

## **Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht – Diagnoseirrtum, Unterlassene Befunderhebung, Grober Behandlungsfehler, Vollbeherrschbare Risiken, Dokumentationsversäumnisse**

RA Rüdiger Martis/RAin und FAin für Medizinrecht Martina Winkhart-Martis

*Im Anschluss an die Rechtsprechungsübersichten aus den Jahren 2010 – 2013 (MDR 2011, 402 – 407; MDR 2011, 709 – 719; MDR 2013, 634 – 640; MDR 2013, 758 – 763) und den Beitrag „Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht – Aufklärung des Patienten“ (MDR 2015, XXX) stellen die Verfasser und Autoren des Standardwerkes „Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014“ (1.784 Seiten) die aktuelle Rechtsprechung zu den Fallgruppen die Beweislastumkehr bzw. Beweiserleichterungen zum Diagnoseirrtum, zur unterlassenen Befunderhebung, groben Behandlungsfehlern, dem „voll beherrschbaren Risiko“ aus den Jahren 2013/2014 dar.*

### **I. Diagnoseirrtum und Unterlassene Befunderhebung**

#### **1. Zur Abgrenzung „Diagnoseirrtum versus unterlassene Befunderhebung“**

Gelingt dem Patienten zwar der Beweis eines Behandlungsfehlers in Form eines vorwerfbareren Diagnoseirrtums oder eines (einfachen) Fehlers in der Befunderhebung, nicht aber der Nachweis der Ursächlichkeit dieses Fehlers für den geltend gemachten Gesundheitsschaden, kommt ihm eine **Beweislastumkehr** zur Hilfe, wenn der Diagnosefehler etwa als grob zu bewerten ist („fundamentaler Diagnoseirrtum“), ein grober Fehler in der Befunderhebung vorliegt oder wenn die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr in der Fallgruppe der „Unterlassenen Befunderhebung“ wegen eines (lediglich einfachen) Fehlers bei der Befunderhebung oder Befundsicherung gegeben sind<sup>1</sup>.

Nach h. M. erfolgt die Abgrenzung, ob der Fehler des Arztes als Diagnoseirrtum oder aber als unterlassene Befunderhebung zu bewerten ist, nach dem **„Schwerpunkt der ärztlichen Pflichtverletzung“**<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>vgl. hierzu BGH, Urt. v. 21.12.2010 – VI ZR 284/09, VersR 2011, 400 = NJW 2011, 1672, Nr. 13, 19, 20; BGH, Beschl. v. 22.9.2009 – VI ZR 32/09, VersR 2010, 72, 73 = NJW-RR 2010, 711, 712; OLG Hamm, Beschl. v. 2.3.2011 – I – 3 U 92/10, VersR 2012, 493; OLG Hamm, Urt. v. 31.10.2014 – I – 26 U 173/13, juris, Nr. 38, 39, 41; OLG Koblenz, Urt. v. 28.5.2014 – 5 U 1244/13, juris, Nr. 20 – 23; OLG Köln, Beschl. v. 19.5.2014 – 5 U 1/14, juris, Nr. 3; OLG München, Urt. v. 22.3.2012 – 1 U 1244/11, juris, Nr. 35, 36, 38, 40; OLG Naumburg, Urt. v. 13.2.2014 – 1 U 14/12, juris, Nr. 14, 15; Spickhoff-Greiner, MedR, 2. Aufl. 2014, § 823 BGB Rz. 42, 43, 193, 197; Ramm, RiOLG, GesR 2011, 513, 516/517; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rz. D 18 ff, U 14 ff

<sup>2</sup>Ramm, RiOLG, GesR 2011, 513, 517/518; Martis/Winkhart, MDR 2011, 709, 711 und MDR 2013, 634, 636 sowie 4. Aufl. 2014, Rz. D 20, D 21, U 17 ff, auch Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 1010 Rz 17; weitergehend Hausch, MedR 2012, 231,

Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung hat sich zwischenzeitlich die Ansicht durchgesetzt, dass **demjenigen Arzt, der eine nicht vorwerfbar falsche Diagnose** (d. h. jedenfalls unterhalb des „fundamentalen Diagnoseirrtums“) **gestellt und deshalb – aus seiner Sicht folgerichtig – bestimmte Befunde nicht erhoben hat, aufgrund der unrichtigen Diagnosestellung keine „unterlassene Befunderhebung“ zur Last gelegt werden kann**<sup>3</sup>

Auch das OLG Koblenz (OLG Koblenz, Urt. v. 23.4.2014 – 5 U 1427/13, NJW-RR 2014, 1491 = juris, Nr. 11, 12) hat sich der „**Schwerpunkttheorie**“ nunmehr angeschlossen. Sieht ein von einer unzutreffenden Diagnose ausgehender Arzt von weiteren Befunderhebungen ab, so kommt es danach für die Abgrenzung zwischen einem Befunderhebungs- und einem Diagnosefehler darauf an, ob der „Schwerpunkt“ des vorwerfbaren Verhaltens in der fehlerhaften Diagnose oder in der unterlassenen Erhebung weiterer Befunde zur Absicherung der Diagnose liegt.

Im entschiedenen Fall sah das OLG Koblenz den „**Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit**“ **in einer unzureichenden Befunderhebung durch einen Chirurgen** (hier: unterlassenes Becken-MRT, unterlassene Proktoskopie, wodurch die innere Öffnung einer Fistel zum Rektum hin nicht erkannt worden ist), verneint aber dennoch die Haftung des Chirurgen, weil es im Ergebnis „nicht hinreichend wahrscheinlich“ gewesen wäre, dass die innere Öffnung der Fistel zum Rektum hin auch unter Anwendung einer maximalen Diagnostik erkannt worden wäre.

Ziegler (GesR 2014, 647 – 650) **lehnt die Schwerpunkttheorie ab** und differenziert wie folgt: Die Abgrenzung zwischen einem entschuldbaren Diagnoseirrtum (d. h. noch vertretbare Diagnose) und der „unterlassenen Befunderhebung“ darf nur medizinisch unter Zugrundelegung des vom Sachverständigen jeweils zu ermittelnden ärztlichen Standards (vgl. § 630 a II BGB) erfolgen. Kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass eine im konkreten Fall festgestellte unterlassene Befunderhebung gegen medizinische Standards verstößt, also behandlungsfehlerhaft ist, ist allein dies maßgeblich. Waren nach dessen Auffassung zweifelsfrei bestimmte Befunde zu erheben, greift eine „Sperrwirkung“ des Diagnoseirrtums nicht ein. Es müsse auch nicht zwischen den drei verschiedenen Stufen des Diagnoseirrtums (vgl. hierzu Martis/Winkhart, 4. Aufl. 2014, Rz D 2: vertretbare Diagnose,

---

236/237; a. A. Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Glanzmann, § 287 ZPO 107, 111; offen gelassen von Spickhoff-Greiner, 2. Aufl. 2014, § 823 Rz. 42, 43, 197

