BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – VI ZR 138/08, VersR 2009, 1404, 1406).

Eine Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ greift jedoch nicht ein, wenn es der behandelnde Frauenarzt (hier: in einem Krankenhaus) unterlässt, beim **Verdacht auf das Bestehen eines Mammakarzinoms** eine **Stanzbiopsie** zu veranlassen, der vom Gericht beauftragte Sachverständige aber feststellt, es bestehe **keine Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % oder es sei sogar spekulativ**, ob sich dann ein positiver Befund im Sinne eines Mammakarzinoms ergeben hätte (OLG Köln, Urt. v. 26.5.2008 – 5 U 175/07, VersR 2009, 1543: Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % erforderlich; vgl. hierzu auch Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz G 579 – 581, G 473).

Wenn der Arzt die Patientin nach **Feststellung eines abklärungsbedürftigen Befundes** (hier: in der linken Brust) auf die Notwendigkeit einer erneuten Vorsorgeuntersuchung hinweist und ihr dafür einen **Zeitkorridor nennt** (hier: Wiedervorstellung in vier bis sechs Wochen), ist er **nicht dazu verpflichtet, die Patientin an die Wahrnehmung des Termins zu erinnern** (OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.2010 – 5 U 186/10, juris, Rz. 26, 31, 34). Abweichende Fallgestaltungen sind jedoch denkbar, etwa wenn die Beurteilung des weiteren Geschehens dem Patienten überlassen wird oder sich bei einer CT, MRT- oder Laboruntersuchung nachträglich weitere Erkenntnisse ergeben und der Patient hiervon nicht informiert wird (OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.2010 – 5 U 186/10, juris, Rz. 33; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333).

Eine Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ scheidet in einem solchen Fall auch deshalb aus, wenn der vom Gericht bestellte Sachverständige ausführt, es sei **offen, ob ein früher erhobener histologischer Befund im fraglichen Zeitpunkt einen bösartigen Tumor hätte nachweisen können** (OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.2010 – 5 U 186/10, juris, Rz. 22, 23, 34).

Erleidet der Patient bei einem Sturz eine **Mittelfußfraktur** (hier: Bruch des inneren Würfelbeins), so liegt **kein Behandlungsfehler** in Form eines vorwerfbaren Diagnoseirrtums oder einer unterlassenen Befunderhebung vor, wenn er mit einem Gips Schuh und Unterarmgehstützen versorgt ist und eine schmerzabhängige Teilmobilisation mit Hilfe von Unterarmgehstützen empfohlen und zunächst kein CT oder MRT angefertigt wird.

Eine Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ scheidet in einem solchen Fall (systematisch auf der „dritten Stufe“ s.o. (c.)) aus, wenn der behandelnde Unfallchirurg oder Orthopäde nach dem Sturz lediglich Röntgenbilder fertigt, auf denen zunächst **keine Fraktur erkannt** werden kann, es im weiteren Verlauf aber unterlässt, ein CT oder MRT

anzufertigen, auf dem die stattgehabte Mittelfußfraktur zwar mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erkannt worden wäre, der Sachverständige aber ausführt, **es hätte dann gleichfalls mit der bereits eingeleiteten konservativen Therapie reagiert werden können** (OLG München, Urt. v. 5.11.2009 – 1 U 3028/09, juris, Rz 2, 28). Die Nichtreaktion auf den Befund stellt sich dann nämlich nicht als „grob fehlerhaft“ (s.o. (c.)) dar.

3. Diagnosefehler

Während bei einer „unterlassenen Befunderhebung“ regelmäßig ein Behandlungsfehler, beim Vorliegen weiterer Voraussetzungen (s. o. 2.) gar eine Beweislastumkehr zwischen dem Behandlungsfehler und dem beim Patienten eingetretenen Primärschaden angenommen wird, werden Diagnoseirrtümer, die lediglich auf Fehlinterpretation erhobener Befunde zurückzuführen sind, von der Rechtsprechung **nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet** (BGH, Urt. v. 8.7.2003 – VI ZR 304/02, MDR 2003, 1290 = VersR 2003, 1256, 1257; OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 219, 240; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2009 – 12 U 213/08, OLGR 2009, 694, 696 = juris, Rz 4 – 6; OLG Frankfurt, Urt. v. 23.12.2008 – 8 U 146/06, OLGR 2009, 686, 687; OLG Schleswig, Urt. v. 4.4.2008 – 4 U 172/07, OLGR 2009, 126, 130; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz B 55; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 183, 184; Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 98, Rz 7; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz D 2 ff.).

Im Bereich der Diagnose liegt ein (einfacher) Behandlungsfehler nur dann vor, wenn das diagnostische Vorgehen und die Bewertung der durch diagnostische Hilfsmittel gewonnenen Ergebnisse **für einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar erscheinen oder der Arzt eindeutige Symptome nicht erkennt oder falsch deutet** (OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2009 – 12 U 213/08, OLGR 2009, 694, 695 = juris, Rz 4: nicht mehr vertretbar oder eindeutige Symptome verkannt; OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419, 420: nicht mehr vertretbare Deutung der vorhandenen Symptome, die für eine bestimmte Erkrankung kennzeichnend sind; OLG Jena, Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, OLGR 2009, 242, 245f = juris, Rz 52, 60: gänzlich unverständliche, nicht mehr vertretbare Diagnose; OLG Koblenz, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 U 478/09, MedR 2010, 196, 197: nicht mehr vertretbare Diagnose; OLG Naumburg, Urt. v. 17.12.2009 – 1 U 41/09, GesR 2010, 139, 140 = VersR 2010, 1041 = juris, Rz 39: Interpretation von vorhandenen Befunden stellt sich als völlig unvertretbare Fehlleistung dar oder beruht auf der Unterlassung elementarer Befunderhebungen bzw. die Überprüfung einer ersten Verdachtsdiagnose wird im weiteren Behandlungsverlauf fehlerhaft versäumt; OLG Frankfurt, Urt. v. 23.12.2008 – 8 U 146/06, OLGR 2009, 686, 687: ein Fehler liegt erst dann vor, wenn die diagnostische Bewertung für einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar erscheint).