<sup>3</sup>OLG München, Urt. v. 22.3.2012 – 1 U 1244/11, juris, Nr. 40 bei noch vertretbarer Diagnose; OLG München, Urt. v. 8.8.2013 – 1 U 4549/12, juris, Nr. 56, 59; OLG München, Urt. v. 29.3.2012 – 1 U 3611/11, juris, Nr. 49 – 53; OLG München, Urt. v. 10.2.2011 – 1 U 5066/09, juris, Nr. 47, 49; OLG Hamm, Beschl. v. 2.3.2011 – I – 3 U 92/10, VersR 2012, 493 = MedR 2012, 599, 600; OLG Koblenz, Beschl. v. 27.1.2014 – 5 U 1383/13, juris, Nr. 15; OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, juris, Nr. 37, 38, 42: diagnostisches und therapeutisches Vorgehen aufgrund des Diagnoseirrtums folgerichtig; dieser Rechtsprechung zustimmend Spickhoff-Greiner, 2. Aufl. 2014, § 823 BGB Rz. 42 a. E: **solange nicht weitere Umstände wie z.B. eine fehlerhaft unterlassene Erhebung von Kontrollbefunden einen zurechenbaren Haftungsgrund ergeben**; Ratzel/Lissel-Kern, 1. Aufl. 2013, § 5 Rz. 45; Spickhoff, NJW 2013, 1714, 1717; Martis/Winkhart, 4. Aufl. 2014, Rz D 21 ff, U 16 ff m. w. N.

kein Behandlungsfehler / nicht mehr vertretbare Diagnose, einfacher Behandlungsfehler / völlig unvertretbare Diagnose, fundamentaler Diagnoseirrtum) unterschieden werden.

Ziegler verkennt jedoch, dass die Vertreter der „Schwerpunkttheorie“ bereits im Grundsatz davon ausgehen, dass der **„Schwerpunkt des vorwerfbaren ärztlichen Verhaltens“ von einem medizinischen Sachverständigen zu ermitteln ist**<sup>4</sup>

Schärfl (NJW 2014, 3601, 3604) geht – weitergehend – davon aus, dass § 630 h V 2 BGB (unterlassene Befunderhebung) eine beweisrechtlich nicht zu rechtfertigende „materiell-rechtliche Haftungsverschiebung“ zu Lasten der Behandlungsseite enthält. Denn der Behandelnde trägt danach – unabhängig von den konkreten Erfolgschancen einer rechtzeitig eingeleiteten Therapie – voll umfänglich das Risiko für nicht rechtzeitig diagnostizierte Erkrankungen, obwohl ihm diesbezüglich lediglich ein einfacher Pflichtenverstoß zur Last fällt<sup>5</sup>

## 2. Diagnoseirrtum und unterlassene Sicherungsaufklärung

Stellt sich etwa eine Patientin mit Beschwerden und angegebener Größenzunahme eines bereits bekannten Knotens in ihrer rechten Brust bei ihrem behandelnden Gynäkologen vor und stellt dieser die Diagnose „V.a. Fibroadenom“, weil er den Ultraschallbefund aufgrund eines Diagnoseirrtums fälschlicherweise in „BI-RADS III“ anstatt in „BI-RADS IV“ eingestuft hatte, kann ihm **keine „unterlassene Befunderhebung“ vorgeworfen werden, wenn eine bei „B-RADS IV“ objektiv erforderliche, sofortige Biopsie bei der Einstufung in BI-RADS III medizinisch nicht zwingend geboten ist** und es ebenso wie die Empfehlung zu einer sofortigen Biopsie dem fachärztlichen Standard entsprach, eine kurzfristige Kontrolle innerhalb von maximal sechs Monaten vorzunehmen. Um mit der Empfehlung, innerhalb einer solchen Frist eine Kontrolluntersuchung vornehmen zu lassen, hat der Frauenarzt die **aus ex-ante-Sicht folgerichtig gebotene, weitere Befunderhebung veranlasst**. Ein Diagnoseirrtum wird nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, wenn bei objektiv zutreffender Diagnosestellung (hier: BI-RADS IV statt BI-RADS III) weitere Befunde zu erheben gewesen wären<sup>6</sup>

Bei einer derartigen Fallgestaltung kommt allerdings ein (einfacher) **Behandlungsfehler wegen unterlassener therapeutischer Aufklärung (Sicherungsaufklärung)** in Betracht, wenn der Gynäkologe die Patientin in diesem Zusammenhang nicht auch auf die Alternative einer umgehenden Abklärung des Befundes mittels Biopsie hinweist, wobei davon

---

<sup>4</sup>Ramm, RiOLG, GesR 2011, 513, 517/518; Martis/Winkhart, MDR 2011, 709, 711 und 4. Aufl. 2014, Rz U 17; auch Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 110 Rz 17; weitergehend Hausch, MedR 2012, 231, 236 f: kein Befunderhebungsfehler, wenn der Arzt im Hinblick auf eine von ihm gestellte Diagnose von weiteren Befunderhebungen abgesehen hat

<sup>5</sup>vgl. hierzu auch Martis/Winkhart, 4. Aufl. 2014, Rz U 44, U 45 d, U 49, U 82 a ff, mit den Hinweisen auf sich ergebende Wertungswidersprüche

<sup>6</sup>OLG Hamm, Urt. v. 29.10.2014 – I – 3 U 55/14, juris, Nr. 3, 46, 67, 68, 69; ebenso OLG Koblenz, Beschl. v. 27.1.2014 – 5 U 1383/13, juris, Nr. 15; OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, juris, Nr. 37

auszugehen ist, dass sich die sicherheitsorientierte Patientin („aufklärungsrichtiges Verhalten“) für die Durchführung einer sofortigen Biopsie entschieden hätte <sup>7</sup>

Im entschiedenen Fall konnte die Patientin aber den Kausalzusammenhang zwischen dem festgestellten Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden nicht führen.

Beruhet die unterlassene oder objektiv fehlerhafte Aufklärung auf einem Diagnoseirrtum, der sich mangels Vorwerfbarkeit nicht als haftungsbegründender Behandlungsfehler darstellt (noch vertretbare Diagnose), **scheidet eine Haftung aufgrund eines Aufklärungsfehlers** (hier: Aufklärung über die Möglichkeit des Zuwartens anstatt der sofort durchgeführten Operation) **aber aus** <sup>8</sup>

Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich **auf der Basis der gestellten – objektiv unzutreffenden, aber noch vertretbaren – Diagnose keine aufklärungspflichtige, ernsthafte Behandlungsalternative** ergeben hätte, etwa ein abwartendes Verhalten anstatt der sofortigen Operation (laparoskopische Cholecystektomie) bei objektiv lediglich vorliegendem, symptomatischem Gallenleiden <sup>9</sup>

### 3. Diagnoseirrtum

#### a) Behandlungsfehler bzw. Haftung verneint

Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, können nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler bewertet werden. Ein Diagnoseirrtum stellt nur dann einen (einfachen) Behandlungsfehler dar, wenn die Diagnose unvertretbar bzw. nicht mehr vertretbar ist <sup>10</sup>

Einem Gynäkologen fällt **kein Behandlungsfehler in der Form eines vorwerfbaren Diagnoseirrtums** zur Last, wenn er im Rahmen einer Brustkrebsvorsorge bei einer 40-jährigen Patientin, die keine Risikofaktoren aufweist (keine Familienanamnese, Rauchen vor vielen Jahren eingestellt) nach unauffälligen eigenen Tast- und Sonografiebefunden keine weiteren Untersuchungen (Mammographie, nachfolgend Biopsie) veranlasst und bei tatsächlich vorliegendem Mammakarzinom eine Mastopathie diagnostiziert. Er hat dann auf der Grundlage seiner **noch vertretbaren Bewertung gerade keine Veranlassung zur**