Ist die Interpretation eines Befundes darüber hinaus als „unverständlich“ oder sogar als „gänzlich unverständlich“ zu werten, rechtfertigt erst 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 (OLG München, Urt. v. 6.4.2006 – 1 U 4142/05, GesR 2006, 266, 269: unverständlich; OLG Hamm, Urt. v. 23.8.2000 – 3 U 229/99, VersR 2002, 315, 316: unverständlich; OLG Jena, Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, juris, Rz 52, 60: gänzlich unverständlich).

So liegt ein Behandlungsfehler vor, wenn die zunächst gestellte Diagnose einer „gestörten intrauterinen Schwangerschaft“ durch eine Frauenärztin zunächst vertretbar gewesen ist, die Ärztin es aber unterlässt, den β -HCG-Wert festzustellen bzw. zu überprüfen, wenn **klassische**

Symptome einer extrauterinen Gravidität (Eileiterschwangerschaft) wie etwa ein positiver Schwangerschaftstest, eine irreguläre vaginale Schmierblutung und Unterbauchschmerzen vorliegen (OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2009 – 12 U 213/08, OLGR 2009, 694, 695: nicht mehr vertretbarer Diagnoseirrtum, zudem wurden die Voraussetzungen einer Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ bejaht, s. o.).

Zunächst liegt nur ein einfacher Behandlungsfehler (vorwerfbarer Diagnoseirrtum) vor, wenn der Arzt **ohne vorwerfbare Fehlinterpretation von Befunden eine objektiv unrichtige Diagnose** stellt und diese darauf beruht, dass er eine notwendige Befunderhebung entweder vor der Diagnosestellung oder zur gebotenen Überprüfung der Diagnose unterlassen hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Facharzt für Allgemeinmedizin aufgrund der geschilderten Symptome eine noch vertretbare Diagnose gestellt hat (hier: Gallenblasenkolik aufgrund der geschilderten Oberbauchschmerzen). Eine **Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“** greift jedoch dann ein, wenn der Arzt es unterlässt, den Patienten bei bekannten Risikofaktoren (hier: hoher Blutdruck, erhöhter Cholesterinwert als Hinweis für eine koronare Herzerkrankung) zur weiteren Abklärung und Ausschließung einer differenzialdiagnostisch in Betracht kommenden Herzerkrankung (hier: Myokardinfarkt) in eine Klinik einzuweisen (OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419, 421). Der „Schwerpunkt“ der Vorwerfbarkeit liegt in einem solchen Fall nicht beim Diagnoseirrtum, sondern bei der Unterlassung weiterer Abklärung einer sich aufdrängenden Differentialdiagnose „Herzinfarkt“.

Erleidet ein vorgeschädigter Patient während der Implantation einer Hüftgelenkprothese einen **leichten Schlaganfall**, liegt kein zur Umkehr der Beweislast führender Befunderhebungsmangel oder gar fundamentaler Diagnoseirrtum vor, wenn die postoperativen Auffälligkeiten vertretbar auch als normale Folgewirkungen der erheblich traumatisierenden Operation des vorgeschädigten Patienten gedeutet werden konnte. Kommt nach der Entdeckung des leichten Schlaganfalls ein das Gerinnsel auflösende Lysetherapie nicht (mehr) in Betracht, so ist es auch nicht fehlerhaft, die nach einem akuten Schlaganfall erforderliche Basistherapie durchzuführen (OLG Koblenz, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 U 478/09, MedR 2010, 196, 197).

Eine unvertretbare Fehlinterpretation erhobener Befunde – und damit ein „einfacher Behandlungsfehler“ in der Form des vorwerfbaren Diagnoseirrtums – liegt auch nicht bereits dann vor, wenn ein Patient bei bekannter Alkohol- und Nikotinabhängigkeit nach einer Blinddarmentzündung auf eine offene chirurgische Station des Krankenhauses verlegt und bei auftretenden, **wiederholten Unruhezuständen, Bettflüchtigkeit, unruhigem Umherlaufen** im Korridor des Krankenhauses zur Vermeidung einer potenziellen Eigengefährdung des Patienten (hier: durch einen dann erfolgten Sprung aus dem Fenster) **keine vorsorgliche Fixierung und/oder ein Rund-um-die-Uhr-Bewachung angeordnet** wird, wenn keine vegetativen Symptome für ein Volldelir vorliegen bzw. dokumentiert sind (Zittern, Schwitzen, Blutdruckerhöhung, verstärkte Suggestivität). Der Beweis eines Diagnosefehlers in Gestalt einer unvertretbaren Fehlinterpretation setzt im Übrigen eine (im vorliegenden Fall nicht gegebene) gesicherte Rekonstruktion der Befundlage zur Zeit der Diagnosestellung durch den behandelnden Arzt voraus (OLG Naumburg, Urt. v. 17.12.2009 – 1 U 41/09, GesR 2010, 139, 140 = VersR 2010, 1041, 1042 = juris, Rz 4, 6, 39, 42, 45, 50).

Wird der Patient wegen einer seit drei Tagen andauernden Schlaflosigkeit, motorischer Unruhe, Verwirrtheit und Agitiertheit mit dem Verdacht auf eine paradoxe Reaktion auf ein eingenommenes Schlafmittel in der Inneren Abteilung im 5. OG eines Krankenhauses aufgenommen, ergeben sich im Rahmen der durchgeführten körperlichen Untersuchung aber

keine Auffälligkeiten (keine Zeichen von Verwirrtheit, motorischer Unruhe, Desorientierung), ist es **nicht fehlerhaft**, wenn die diensthabende Ärztin den verlangsamten und introvertierten Patienten **nicht fixiert, keine unverzügliche Unterbringung auf einer Intensivstation oder in einem gesicherten Krankenzimmer mit abschließbaren Fenstern und Türen veranlasst**, sich aber um eine baldige Verlegung des psychotischen Patienten in eine psychiatrische Klinik bemüht (OLG Frankfurt, Urt. v. 27.10.2009 – 8 U 170/07, GesR 2010, 68, 69).

Da es äußerst schwierig ist, die jugendliche Schizophrenie in Form einer „Hebephrenie“ von einer Reifungskrise zu unterscheiden, begründet die objektiv falsche Diagnose „Hebephrenie“ keinen Behandlungsfehlervorwurf, selbst wenn die Verhaltensauffälligkeiten des Patienten (mittelmäßige bis gute Schulnoten, keine Auffälligkeiten bei der Aufmerksamkeit im Fleiß und im Betragen) gegen eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis sprachen, der Psychiater aufgrund der sonstigen Erhebungen aber durchaus aus ex-ante-Sicht der noch vertretbaren Meinung sein konnte, es liege eine Psychose vor (OLG Frankfurt, Urt. v. 23.12.2008 – 8 U 146/06, OLGR 2009, 686, 687f).

4. Dokumentationsversäumnisse

Dokumentationsversäumnisse begründen für sich keinen Behandlungsfehler, sondern führen nur zu der **Vermutung, dass eine aus medizinischen Gründen dokumentationspflichtige, jedoch nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt nicht getroffen wurde bzw. sich ein nicht dokumentierter, aber dokumentationspflichtiger Umstand so ereignet hat, wie ihn der Patient glaubhaft schildert** (OLG Zweibrücken, Urt. v. 10.3.2009 – 5 U 19/07, OLGR 2009, 434, 436; OLG München, Urt. v. 8.7.2010 – 1 U 4550/08, juris, Rz. 38 – 41: mangelhafte Dokumentation bei Schulterdystokie; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 540, 545, 547, 548, 598; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz D 204, D 395).

Liegen widersprüchliche Indizien darüber vor, ob ein dokumentationspflichtiger Sachverhalt gegeben war, so führt dies nicht ohne weiteres zu einer Beweiserleichterung für den Patienten. Dies gilt etwa dann, wenn ein vom Behandler diktiertem Arztbrief von einem anderen, nicht mit der Behandlung des Patienten befasstem Arzt unterschrieben und dabei möglicherweise infolge eines **Schreibfehlers „eine Rötung“ anstatt „keine Rötung“** zum Zeitpunkt der Entlassung des Patienten angegeben wird. Eine Beweislastumkehr lässt sich aus einem solchen, möglicherweise vorliegenden Versehen nicht ableiten (OLG Koblenz, Urt. v. 8.1.2009 – 5 U 1057/08, GesR 2010, 71, 73).

Die Dokumentation einer **vaginal-operativen Entbindung** muss aber zumindest beschreiben, wie die Glocke angelegt und welcher Druck aufgebaut wurde, weil es bei Vakuumextraktionen zu Verletzungen der Kopfschwarte und in schlimmen Fällen auch zu Verletzungen des Hirns kommen kann. Bei einer hohen Schulterdystokie (nach der Geburt des kindlichen Kopfes bleibt die vordere Schulter über der Symphyse „hängen“) ist die Durchführung des zu dokumentierenden Mc-Roberts-Manövers indiziert, nicht dagegen bei einem tiefen Schulterquerstand. Eine fehlende oder unzureichende Dokumentation führt aber nicht zur Beweislastumkehr, wenn eine Schädigung durch die nicht dokumentierte, dokumentationspflichtige Maßnahme nicht wahrscheinlich oder sogar ausgeschlossen ist (OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.3.2007 – 7 U 198/04, AHRS III, 2500/357).

Ist die Durchführung des Mc-Roberts-Manövers, des Woods-Manövers oder eines anderen, bei der Entbindung angewandten Manövers nach Eintritt einer **Schulterdystokie** nicht dokumentiert, ist zugunsten der Patientin davon auszugehen, dass das Manöver nicht

durchgeführt worden ist. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen des gebotenen Manövers und dem Eintritt einer Plexusschädigung o. a. (Nervenausriß beim Kind) ist jedoch von der Patientin zu beweisen, wenn die **Dokumentationslücke nicht das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers indiziert** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.2006 – I-8 U 83/05, AHRS III, 2500/354; auch OLG Braunschweig, Urt. v. 1.3.2007 – 1 U 71/06, AHRS III, 2500/355: kein Indiz für einen „groben Behandlungsfehler“, wenn das indizierte Manöver nicht bzw. nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, wenn sich der Geburtshelfer in einer Notsituation grundsätzlich für die richtigen Maßnahmen entschieden hat).