---

<sup>7</sup>OLG Hamm, Urt. v. 29.10.2014 – I – 3 U 55/14, juris, Nr. 45, 55, 64, 65

<sup>8</sup>OLG Köln, Urt. v. 19.11.2014 – 5 U 87/13, juris, Nr. 36, 40; auch OLG Köln, Urt. v. 5.11.2014 – 5 U 152/13, juris, Nr. 46: keine Beweislastumkehr wg. Unterlassener Befunderhebung, wenn die therapeutische Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer diagnostischen Maßnahme unterbleibt; OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 19/11, juris, Nr. 42: diagnostisches und therapeutisches Vorgehen **aufgrund des nicht fundamentalen Diagnoseirrtums folgerichtig**

<sup>9</sup>OLG Köln, Urt. v. 19.11.2014 – 5 U 87/13, juris, Nr. 35, 40

<sup>10</sup>OLG Koblenz, Beschl. v. 27.1.2014 – 4 U 1383/13, juris, Nr. 14, 15; OLG Koblenz, Beschl. v. 26.8.2014 – 5 U 222/14, juris, Nr. 17, 18, 25, 33, 34; OLG Köln, Urt. v. 25.9.2013 – 5 U 7/13, VersR 2014, 1005, 1006 = juris, Nr. 28

**weiteren Befunderhebung**, weshalb ihm auch keine „unterlassene Befunderhebung“ zur Last fällt. Denn ein Diagnosefehler wird nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung weitere Befunde zur Erheben gewesen wären<sup>11</sup>

Selbst wenn man in einem derartigen Fall ein einfacher Behandlungsfehler („Diagnose nicht mehr vertretbar“) annimmt, haftet der Gynäkologe nicht, wenn der Sachverständige ausführt, eine um drei bis acht Monate frühere Diagnosestellung hätte **am weiteren Verlauf der Krebserkrankung voraussichtlich nichts geändert**, die Patientin hätte sich auch dann einer Operation (Mastektomie), einer Chemotherapie und einer Bestrahlung unterziehen müssen<sup>12</sup>. Ein als einfacher Behandlungsfehler vorwerfbarer Diagnoseirrtum einer Fachärztin für Allgemeinmedizin (hier: in der Notfallambulanz eines Krankenhauses) liegt nicht vor, wenn sie bei einer notfallmäßig vorgestellten Patientin mit heftigen Hautreaktionen am gesamten Körper eine nach den Gesamtumständen fernliegende Carbamazepin-Unverträglichkeit als Amoxicillin-Unverträglichkeit fehlinterpretiert. Ihr fällt auch keine „unterlassene Befunderhebung“ zur Last, wenn nach ihren Erkenntnismöglichkeiten alles dafür sprach, dass das weitere Geschehen mit den Empfehlungen, das Antibiotika abzusetzen und der akuten allergischen Reaktion durch Gabe eines Antihistaminikums zu begegnen, **aus der maßgeblichen ex-ante-Betrachtung in die richtigen Bahnen gelenkt** war<sup>13</sup>

Erkennt ein Gynäkologe (bzw. ein Allgemeinmediziner) bei einer schwangeren Patientin, die in der Winterzeit unter starken Hustenanfällen, gelegentlicher Atemnot und Abgeschlagenheit leidet, nicht das Vorliegen einer vorgeburtlichen Herzschwäche (peripartale Cardiomyopathie, PPCM) und diagnostiziert er einen **grippalen Infekt**, so fällt ihm kein als Behandlungsfehler vorwerfbarer Diagnoseirrtum zur Last, wenn für ihn keine weiteren, dem Krankheitsbild einer PPCM zuzuordnenden Symptome (z. B. Abgeschlagenheit, Luftnot, Husten) erkennbar geworden sind<sup>14</sup>

Es liegt auch **weder ein vorwerfbarer Diagnoseirrtum noch ein Befunderhebungsfehler** vor, wenn die objektiv auf einen Herzinfarkt deutenden Symptome erst im späteren Verlauf des durch eine Sturzverletzung veranlassten stationären Krankenhausaufenthaltes zutage treten. Beweisbelastet für den Zeitpunkt des erstmaligen Auftretens der auf einen Herzinfarkt hindeutenden Symptome (starker retrosternaler Schmerz, Kribbeln im Arm, außergewöhnliches Schwitzen und Kaltschweißigkeit) ist der Patient<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup>OLG Hamm, Urt. v. 17.9.2013 – I – 26 U 88/12, juris, Nr. 20 – 24; auch OLG Hamm, Urt. v. 29.10.2014 – I – 3 U 55/14, juris, Nr. 45, 46, 68, 69

<sup>12</sup>OLG Hamm, Urt. v. 17.9.2013 – 26 U 88/12, juris, Nr. 27; ebenso bereits OLG Koblenz, Beschl. v. 21.11.2011 – 5 U 688/11, GesR 2012, 346, 348; zur Verkennung einer Brustkrebserkrankung vgl. Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 22 a, D 22 g, D 24 e, D 74 ff., G 390 ff.

<sup>13</sup>OLG Koblenz, Beschl. v. 26.8.2014 – 5 U 222/14, juris, Nr. 4, 18, 25, 26, 37

<sup>14</sup>OLG Köln, Urt. v. 25.9.2013 – 5 U 7/13, VersR 2014, 1005, 1007 = juris, Nr. 28

<sup>15</sup>OLG Koblenz, Beschl. v. 8.4.2013 – 5 U 186/13 bei Bergmann/Wever, MedR 2014, 158

Liegt bei einer Frau, selbst bei einer Raucherin, eine atypische Symptomatik in Form von Oberbauchbeschwerden vor, bietet auch dies keinen ausreichenden Anhaltspunkt für einen drohenden oder beginnenden Herzinfarkt, wenn keine weiteren Symptome wie Erbrechen, Übelkeit, Schweißausbrüche oder Luftnot hinzukommen <sup>16</sup>

Ein Facharzt für Allgemeinmedizin haftet nicht, wenn er nach klinischer Untersuchung des Patienten und Feststellung von Fieber mit 39 Grad, Husten, einem allgemeinen Krankheitsgefühl, bronchialen Rasselgeräuschen die **Diagnose einer grippalen Atemwegsinfektion sowie einer akuten Bronchitis, nicht jedoch die zutreffende Diagnose „Schweinegrippe mit Lungenentzündung“** stellt und den Patienten deshalb nicht frühzeitig in ein Krankenhaus einweist. Selbst bei Annahme eines einfachen Behandlungsfehlers greift die Haftung des Arztes nicht ein, wenn nicht festgestellt werden kann, dass sich bei einer um einen Tag früher erfolgten Krankenhauseinweisung ein günstigerer Verlauf ergeben hätte <sup>17</sup>

Deutet das klinische Bild auf einen bestimmte, nach den Gesamtumständen naheliegende Erkrankung (hier: muskuläre Einblutung im Bein; tatsächlich lag ein Oberschenkel-Emphysem nicht nachfolgendem Gasbrand vor), so ist die hierauf gestützte ärztliche Fehldiagnose nicht haftungsrelevant, wenn die tatsächlich vorliegende Erkrankung (hier: Gasbrand) im **Alltag eines durchschnittlichen Krankenhauses praktisch nicht anzutreffen ist**. Eine Haftung des Krankenhausträgers scheidet auch dann aus, wenn unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler nicht festgestellt werden kann, dass rechtzeitiges Handeln den Kausalverlauf zugunsten des Patienten positiv beeinflusst hätte <sup>18</sup>