Sind die bei einer Schulterdystokie zum Einsatz gebrachten Manöver (hier: McRoberts, Ausübung eines suprasymphysären Druckes o.a.) nicht oder nur unzureichend dokumentiert, ist zu Lasten des geburtsleitenden Arztes davon auszugehen, dass keine der gebotenen, spezifischen und schonenden Maßnahmen zu deren Behebung zum Einsatz gekommen sind, sondern zu einem Zeitpunkt, als das Kind bereits mit der Schulter hängen geblieben war, nicht fachgerecht reagiert, also etwa noch „kristellert“ oder versucht wurde, die Schulterdystokie mit zu starkem Zug zu überwinden (OLG München, Urt. v. 8.7.2010 – 1 U 4550/08, juris, Rz. 32, 39). Ist das **dokumentationspflichtige Vorgehen zur Lösung der Schulterdystokie nicht dokumentiert** und auch nicht durch glaubhafte, überzeugende Angaben der Partei oder als Zeugen vernommenen Geburtshelfer aufklärbar, **muss der Arzt beweisen, dass die bei dem Kind eingetretene Nervschädigung** (hier: Plexusparese) **entgegen dem schlüssigen Vortrag der Patientenseite nicht auf seinem Vorgehen bei beruht** (OLG München, Urt. v. 8.7.2010 – 1 U 4550/08, juris, Rz. 32, 39).

5. Voll beherrschbare Risiken

Die Behandlungsseite hat **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. 20.3.2007 – VI ZR 158/06, VersR 2007, 847, 848; OLG München, Urt. v. 18.9.2008 – 1 U 4837/07, juris, Rz 33; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 603; Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 109, Rz 1, 3, 4, 15 ff.; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz V 302 ff.).

Grundsätzlich trifft den Arzt die Darlegungs- und Beweislast für die technisch richtige **Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch** und in der postoperativen Aufwachphase sowie für die Einhaltung der Regeln zum Schutz des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden. An diesen Nachweis sind allerdings nur maßvolle, den Klinikalltag berücksichtigende Anforderungen zu stellen. Dass die zur Lagerung des Arms befragten Zeugen Monate oder Jahre später nicht mehr jedes Detail der getroffenen Vorsorge- und Sicherungsmaßnahmen berichten können, liegt dabei in der Natur der Sache (OLG Koblenz, Urt. v. 22.10.2009 – 5 U 662/08, VersR 2010, 629 = GesR 2010, 70, 71= MedR 2010, 416, 417).

Zudem kann die Beweislast anders verteilt sein, wenn eine Prädisposition des Patienten bestand, etwa eine **vorhandene Vorschädigung des rechten Arms** aufgrund eines Unfalls vor vielen Jahren, dieser Umstand jedoch weder offen zutage lag noch offenbart wurde (OLG Koblenz a. a. O.; auch OLG Jena, Urt. v. 28.3.2007 – 4 U 1030/04, OLGR 2007, 677, 679: nicht erkennbare Anomalie, etwa ein „Engpasssyndrom“ im Bereich des oberen Thorax oder

eine unbekannte Anomalie des Querfortsatzes an einem Halswirbel; vgl. bereits BGH, NJW 1995, 1618: Engpasssyndrom).

Stürzt ein Patient in einem Krankenhaus aus dem Bett, trägt er die volle Darlegungs- und Beweislast für die konkreten Umstände, aufgrund derer die Anbringung von Bettgittern indiziert gewesen wäre. Hierfür reicht der Vortrag, der keine Anzeichen für eine Demenz aufweisende Patient sei blind und herzkrank und hätte teilweise unter Unruhezuständen gelitten, nicht aus. Beweiserleichterungen aus dem Gesichtspunkt des „voll beherrschbaren Risikos“ kommen nur in den Fällen in Betracht, in denen alle Risikofaktoren einschließlich solcher, die sich aus der Konstitution des Patienten ergeben, regelmäßig **vom Personal eingeplant und vollumfänglich ausgeschaltet werden können**. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Patient stürzt, während die **mit seiner Begleitung beschäftigte Pflegekraft sich bei ihm befindet** (OLG Bremen, Urt. v. 22.10.2009 – 5 U 25/09, MDR 2010, 212, 213 = GesR 2010, 25, 26; ebenso bereits OLG Hamm, Urt. v. 18.10.2005 – 24 U 13/05, OLGR 2006, 569, 570: Sturz während einer konkreten Pflege- oder Betreuungsmaßnahme im Altenheim; KG, Beschl. v. 10.9.2007 – 12 U 145/06, OLGR 2008, 505, 506 und Beschl. v. 11.1.2007 – 12 U 63/06, OLGR 2007, 538; OLG Koblenz, Urt. v. 28.5.2008 – 5 U 280/08, GesR 2009, 85: Anbringen von Bettgittern nur unter besonderen Umständen und nicht gegen den Willen des bewusstseinsklaren Patienten angezeigt).

II. Arbeitsteilung

1. Horizontale Arbeitsteilung

Bei der horizontalen Arbeitsteilung (z. B. Chirurg-Anästhesist; Gynäkologe-Pathologe; Hausarzt-Radiologe; Hausarzt-Laborarzt) gilt der **Vertrauensgrundsatz**. Der Arzt hat denjenigen Gefahren zu begegnen, die in seinem Aufgabenbereich entstehen. Solange **keine offensichtlichen Qualifikationsmängel** vorliegen oder der Arzt Fehlleistungen des hinzugezogenen Kollegen des anderen Fachbereichs **erkennt bzw. wegen deren Evidenz hätte erkennen müssen**, kann er davon ausgehen, dass der Kollege des anderen Fachgebiets seine Aufgaben mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt, etwa die Indikation zu der erbetenen Leistung zutreffend gestellt bzw. die erbetene Facharztleistung korrekt erbracht hat. Eine gegenseitige Überwachungspflicht besteht nicht (BGH, Urt. v. 14.1.2010 – III ZR 188/09, GesR 2010, 191, 194, Rz 23; BGH, Urt. v. 28.5.2002 – VI ZR 42/01, MedR 2003, 169: anders aber bei ernststen Zweifeln an der Richtigkeit der Diagnose bzw. Behandlung, offensichtlichen Versehen oder ins Auge springenden Unrichtigkeiten; OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2008 – 5 U 51/08, VersR 2009, 1670, 1671 = NJW-RR 2009, 960, 961; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 271, 272, 275, 281; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz B 116, 120, 123, 124, 128; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 253 ff., A 266 ff., A 308 ff.).