Es liegt auch **kein dem Arzt als Behandlungsfehler vorwerfbarer Diagnoseirrtum** vor, wenn der Sachverständige ausführt, es handele sich bei dem CT-Befund des Radiologen um einen solchen, den man sehr häufig sieht, wobei von 10 befragten Radiologen wohl 9 dazu gekommen wären, dass es sich nicht um einen pathologischen Befund handelt (hier: Lymphknotenmetastasierung bei einem tumorösen Prozess im Bereich des linken Zungengrundes, im CT als laterale Halszyste ohne pathologisch vergrößerte Lymphknoten und ohne Anhalt für Malignität interpretiert). Allerdings liegt ein **dem Radiologen als einfacher Behandlungsfehler vorwerfbarer Diagnoseirrtum** vor, wenn er einen tumorösen Prozess im Bereich des linken Zungengrundes verkennt und auf dem CT die Veränderung einer (vermeintlich) vorbestehenden Halszyste mit einer mittlerweile soliden Struktur beschreibt, wobei er jedoch vorsorglich eine Exstirpation mit anschließender Biopsie empfiehlt <sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>OLG Hamm, Urt. v. 11.1.2011 – I – 26 U 61/10, AHRS III, 2070/310

<sup>17</sup>OLG Hamm, Urt. v. 29.7.2013 – 3 U 26/13, GesR 2014, 21, 23

<sup>18</sup>OLG Koblenz, Beschl. v. 27.1.2014 – 5 U 1383/13, MDR 2014, 898 = juris, Nr. 14, 15, 18

<sup>19</sup>OLG München, Urt. v. 19.9.2013 – 1 U 453/13, juris, Nr. 11, 67, 72, 73, 74: Im entschiedenen Fall konnte der Patient den Kausalitätsnachweis nicht führen

## b) Behandlungsfehler bejaht

Ein **einfacher Behandlungsfehler (nicht mehr vertretbare Diagnose)** liegt vor, wenn sich der unter Bluthochdruck leidende Patient mit Parästhesien in der rechten Gesichtshälfte, im rechten Arm sowie in der rechten Hüfte bei seinem Hausarzt vorstellt und dieser lediglich die „Verdachtsdiagnose HWS-Syndrom“ stellt, ohne einen Apoplex (Schlaganfall/Hirnsult) zumindest differentialdiagnostisch in Betracht zu ziehen und den Patienten auch nicht notfallmäßig eine MRT-Untersuchung empfiehlt.

Konnten die Beschwerden im Bereich des rechten Armes aber als HWS-Beschwerden gedeutet werden, liegt **kein fundamentaler Diagnoseirrtum (grober Behandlungsfehler)** vor. Hat der vorwerfbare Diagnosefehler dazu führt, dass der Patient um drei Tage verspätet in ein Krankenhaus eingeliefert worden ist, so haftet der Arzt nicht, wenn der Patient nicht nachweisen kann, dass diese Verzögerungen für die von ihm behaupteten Beeinträchtigungen, insbesondere neurologische Ausfälle in Form einer Gefühlsstörung und einer verbleibenden Gangunsicherheit, Einschränkungen der Einsetzbarkeit des rechten Armes, starke Konzentrationsstörungen, Artikulationsschwierigkeiten u. a. auf den Behandlungsfehler zurückzuführen sind, insbesondere dann, wenn auch bei rechtzeitiger Krankenhauseinlieferung eine Lyse-Therapie nicht mehr möglich gewesen wäre, weil zwischen dem Beginn der Symptomatik und der dortigen, dann rechtzeitigen Vorstellung ebenfalls mehr als 4,5 Stunden verstrichen gewesen wären<sup>20</sup>

## 4. Unterlassene Befunderhebung

### a) Behandlungsfehler bzw. Haftung verneint

Auch eine Haftung des Arztes aus dem Gesichtspunkt der „Unterlassenen Befunderhebung“ wurde in folgenden Fällen verneint:

Grundsätzlich muss eine Befunderhebung nicht mit allen theoretisch denkbaren weiteren Untersuchungsmethoden fortgesetzt werden (hier: Anfertigung eines MRT), wenn das gefertigte Röntgenbild den beteiligten Fachärzten **eine ausreichend verlässliche Entscheidungsgrundlage bietet**<sup>21</sup>

Eine Beweislastumkehr wegen unterlassener Befunderhebung greift ebenfalls nicht ein, wenn zwar ein **medizinisch gebotenes MRT mehrere Tage zu spät angefertigt** wird, das beim Patienten aufgetretene Anschwellen des linken Armes im Zusammenhang mit einer Nierentransplantation aber durch die Ergebnisse des MRT **nicht mit hinreichender**

---

<sup>20</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, juris, Nr. 22, 23, 28 – 38, 42; vgl. hierzu Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 53 a, D 111 d, G 383 c

<sup>21</sup>OLG Koblenz, Urt. v. 30.1.2013 – 5 U 336/12, GesR 2013, 653

**Wahrscheinlichkeit hätte erklärt werden können**, während ein Verschluss im tiefen Venensystem, der die Schwellung hätte erklären können, nicht vorlag<sup>22</sup>

Es ist auch nicht behandlungsfehlerhaft, wenn der Gynäkologe den Radiologen, zu dem er die Patientin für die Durchführung einer Mammographie überweist, nicht ausdrücklich auf einen von ihm als harmlos eingeschätzten Befund hinweist und der Patientin auch nicht empfiehlt, einen seit über 9 Jahren immer wieder ertasteten Lymphknoten nicht vorsorglich zu entfernen bzw. dann feingeweblich untersuchen zu lassen<sup>23</sup>

Überweist der Hausarzt eine Patientin wegen Hypertonie, Herzrasen und innerer Unruhe unter dem Verdacht auf eine Schilddrüsenüberfunktion zum Facharzt (hier: zum Radiologen), der drei echoarme Knoten im Durchmesser von jeweils ca. 1 cm feststellt und „zur weiteren Abklärung noch eine Schilddrüsen-Szintigraphie“ empfiehlt, um Aufschluss über eine mögliche Schilddrüsenüberfunktion zu erhalten, so haftet der Hausarzt nicht unter dem Gesichtspunkt einer „unterlassenen Befunderhebung“, weil er die empfohlene Szintigraphie nicht umgehend veranlasst, wenn **die ergänzende Befunderhebung nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der Empfehlung durch den anderen Arzt objektiv nicht erforderlich war**. Eine Beweislastumkehr scheidet im entschiedenen Fall auch deshalb aus, weil die Entdeckung eines reaktionspflichtigen Befundes nach Anfertigung der Szintigraphie und sofortigem operativem Eingriff auch „nicht hinreichend wahrscheinlich“ gewesen wäre<sup>24</sup>