So darf sich etwa ein nur für die Durchführung einer Operation **hinzugezogener Chirurg** grundsätzlich auf die Indikation und auch auf die ausreichende und ordnungsgemäße Aufklärung seitens der überweisenden Ärzte, die die Operation erbeten haben, in deren Fachbereich verlassen (OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2008 – 5 U 51/08, VersR 2009, 1670, 1671; OLG Köln, Urt. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, juris, Rz 30).

Der mit einer bestimmten Operation (hier: Testovarektomie, d.h. Entfernung von Hodengewebe) beauftragte **Chirurg kann grundsätzlich darauf vertrauen, dass der zuweisende Arzt** (hier: Direktor einer medizinischen Universitätsklinik) **die Operationsindikation zutreffend stellt** und der Patient bzw. die Patientin nach ordnungsgemäßer Aufklärung über die Sinnhaftigkeit des Eingriffs und die infrage

kommenden Behandlungsalternativen eingewilligt hat. Zeigt sich allerdings intraoperativ ein Befund (hier: normale weibliche Anatomie, keine Anzeichen für Hodengewebe), der **durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der Indikation und/oder der Aufklärung** weckt, muss er den Eingriff zur Behebung der Zweifel jedenfalls dann abbrechen, wenn durch dessen Fortführung nicht wieder rückgängig zu machende schwerwiegende körperliche Veränderungen (hier: Entfernung des kompletten Uterus und Ovarialgewebes bei objektiv normaler weiblicher Chromosomenkonstitution) bewirkt werden (OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2008 – 5 U 51/08, VersR 2009, 1670, 1671: dem Operateur musste sich hier ein Aufklärungsmangel aufdrängen).

Auch wenn der **Operateur in die Indikationsstellung maßgeblich eingebunden** oder gerade wegen der Schwierigkeit der Indikation (hier: Vornahme einer prophylaktischen Mastektomie bei einer verunsicherten Patientin mit familiärer Vorbelastung) als Spezialist um Hilfe gebeten, **obliegt ihm** nicht nur die technische Durchführung der Operation und die Aufklärung über die Operationsrisiken, sondern auch die **Abklärung und Besprechung der Indikation des Eingriffs**. Bei bestehender Krebsangst einer verunsicherten Patientin mit familiärer Vorbelastung muss der vom Gynäkologen als Spezialist um Hilfe gebetene Operateur das Sicherheitsbedürfnis der Patientin vorzeitig ermitteln und die durch den vorgesehenen Eingriff (hier: prophylaktische Mastektomie bei festgestelltem Mikrokalk ohne Anzeichen für eine Malignität) erzielbare Verbesserung der Sicherheit und mögliche Alternativen (hier: MRT-Untersuchung und Hormonbehandlung) besonders besprechen. Er darf sich in einem solchen Fall **nicht darauf verlassen, dass der niedergelassene Gynäkologe die Patientin vollumfänglich und fachgerecht aufgeklärt hat** (OLG Köln, Urt. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, juris, Rz 30, 31).

Bei der **Inanspruchnahme eines externen Laborarztes** (Gleiches gilt auch für einen Pathologen u. a.) durch den behandelnden Arzt wird Letzterer im Regelfall als Stellvertreter des Patienten tätig. Übersendet er Untersuchungsmaterial an den Laborarzt, erteilt er den damit verbundenen Auftrag grundsätzlich im Namen des Patienten (BGH, Urt. v. 14.1.2010 – III ZR 188/09, GesR 2010, 191, 192, Nr. 10, 11; BGH, Urt. v. 14.1.2010 – III ZR 173/09, GesR 2010, 195, 196, Rz 6).

2. Vertikale Arbeitsteilung

Bei der vertikalen Arbeitsteilung geht es um die haftungsrechtliche Problematik, welche Aufgaben von einem Chefarzt, Oberarzt oder sonstigen Facharzt auf Assistenzärzte, Krankenschwestern, Krankenpfleger u. a. übertragen werden können, in welchem Umfang Kontrollen des nachgeordneten ärztlichen und nichtärztlichen Dienstes erforderlich sind und inwieweit sich nachgeordnetes ärztliches und nichtärztliches Personal auf die Organisation und die Anordnungen der vorgesetzten Ärzte verlassen können (vgl. Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz B 137, 139, 140; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 260, 261, 263, 265, 271; Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 100, Rz 13 ff.; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 370 ff.).

Ein Assistenzarzt darf auf die vom Facharzt angeordneten Maßnahmen vertrauen, sofern nicht für ihn erkennbare Umstände hervortreten, die ein solches Vertrauen als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen (OLG Brandenburg, Urt. v. 25.2.2010 – 12 U 60/09, juris, Rz 21; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2003 – 8 U 41/02, VersR 2005, 230: Entscheidung des Oberarztes, eine Fraktur konservativ zu therapieren; OLG Zweibrücken, VersR 2000, 728: bloße Assistenz der Stationsärztin bei der Geburtsleitung durch den Oberarzt).

Der nachgeordnete (Assistenz-) Arzt haftet daher nur bei einem allein von ihm zu verantwortenden Verhalten, etwa, weil ihm eine Behandlung zur selbständigen Ausführung überlassen wird, wenn er durch voreiliges Handeln einer ihm erteilten Anweisung der ärztlichen Leitung zuwiderhandelt, er pflichtwidrig eine gebotene Remonstration unterlässt oder ihm ein Übernahmeverschulden zur Last fällt (OLG Brandenburg a. a. O.; OLG Düsseldorf a. a. O.).

Wurde die Schädigung durch ein Unterlassen begangen (hier: unterlassene Blutgasanalyse im Rahmen der künstlichen Beatmung eines Frühgeborenen), bedarf es eines Vortrages der Behandlungsseite dazu, ob und inwieweit der Facharzt gegenüber dem nachgeordneten (Assistenz-) Arzt etwaige Anweisungen zur Vornahme bzw. Nichtvornahme medizinisch gebotener Befunderhebungen erteilt hat. **Die Mitteilung, es hätte sich um einen „in der Weiterbildungszeit befindlichen Stationsarzt“ gehandelt, reicht für eine insoweit erforderliche Entlastung nicht aus** (OLG Brandenburg, Urt. v. 25.2.2010 – 12 U 60/09, juris, Rz 22).

III. Verjährung

1. Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis

In der Entscheidung vom 10.11.2009 hat der BGH (VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 ff. = VersR 2010, 214 ff. = MedR 2010, 258 ff.) die Grundzüge der Verjährung von Ansprüchen bei festgestellten Behandlungsfehlern dargestellt.

Die **positive Kenntnis** vom Schaden i. S. d. § 199 I Nr. 2 BGB (§ 852 I BGB a. F.) kann nicht schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt ist. Vielmehr gehört zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem Misslingen der ärztlichen Tätigkeit das Behandlungs- und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht haben. **Der Patient muss als medizinischer Laie Kenntnis von Tatsachen erlangt haben, aus denen sich ergibt, dass der Arzt von üblichem ärztlichen Vorgehen abgewichen war oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die nach ärztlichem Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich gewesen wären** (BGH, Urt. v. 10.11.2009 – VI ZR 247/08, VersR 2010, 214, 215 = MedR 2010, 258, 259, Rz 6; vgl. Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz V 23 ff.).

Die **positive Kenntnis** des Patienten ist erst vorhanden, wenn die ihm bekannten Tatsachen ausreichen, um den **Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten der Behandlungsseite und auf die Ursache dieses Verhaltens für den Schaden** bzw. die erforderliche Folgeoperation bereits naheliegend erscheinen zu lassen. Denn nur dann wäre es dem Patienten möglich, eine Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, erfolgversprechend, wenngleich nicht risikolos zu erheben (BGH a. a. O., Rz 6).

Der positiven Kenntnis steht es gleich, wenn der Geschädigte diese Kenntnis nur deswegen nicht besitzt, weil er vor einer sich ihm ohne weiteres anbietenden, gleichsam „auf der Hand liegenden“ Erkenntnismöglichkeit, die weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühe verursacht, „die Augen verschlossen“ hat (BGH a. a. O., Rz 7). Eine Patientin ist jedoch nicht gehalten, allein aus den eingetretenen, erheblichen Schadenfolgen (hier: Dammriss bei einer

Entbindung) auf das Vorliegen eines Behandlungsfehlers zu schließen oder deshalb besondere Recherchen hinsichtlich der Schadenursachen anzustellen (BGH a. a. O., Rz 7).

Grob fahrlässige Unkenntnis i. S. d. § 199 I Nr. 2 BGB liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche **Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maß verletzt** und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder dasjenige nicht beachtet hat, das jedem hätte einleuchten müssen (BGH, Urt. v. 10.11.2009 – VI ZR 247/08, VersR 2010, 214, 215 = MedR 2010, 258, 259, Rz 15; BGH, Urt. v. 23.9.2008 – XI ZR 253/07, NJW-RR 2009, 544, 546). Auch dabei besteht jedoch keine generelle Obliegenheit des Gläubigers, die Initiative zur Klärung des Schadenshergangs oder der Person des Schädigers zu entfalten.

Das **Unterlassen einer Nachfrage** ist nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als unverständlich erscheinen lassen. Für den Gläubiger müssen dabei **konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs** ersichtlich sein und sich ihm der Verdacht einer möglichen Schädigung aufgrund eines Behandlungsfehlers aufdrängen (BGH, Urt. v. 10.11.2009 – VI ZR 247/08, MedR 2010, 258, 260 = VersR 2010, 214, 215, Nr. 16).

Allein der negative Ausgang einer Behandlung führt ohne weitere, sich aufdrängende Anhaltspunkte für ein behandlungsfehlerhaftes Geschehen nicht dazu, dass der Patient zur Vermeidung der Verjährung seiner Ansprüche eine Initiative zur Aufklärung des Behandlungsgeschehens entfalten müsste. Denn das **Ausbleiben des ärztlichen Erfolgs kann auch schicksalhaft und auf die Eigenart der Erkrankung zurückzuführen sein** (BGH a. a. O., Rz 16, 17).

Kommt es etwa bei einer Entbindung infolge des Einsatzes einer Geburtszange zu einem Dammriss sowie einem Riss des unteren bis mittleren Vaginaldrittels mit der Folge von Vernarbungen im Vaginalbereich und ständigen Schmerzen, die die Lebensführung der Patientin stark einschränken, ist es **nicht grob fehlerhaft, wenn die Patientin keine Nachforschungen im Hinblick auf das Bestehen eines Behandlungsfehlers anstellt**. Denn eine schmerzhaft Narbenbildung kann ebenso wie ein bei der Entbindung eingetretener Dammriss schicksalhaft sein. Im entschiedenen Fall kam hinzu, dass etwaige – von der Patientin nicht anzustellende – Nachforschungen zunächst nicht unbedingt Klarheit über die Ursachen ihrer Beschwerden erbracht hätten (BGH, Urt. v. 10.11.2009 – VI ZR 247/08, VersR 2010, 214, 216, Rz 18, 20). An der Zumutbarkeit einer Klagerhebung fehlt es im Übrigen grundsätzlich bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage bis zu deren objektiver Klärung (BGH, Urt. v. 23.9.2008 – XI ZR 253/07, NJW-RR 2009, 547, 548, Rz 19).