Eine Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ greift ebenfalls nicht ein, wenn im Krankenhaus bei einer Patientin, die mit dem Verdacht auf das Vorliegen eines Schlaganfalls (hier: motorische Schwäche in beiden Armen, hängender Mundwinkel, nach 10 bis 15 Minuten zunächst komplette Rückbildung) **kein medizinisch gebotenes CT** angefertigt wird, wenn der Sachverständige ausführt, es wäre „**nicht hinreichend wahrscheinlich**“ gewesen, dass ein **CT ein positives Befundergebnis im Sinne eines Mediateilinfarktes bzw. Schlaganfalles erbracht hätte**. Ein in derartigen Fällen indiziertes CT zur Lokalisation eines Ödems bzw. ischämischer Anzeichen kann frühestens zwei Stunden nach Beginn der Symptome, dem ischämischen Infarkt, einen entsprechenden Nachweis erbringen. Auch bei der Annahme eines „einfachen Behandlungsfehlers“ (nicht mehr vertretbare Diagnose bzw. unterlassene Befunderhebung) scheidet eine Haftung aus, wenn die primär gebotene Lyse-Therapie auch bei rechtzeitiger Einlieferung bzw. rechtzeitiger Bildgebung (CT/MRT) mehr als 3 Stunden bzw. (derzeit) mehr als 4,5 Stunden nach dem Beginn der Symptome nicht mehr hätte durchgeführt werden können<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>OLG Köln, Urt. v. 16.6.2014 – 5 U 131/13, juris, Nr. 12

<sup>23</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 101/13, VersR 2015, 70, 71

<sup>24</sup>OLG Koblenz, Urt. v. 22.8.2012 – 5 U 593/11, MDR 2014, 91, 92

<sup>25</sup>OLG München, Urt. v. 8.8.2013 – 1 U 4124/12, GesR 2013, 665, 667; OLG Hamm, Urt. v. 10.11.2008 – I – 3 U 2/08, AHRS III, 2740/316 A: Lyse-Therapie innerhalb von 3 Stunden nur dann, wenn der Symptombeginn klar und eindeutig festzulegen ist; OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, juris, Nr. 29 – 34: Lyse-Therapie in einem Zeitfenster von 4,5



Eine **Beweislastumkehr wegen unterlassener Befunderhebung scheidet auch aus, wenn der Arzt (hier: Allgemeinmediziner) Symptome und die von ihm erhobenen Befunde falsch gedeutet hat und er es – aus seiner Sicht trotz nicht mehr vertretbarer Diagnose (einfacher Behandlungsfehler) folgerichtig – unterlassen hat, einer anderen, im Raume stehenden Verdachtsdiagnose durch geeignete Untersuchungen bzw. Überweisungen an andere Fachärzte nachzugehen.** Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Allgemeinmediziner die von seinem unter Bluthochdruck u.a. leidenden Patienten beklagten Beschwerden „Parästhesien in der rechten Gesichtshälfte, am rechten Arm und in der rechten Hüfte, Gangunsicherheit“ als „HWS-Syndrom“ deutet und den Patienten deshalb zur Durchführung eines – nicht notfallmäßigen – „MRT der HWS“ überweist, ohne der sich aufdrängenden Verdachtsdiagnose „Schlaganfall“ bzw. „Hirnsult“ nachzugehen bzw. den Patienten sogleich notfallmäßig in ein Krankenhaus zur Durchführung eines CT oder MRT zu überweisen<sup>26</sup>

Es besteht auch **kein Rechtssatz dahingehend, dass es immer dann, wenn ein Symptom zumindest auch auf eine lebensbedrohliche Erkrankung hindeuten kann (hier: Schlaganfall) grob fehlerhaft wäre, wenn nicht vor allen anderen Maßnahmen zunächst durch entsprechende diagnostische Maßnahmen die lebensbedrohliche Erkrankung ausgeschlossen wird**<sup>27</sup>

Wird ein Patient nach vorangegangenen Bandscheibenvorfällen mit der Verdachtsdiagnose eines zervikalen Bandscheibenvorfalles bei ambulant nicht beherrschbaren Schmerzen im Bereich der HWS und Ausstrahlung in die rechte Schulter stationär eingeliefert, ist es **aus medizinischen Gründen geboten, nach dem Auftreten der schmerzhaften Schwellung (hier: ohne Überwärmung und ohne Rötung) auch die Entzündungswerte (hier: CRP und Leukozyten) zu bestimmen**, da eine Schwellung ein typisches Zeichen einer Entzündung darstellen kann. Ein **reaktionspflichtiges Ergebnis ist im Hinblick auf eine sich objektiv anbahnende Sepsis nicht hinreichend wahrscheinlich (Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 %)**, wenn die behandelnden Ärzte am fraglichen Tag keine klinischen Anzeichen für ein infektiöses Geschehen wahrgenommen haben, der Verlauf der erhobenen Kreatininwerte sowie der Thrombozytenwert (hier: jeweils nur geringfügig über dem Normbereich) eher darauf schließen lassen, dass man zum Zeitpunkt der gebotenen Befunderhebung zwei Tage vor dem Auftreten einer Sepsis noch keine Dynamik festgestellt hätte. Auch wenn **ein erhöhter CRP-Wert hinreichend wahrscheinlich** gewesen wäre, ergibt sich hieraus noch reaktionspflichtiger Befund, weil eine sinnvolle Aussage nur unter Einbeziehung des gesamten klinischen Erscheinungsbildes getroffen werden kann, wenn eine

---

Stunden nach erstmaligem Auftreten der Symptome führt in weniger als 50 % der Fälle zu einer Besserung der neurologischen Ausfälle

<sup>26</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, juris, Nr. 22, 23, 37, 42

<sup>27</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, juris, Nr. 37, 41; tendenziell a. A. Spickhoff-Greiner, 2. Aufl. 2014, § 823 BGB Rz. 43 m. w. N.: regelmäßig ist die gefährlichere Diagnose zuerst auszuschließen

dann durchgeführte MRT-Untersuchung ihrerseits nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte. Zeigt sich zwei Tage später **das Vollbild einer Sepsis mit deutlicher Leukozytose und deutlich erhöhtem CRP-Wert sowie Fieber mit 38,5 Grad Celsius sowie einem Abszess, so kann auch hieraus nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, die reaktionspflichtigen Entzündungswerte hätten schon zwei Tage früher vorgelegen** <sup>28</sup>

Werden knöcherner Mikrofrakturen (Bone bruise) als „Distorsionsschmerz des Kniegelenks“ fehlinterpretiert und deshalb weitere, zielführende Bildgebungen (MRT) verzögert, liegt hierin jedenfalls kein grober Behandlungsfehler, wenn der Sachverständige die Diagnose für „noch vertretbar“ hält. Auch eine Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ scheidet aus, wenn es nach unverzüglicher Durchführung des MRT vertretbar gewesen wäre, noch zuzuwarten und zunächst symptombezogen mit Schmerzmitteln zu behandeln, sodass auch eine frühere Befunderhebung den weiteren Verlauf nicht zum Vorteil des Patienten verändert hätte <sup>29</sup>

U.E. übersieht das OLG Koblenz jedoch, dass die Voraussetzungen einer Beweislastumkehr wegen „unterlassener Befunderhebung“ in der „dritten Stufe“ auch dann vorliegen, wenn **nur die Verknennung des (fiktiv erhobenen) Befundes „grob fehlerhaft“ gewesen wäre**. Dies gilt im Übrigen auch für die oben dargestellten „Lyse-Fälle“ <sup>30</sup>

## **b) Behandlungsfehler bzw. Haftung bejaht**

Erleidet ein Kind nach einem Sturz eine blutende Verletzung (hier: Pfählungsverletzung im Rachen), die im Krankenhaus versorgt und mit einem Breitbandantibiotikum abgedeckt wird, ist es bei immerhin bestehenden Verdachtsmomenten für eine Infektion fehlerhaft, nicht spätestens zwei Tage später eine Blutuntersuchung (insbesondere Erhebung des CRP-Wertes) durchzuführen. Ist es „hinreichend wahrscheinlich“, dass der CRP-Wert deutlich erhöht und damit die „Infektion unzureichend im Griff“ gewesen ist, wäre es auch grob fehlerhaft, auf einen solchen Befund nicht mit der Umstellung der Behandlung, etwa durch ein anderes Antibiotikum und/oder Legen einer Drainage zu reagieren <sup>31</sup>

Zudem wäre es auch grob fehlerhaft gewesen, einen deutlich erhöhten CRP-Wert zu verkennen und zusätzliche Untersuchungen zu unterlassen, die weiteren Aufschluss über die

---

<sup>28</sup>OLG Köln, Urt. v. 28.5.2014 – 5 U 143/10, juris, Nr. 31 – 38, 41

<sup>29</sup>OLG Koblenz, Beschl. v. 5.5.2014 – 5 U 44/14, juris, Nr. 9, 10, 12, 13

<sup>30</sup>zu den Einzelheiten Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rz. U 82 ff.

<sup>31</sup>BGH, Urt. v. 5.11.2013 – VI ZR 527/12, VersR 2014, 247 = juris, Nr. 6, 18, 19, 20, 29

Infektionssituation bzw. über die mögliche Entstehung eines vorhandenen Abszesses gegeben hätten<sup>32</sup>

Kommt es beim Vorliegen der Voraussetzungen einer „unterlassenen Befunderhebung“ zu einer Beweislastumkehr, wird hiervon grundsätzlich **nur der Primärschaden und derjenige Sekundärschaden erfasst, der als typische Folge des Primärschadens anzusehen ist**<sup>33</sup>

Der BGH lässt es im entschiedenen Fall offen, ob der bei dem Kind nach einer Pfählungsverletzung und unterlassener CRP-Kontrolle nach dem Auftreten eines Abszesses eingetretene hypoxische Hirnschaden zum Primärschaden oder aber zum Sekundärschaden zu rechnen ist, wobei beim Sekundärschaden vom Patienten eine überwiegende Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 287 ZPO nachzuweisen ist, da die Vorinstanz auch die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ im Sinne des § 287 ZPO festgestellt hatte, dass der Behandlungsfehler im Ergebnis für den hypoxischen Hirnschaden kausal geworden ist<sup>34</sup>

Beschränkt sich der Arzt bei einer Beinverletzung durch Eindringen eines größeren Holzstücks o.a. direkt unterhalb des Knies auf eine Sondierung der Wunde und **unterlässt er eine medizinisch gebotene explorative Revision**, so haftet er für die geltend gemachte Heilungsverzögerung (hier: über drei Monate), die durch das Verbleiben von Holzsplittern eingetreten ist, nach den Grundsätzen der „unterlassenen Befunderhebung“, wenn der Sachverständige ausführt, dass die Holzsplitter bei einer Wundrevision mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 % entdeckt worden wären<sup>35</sup>

Erkennt ein Arzt, dass das unklare klinische Beschwerdebild des Patienten umgehend weitere diagnostische Maßnahmen erfordert (hier: Fascialisschwäche rechts, Babinskizeichen rechts, sofortige weitere Hirndiagnostik durch MRT), sorgt er aber gleichwohl nicht für eine umgehende Verlegung des Patienten in ein zur Durchführung der erforderlichen Untersuchungen ausreichend ausgestattetes Krankenhaus, liegt ein (hier: grober) **Befunderhebungsfehler und kein Diagnosefehler** vor. Ist es „hinreichend wahrscheinlich“, dass eine sofortige weitere Liquordiagnostik bzw. ein MRT eine Hirnvenenthrombose gezeigt hätte, wäre es auch grob fehlerhaft, auf einen solchen Befund nicht umgehend zu reagieren bzw. einen solchen Befund zu erkennen. Eine Beweislastumkehr wäre dann nur ausgeschlossen, wenn **jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem aufgetretenen Gesundheitsschaden (Primärschaden) äußerst unwahrscheinlich** ist<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup>BGH, Urt. v. 5.11.2013 – VI ZR 527/12, VersR 2014, 247 = juris, Nr. 6, 7, 30: auch unterlassene Umstellung der Behandlung „grob fehlerhaft“

<sup>33</sup>BGH, VersR 2014, 247, 250, Nr. 32; BGH, Urt. v. 2.7.2013 – VI ZR 554/12, VersR 2013, 1174, Nr. 12

<sup>34</sup>BGH, Urt. v. 5.11.2013 – VI ZR 527/12, VersR 2014, 247 = juris, Nr. 13, 14, 15

<sup>35</sup>OLG Köln, Urt. v. 13.6.2012 – 5 U 18/11, VersR 2013, 1447, 1448

<sup>36</sup>BGH, Urt. v. 21.1.2014 – VI ZR 78/13, VersR 2014, 374, 376 = juris, Nr. 15, 19, 20

Wird eine Patientin mit einer **linksseitigen Halbseitenlähmung** im Krankenhaus eingeliefert und neben der Intubation und einer Bronchoskopie ein craniales natives CT des Gehirns durchgeführt, ist es fehlerhaft, keinen – ggf. auswärtigen - Neurologen zur Beurteilung des angefertigten CT hinzuzuziehen und dieses nur durch einen Internisten bzw. Kardiologen auszuwerten. Es ist auch „hinreichend wahrscheinlich“, dass ein Neurologe (Anmerkung: auch ein Radiologe) auf den angefertigten CT-Bildern den hochgradigen Verdacht auf das Vorliegen einer Basilaristhrombose, zumindest aber auf einen Arterienverschluss (Anmerkung: der zu einem ischämischen Insult des Hirnstammes u.a. führt) erhoben hätte. Es wäre auch grob fehlerhaft, wenn ein solcher Befund von einem Neurologen (bzw. Radiologen) verkannt worden wäre bzw. wenn auf einen solchen Befund innerhalb des noch offenen Zeitfensters (derzeit 4,5 Stunden ab Beginn der Symptome) nicht mit einer umgehenden Verlegung der Patientin in eine neurologische Klinik oder eine Klinik mit Stroke-Unit zur Durchführung einer Lysebehandlung reagiert worden wäre. Es ist (im entschiedenen Fall) auch nicht „äußerst unwahrscheinlich“, dass sich dann ein für die Patientin günstigerer Verlauf ergeben hätte. Bei einer rechtzeitigen Lyse-Therapie innerhalb des offenen Fensters ist mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % mit deutlich besseren Ergebnissen gegenüber der konservativen Therapie zu rechnen<sup>37</sup>