Bei **Behörden und öffentlichen Körperschaften** beginnt die Verjährungsfrist für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 199 I BGB zu laufen, wenn **der zuständige Bedienstete der verfügungsberechtigten Behörde („Regressabteilung“)** Kenntnis von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt (BGH, Urt. v. 12.5.2009 – VI ZR 294/08, VersR 2009, 989, 990, Rz 12, 17).

Von der h. L. wird das Unterlassen eines Mindestmaßes an aktenmäßiger Erfassung und des geregelten Informationsaustausches über verjährungshemmende Tatsachen innerhalb arbeitsteiliger Unternehmen, Behörden und Körperschaften, etwa zwischen der Leistungs- und der Regressabteilung einer Krankenkasse als Fall der **grob fahrlässigen Unkenntnis** dieser Tatsachen angesehen (Heß, NZV 2002, 65, 66; Krämer, ZGS 2003, 379, 381; Mansel,

NJW 2002, 89, 92; Schmid, ZGS 2002, 180, 181; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz V 50; a. A. Marburger, VersR 2003, 1232, 1235; tendenziell auch Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz D 9).

2. Behandlungsfehler mehrerer Ärzte; Gesamtschuldnerausgleich

Wurden für einen Körper- oder Gesundheitsschaden des Patienten **Behandlungsfehler mehrerer Ärzte** ursächlich (z. B. Gynäkologe/Radiologe oder Hausarzt/Krankenhaus), unterliegt der Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern einer einheitlichen Verjährung nach §§ 195, 199, 426 I, II BGB. Der Ausgleichsanspruch aus § 426 I BGB entsteht bereits mit der Begründung der Gesamtschuld und ist von der Verjährung des nach § 426 II BGB übergeleiteten Anspruchs des Gläubigers gegen den ausgleichspflichtigen Gesamtschuldner unabhängig (BGH, Urt. v. 9.7.2009 – VII ZR 109/08, VersR 2010, 396 = NJW 2010, 62, 63; BGH, Urt. v. 18.6.2009 – VII ZR 167/08, MDR 2009, 1276 = NJW 2010, 60, 61).

Für eine Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis aller Umstände, die einen Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB begründen, ist es erforderlich, dass der Ausgleichsberechtigte Kenntnis von folgenden Umständen bzw. diese infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat (BGH a.a.O.),

- die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen sowie
- die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn, den Ausgleichsberechtigten, selbst begründen sowie
- die das Gesamtschuldverhältnis (z. B. Haftung aus Vertrag und/oder Delikt) begründen sowie
- die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

Die Verjährung beginnt nach §§ 195, 199 I, II BGB dann am Schluss des Jahres, in dem sämtliche der genannten Umstände kumulativ vorliegen (BGH, Urt. v. 18.6.2009 – VII ZR 167/08, MDR 2009, 1276 = VersR 2010, 395 = NJW 2010, 60, 61).

IV. Selbständiges Beweisverfahren

Im Arzthaftungsverfahren ist ein **Antrag des Patienten** zur Feststellung eines von ihm behaupteten Behandlungsfehlers nach h. M. **grundsätzlich zulässig**. Das rechtliche Interesse kann dem Patienten nur dann abgesprochen werden, wenn es evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann (OLG Oldenburg, Beschl. v. 3.12.2009 – V W 60/09,

GesR 2010, 76 im Anschl. an BGH, Beschl. v. 21.1.2003 – VI ZG 51/02, GesR 2003, 171 = MDR 2003, 590; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.1.2010 – I-1 W 71/09, VersR 2010, 1056, 1057, Rz 9, 11, 13).

Auch in **Zahnarzt haftungssachen** ist das selbständige Beweisverfahren mit der Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Feststellung eines vom Patienten behaupteten Behandlungsfehlers zulässig (OLG Düsseldorf a. a. O.). Hierbei ist die Frage, ob eine kieferorthopädische Behandlung der Patientin ordnungsgemäß und fachgerecht war oder ob nicht schon frühzeitig vor Einleitung der Behandlung erste Anzeichen einer Gingivitis bzw. Parodontitis vorlagen, zulässig (OLG Düsseldorf a. a. O.).

Im selbständigen Beweisverfahren ist eine Frage jedoch **unzulässig**, wenn sie allein der Ausforschung dient, um damit erst die Voraussetzungen für eine Klage zu schaffen. Deshalb muss der Patient wenigstens unter Bezeichnung gewisser Anhaltspunkte die Behauptung eines ärztlichen Behandlungsfehlers aufstellen; **die Frage muss in Beziehung zu einem bestimmten, schlüssig behaupteten Behandlungsfehler stehen** (OLG Oldenburg, Beschl. v. 3.12.2009 – 5 W 60/09, GesR 2010, 76 und OLG Oldenburg, Beschl. v. 8.7.2008 – 5 W 41/08, MDR 2008, 1059).

Dabei kann der Begutachtung durch Sachverständige auch Streitiges, durch Zeugenvernehmung erst noch aufzuklärendes Parteivorbringen zugrunde gelegt werden, wenn die Beweisfragen konkret formuliert und entweder dem Zustand einer Person (§ 485 II Nr. 1 ZPO) oder die Ursache eines Personenschadens (§ 485 II Nr. 2 ZPO) betreffen (OLG Schleswig, Beschl. v. 12.6.2009 – 16 W 65/09, OLGR 2009, 593).