Eine Beweislastumkehr wegen unterlassener Befunderhebung greift ein, wenn ein Endokrinologe (hier: pädiatrisch endokrinologische Ambulanz) den Eltern eines knapp 9-jährigen Kindes, das mit einer Körperlänge von 124 cm und einem Gewicht von 31 kg bei einer Durchschnittsgröße der Eltern von 163 cm vorgestellt wird, nicht die Durchführung eines GnRH-Testes (Hormonstörung) empfiehlt, und hieraus sie prospektive Erwachsenengröße zu bestimmen und anschließend monatliche Injektionen eines GnRH-Antagonisten oder zumindest eine Verlaufskontrolle (halbjährliche Kontrolle der Körperlänge) zu empfehlen, wenn sich bei Durchführung der gebotenen Maßnahmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine um 14 cm hinter der genetischen Zielgröße zurückbleibende, deutlich unterdurchschnittliche prospektive Erwachsenengröße gezeigt hätte. Allein die Verkennung der Bedeutung dieser Befunde wäre grob fehlerhaft, im Übrigen auch die Nichtreaktion mit einem GnRH-Antagonisten<sup>38</sup>

Regelmäßig spricht auch eine **tatsächliche Vermutung dafür, dass ein Patient sich entsprechend einer ihm erteilten therapeutischen Aufklärung („aufklärungsrichtig“) verhalten hätte, jedenfalls wenn der Patient dringend nach einer Behandlungsmöglichkeit gesucht hat**<sup>39</sup>

Wird der Patient wegen anhaltender Beschwerden im Bereich des rechten Ellenbogens nach frustraner konservativer Behandlung von der Hausärztin an einen Chirurgen überwiesen, muss dieser die Anamnese umfassend und sorgfältig erheben. Dabei ist er auch verpflichtet, die

---

<sup>37</sup>OLG Hamm, Urt. v. 12.8.2013 – 3 U 122/12, GesR 2013, 728, 729/730

<sup>38</sup>OLG Oldenburg, Urt. v. 21.5.2014 – 5 U 216/11, juris, Nr. 117 – 128

<sup>39</sup>OLG Oldenburg, Urt. v. 21.5.2014 – 5 U 216/11, juris, Nr. 101 im Anschluss an BGH, NJW 1989, 2318, 2320

bereits von der Hausärztin veranlassten **Laborbefunde (hier: deutlich erhöhter CRP-Wert) telefonisch zu erfragen sowie einfache Untersuchungen, wie die Messung der Körpertemperatur und die Bestimmung der Blutsenkungsgeschwindigkeit, selbst durchzuführen.** Ist es „hinreichend wahrscheinlich“, dass der (fiktiv) mitgeteilte CRP-Wert und/oder eine (fiktiv) gemessene Körpertemperatur bzw. die Blutsenkungsgeschwindigkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätten (hier: florierende Bursitis olecrani, d.h. gravierende Schleimbeutelentzündung am Ellenbogen mit Indikation zum sofortigen operativen Eingriff), wäre eine Nichtreaktion hierauf bzw. bereits die Verkennung eines solchen Befundes grob fehlerhaft. Es war im entschiedenen Fall auch nicht „äußerst unwahrscheinlich“, dass die nach einer um sechs Tage verzögerten Operation aufgetretenen Komplikationen (umfangreiche ambulante und stationäre Nachbehandlung mit entsprechenden Beschwerden) bei unverzüglicher Operation vermieden worden wären<sup>40</sup>

Vor einer Laserbehandlung an der Netzhaut (hier: nach diagnostiziertem Foramen/“Netzhautloch“ und einer Glaskörperblutung) hat der Augenarzt die Indikationsvoraussetzungen sicher abzuklären. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass die Sicht auf den zentralen Glaskörper während der gesamten (Laser-) Behandlung hinreichend gegeben ist und festgestellt werden kann, dass die restliche Netzhaut sicher anliegt. Um die Netzhaut im fraglichen Bereich beurteilen zu können, ist es bei Feststellung eines Netzhautloches und einer Glaskörperblutung erforderlich, eine **Ultraschalluntersuchung bei Uneinsehbarkeit bzw. nicht vollständiger Einsehbarkeit der Netzhaut** durchzuführen. Wenn es **überwiegend wahrscheinlich** ist, dass bei Durchführung einer Ultraschalluntersuchung eine Netzhautablösung erkannt worden wäre, so würde sich deren Verkennung oder die Nichtüberweisung des Patienten an einen Augenchirurgen wegen des extrem hohen Erblindungsrisikos als grob fehlerhaft darstellen<sup>41</sup>

Eine Beweislastumkehr wegen unterlassener Befunderhebung greift auch ein, wenn der Hausarzt (Allgemeinmediziner) die vom Patienten geschilderte Beschwerdesymptomatik im unteren Rücken und in der linken Gesäßhälfte unzureichend untersucht und der Patient dann drei Tage später aufgrund einer Gewebeentzündung im Gesäßbereich mit dem Verdacht auf eine bakterielle Infektionskrankheit der Unterhaut und Faszien (nekrotisierende Fasziiitis) notfallmäßig operiert werden muss. Hat sich der Abszess zum Zeitpunkt der stationären Aufnahme drei Tage nach der Untersuchung durch den beklagten Arzt schon auf die Faszien und Muskeln ausgedehnt und hatte bereits eine Gasbildung stattgefunden, ist es „hinreichend wahrscheinlich“, dass ein solcher **Abszess bei der aufgrund der Beschwerdeangaben erforderlichen digital-rektalen Untersuchung durch den Allgemeinmediziner nachweisbar gewesen wäre.** Das Verkennen eines solchen Abszesses im Rahmen der erforderlichen, gründlichen Tastuntersuchung, auch die Nichtreaktion hierauf durch sofortige Krankenhauseinweisung wäre grob fehlerhaft gewesen. Die Beweislastumkehr bezieht sich auf den **Primärschaden**, vorliegend sämtlichen Schmerzen und Beschwerden, die dadurch

---

<sup>40</sup>OLG Koblenz, Urt. v. 28.5.2014 – 5 U 1244/13, NJW-RR 2014, 1239, 1240 = VersR 2014, 1458

<sup>41</sup>OLG Hamm, Urt. v. 21.2.2014 – 26 U 28/13, GesR 2014, 492, 493: es lag auch ein „grober Behandlungsfehler“ vor

entstanden sind, dass auf die Abszessbildung nicht bereits drei Tage vorher reagiert worden ist<sup>42</sup>

Klagt die Patientin nach einer Beinoperation über starke Schmerzen im Knie und ist hierzu dokumentiert „rechter Fuß kalt, Zehen etwas bläulich verfärbt, Patientin spürt Wärme am Fuß, müssen umgehend weitergehende Befunde erhoben werden, zunächst eine einfache Blutdruckmessung am Arm und dem betroffenen Bein, dann eine Doppleruntersuchung und eine Dupelxsonographie, ggf. noch eine Angiographie.