Unzulässig ist jedoch die Frage, ob auch bei indizierter Medikation irgendwelche – im Antrag nicht näher dargestellten Aspekte gegen die eingeleitete Therapie sprachen (OLG Brandenburg, Beschl. v. 12.11.2009 – 12 W 33/09, juris, Rz 7: reine Ausforschung), ob und ggf. welchem mehrerer in Anspruch genommener Antragsgegner im Rahmen eines mehrwöchigen Behandlungsverlaufs eine fehlerhafte Versorgung vorzuwerfen ist (OLG Hamm, Beschl. v. 17.2.2010 – I-3 W 4/10, juris, Rz 9, 11), welcher der behandelnden Ärzte den Patienten in jeweils welcher konkreten Weise fehlerhaft behandelt hat (OLG Köln, Beschl. v. 29.4.2009 – 5 W 3/09, juris, Rz 18, 19), ob die Ursache des Gesundheitsschadens des Patienten auf einem „groben Behandlungsfehler“ beruht (Gehrlein, ZMGR 2004, 187, 189; Ullrich, GesR 2008, 423; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz B 524), nach Auffassung des OLG Hamm (Beschl. v. 17.2.2010 – I-3 W 4/10, juris, Rz 7) auch die Frage, ob die Ursache der behaupteten Gesundheitsschädigung in einem Behandlungsfehler zu erblicken ist.

Nach Ansicht des OLG Köln (Beschl. v. 29.4.2009 – 5 W 3/09, VersR 2009, 1515, 1516) können im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens auch die Fragen, ob und in welcher Schwere dem behandelnden Arzt Behandlungsfehler unterlaufen sind, ein Verschulden des Arztes vorliegt und ob die behaupteten Behandlungsfehler für den geltend gemachten Schaden kausal geworden sind, regelmäßig nicht geklärt werden (auch OLG Hamm, Beschl. v. 17.2.2010 – I-3 W 4/10, juris, Rz 7: dem SV ist auch die Beurteilung verwehrt, ob die Ursache der behaupteten Gesundheitsschädigung auf einem Behandlungsfehler beruht; ebenso Ullrich, GesR 2008, 423; KG, Beschl. v. 11.9.2006 – 20 W 35/06, OLGR 2007, 539, 540: unzulässig, soweit der Patient geklärt haben will, ob ein Behandlungsfehler vorliegt und für den geltend gemachten Schaden kausal geworden ist).

Die Rechtsansicht des OLG Köln und des KG steht aber mit den Entscheidungen des BGH (Beschl. v. 16.9.2004 – III ZR 33/04, MDR 2005, 162, 163; Beschl. v. 21.1.2003 – VI ZB 51/02, MDR 2003, 590 = GesR 2003, 171), wonach nach Rechtsschutzinteresse nur dann fehlt, wenn **evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann**, soweit der Patient konkrete Anknüpfungstatsachen vorgetragen hat, nicht im Einklang (vgl. hierzu Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz B 516 – 524).

Die Frage, ob der Patient hinreichend **über die möglichen Risiken und Komplikationen des Eingriffs aufgeklärt** worden ist, betrifft keine der in § 485 II 1 ZPO genannten Fallgruppen (Zustand einer Person, Ursache eines Personenschadens und Wege zu seiner Beseitigung) und ist deshalb nach h. M. **kein tauglicher Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens** (OLG Oldenburg, Beschl. v. 3.12.2009 – 5 W 60/09, GesR 2010, 76; OLG Oldenburg, Beschl. v. 8.7.2008 – 5 W 41/08, MDR 2008, 1059; auch OLG Köln, Beschl. v. 29.4.2009 – 5 W 3/09, VersR 2009, 1515, 1516; OLG Nürnberg, Beschl. v. 29.5.2008 – 5 W 506/08, OLGR 2009, 25, 26; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz B 507, 508, 510; differenzierend Ullrich, GesR 2010, 77: im selbständigen Beweisverfahren kann dem SV die Frage gestellt werden, welchen Inhalt die ärztliche Aufklärung in einem konkreten Fall grundsätzlich haben bzw. gehabt haben muss).

Das **selbständige Beweisverfahren ist bei seiner sachlichen Erledigung beendet**. Bei einer mündlichen Anhörung des Sachverständigen tritt die sachliche Erledigung mit dem Verlesen des Sitzungsprotokolls über die Vernehmung des Sachverständigen oder die Vorlage des Protokolls zur Durchsicht ein, nicht erst mit der Übermittlung des Protokolls. Für die Beendigung reicht es aus, wenn sich der Gutachter zu den Beweisfragen geäußert hat und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der mündlichen Anhörung keine Anträge einer Partei auf Ergänzung des Gutachtens gestellt werden (BGH, Beschl. v. 24.03.2009 – VII ZR 200/08, NJW-RR 2009, 1243).

Das selbständige Beweisverfahren ist nach Ablauf einer gem. § 411 IV ZPO gesetzten Frist zur Stellungnahme zu dem übersandten Gutachten des Sachverständigen aber nur dann **mit Präklusionswirkung (§ 296 I ZPO) beendet**, wenn die richterliche Fristsetzung ordnungsgemäß zugestellt worden und die Partei auch auf die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist hingewiesen worden ist (OLG Celle, Beschl. v. 6.3.2009 – 16 W 19/09, NJW-RR 2009, 1364 im Anschl. an BGH, NJW-RR 2006, 428 und BGH, Urt. v. 22.5.2001 – VI ZR 268/00, MDR 2001, 1130 = NJW-RR 2001, 1431).