Es ist „hinreichend wahrscheinlich“, dass sich dann der ca. 20 Stunden später diagnostizierte embolische, arterielle Verschluss am Unterschenkel gezeigt hätte. Diese Verkennung wäre grob fehlerhaft gewesen, ebenso natürlich die Nichtreaktion durch umgehende Notoperation. Zum „Primärschaden“, auf den sich die Beweislastumkehr bezieht, gehört auch ein durch den Behandlungsfehler geschaffenes oder erhöhtes Risiko der Patientin, dass es nachfolgend wegen eines erneuten Verschlusses auch zur Amputation des Beines kam<sup>43</sup>

## II. Grober Behandlungsfehler

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 Fachgebiets schlechterdings nicht unterlaufen darf**<sup>44</sup>

### 1. Medizinischer Standard, Leitlinien

Die Beurteilung, ob ein **Behandlungsfehler als grob oder nicht grob einzustufen ist**, ist eine juristische Wertung, die dem Tatrichter und nicht dem Sachverständigen obliegt. Der Sachverständige hat hierzu die erforderliche medizinische Grundlage darzustellen<sup>45</sup>

Der vom Sachverständigen darzustellende **medizinische Standard** gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachgebietes zum Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des Behandlungszieles erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup>OLG Hamm, Urt. V. 31.10.2014 – I – 26 U 173/13, juris, Nr. 22, 27, 39, 41, 43

<sup>43</sup>OLG Naumburg, Urt. V. 13.2.2014 – I U 14/12, juris, Nr. 13 – 15

<sup>44</sup>BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 139/10, MDR 2012, 150 = VersR 2012, 362 = NJW 2012, 227, Nr. 8; OLG Hamm, Urt. v. 25.2.2014 – 26 U 157/12, GesR 2014, 413, 415 = juris, Nr. 18, 19 und die Nachweise bei Geiß/Greiner, 7. Aufl., Rz. B 252; Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. G 161 ff.

<sup>45</sup>BGH, Urt. v. 15.4.2014 – VI ZR 382/12, VersR 2014, 879 = GesR 2014, 404 = juris, Nr. 13, 26

<sup>46</sup>BGH, Urt. v. 15.4.2014 – VI ZR 382/12, VersR 2014, 879 = GesR 2014, 404 = juris, Nr. 11

Handlungsanweisungen in **Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände dürfen nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden**. Dies gilt insbesondere für Leitlinien, die erst nach der zu beurteilenden medizinischen Behandlung veröffentlicht worden sind. Die Leitlinien ersetzen kein Sachverständigengutachten. Sie können im Einzelfall den medizinischen Standard für den Zeitpunkt ihres Erlasses zutreffend beschreiben; sie können aber auch Standards ärztlicher Behandlung fortentwickeln oder ihrerseits veralten <sup>47</sup>

So liegt etwa kein Behandlungsfehler vor, wenn der Arzt eine nicht leitlinienkonforme, aber in der Fachliteratur als vertretbar eingeschätzte Dosierung eines Medikaments (hier: Celestan zur Induktion der fetalen Lungenreife bei einer Zwillingschwangerschaft mit Frühgeburt) vornimmt <sup>48</sup>

## 2. Einzelne grobe Behandlungsfehler

### a) Grober Behandlungsfehler verneint

Versäumnisse im Bereich der **therapeutischen Aufklärung** sind keine Aufklärungs-, sondern Behandlungsfehler mit den für diese geltenden beweisrechtlichen Folgen. Der Patient hat also den Beweis zu führen, dass ein aus medizinischen Gründen erforderlicher therapeutischer Hinweis nicht erteilt wurde und es dadurch bei ihm zum Eintritt eines Schadens gekommen ist <sup>49</sup>

Ist die Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung im Einzelfall als „grober Behandlungsfehler“ zu bewerten, führt dies zu einer Umkehr der Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Primärschaden, wenn der unterlassene Hinweis generell geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen. In derartigen Fällen spricht **regelmäßig eine tatsächliche Vermutung bzw. der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass sich der Patient entsprechend einer ihm erteilten Sicherungsaufklärung „aufklärungsrichtig“ verhalten hätte** <sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 15.4.2014 – VI ZR 382/12, VersR 2014, 879 = GesR 2014, 404 = juris, Nr. 17, 18 m. w. N. zu den Einzelheiten Martis/Winkhart, 4. Aufl. 2014, Rz. B 41 – B 72; OLG Köln, Beschl. v. 16.5.2012 und vom 1.8.2012 – 5 U 234/11 bei Bergmann/Wever, MedR 2014, 24: zu verachtende Erkenntnisquelle, wenn sie den maßgeblichen Facharztstandard im Einzelfall abschließend wiedergeben; OLG Hamm, Beschl. v. 18.6.2014 – I – 3 U 66/14, GesR 2014, 607, 608

<sup>48</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 4.11.2014 – 5 U 869/14, juris, Nr. 11

<sup>49</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 20.12.2012 – 1 U 120/11, MedR 2014, 320, 321; ebenso bereits BGH, Urt. v. 16.6.2009 – VI ZR 157/08, VersR 2009, 1267, 1268: unterlassener therapeutischer Hinweis auf die Gefahr einer „Austrocknung“ kann einen „groben Behandlungsfehler“ darstellen

<sup>50</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 20.12.2012 – 1 U 120/11, MedR 2014, 320, 322

Es liegt aber **kein grober Behandlungsfehler vor, wenn ein Zahnarzt seinen Patienten nicht darauf hingewiesen hat, dass beim Rauchen bzw. fortgesetztem Rauchen ein erhöhtes Risiko für einen Implantatverlust besteht**<sup>51</sup>

Wurde beim Patienten eine Hüftendoprothesen-Operation durchgeführt und danach bekannt, dass die eingesetzten Implantate wegen erhöhter Raten von Versagerfällen (Bruchgefahr) zurückgerufen wurden, kommt vor der Durchführung der Revisionsoperation eine **Pflicht zur nachträglichen Sicherungsaufklärung** der auch die Erstbehandlung durchführenden Klinik über die Möglichkeit in Betracht, entweder mit der Bruchgefahr zu leben oder eine vorsorgliche Revision vornehmen zu lassen. Es handelt sich aber nicht um einen groben Behandlungsfehler. Kann der Sachverständige nicht feststellen, dass Folgebeschwerden (hier: Beschwerden nach dem Abbrechen von vier Hartmetallbohrern, wobei die Revisionsoperation dann am Folgetag durch geeignete Bohrer fortgesetzt wurde) auch bei früherer Revision nach rechtzeitigem Hinweis aufgetreten wären, ist ein (unterstellter) Behandlungsfehler wegen unterlassener Sicherungsaufklärung für den Gesundheitsschaden nicht kausal geworden<sup>52</sup>

Empfiehlt der Arzt dem Patienten im Rahmen der „therapeutischen Aufklärung“ die richtige Vorgehensweise (hier: Erforderlichkeit der weiteren Abklärung einer koronaren Herzerkrankung innerhalb eines Zeitraumes von wenigen Wochen, weil nach den bislang vorliegenden Befunden das mit ca. 20 – 30 % bewertete Risiko eines Herzinfarktes innerhalb von 10 Jahren besteht) und unterbleibt allein eine Unterrichtung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit, handelt es sich im Regelfall nicht um einen groben Behandlungsfehler. Unterbleibt der Rat zu einer zweifelsfrei erforderlichen diagnostischen Maßnahme als solcher, ist zwar das hierin liegende Unterlassen regelmäßig als **Befunderhebungsfehler** zu behandeln. Unterbleibt jedoch „nur“ die Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der diagnostischen Maßnahme, liegt wertungsmäßig kein zur Beweislastumkehr führender Befunderhebungsfehler vor. Denn die bestehenden Beweisschwierigkeiten stammen in einem solchen Fall nicht allein aus der Sphäre des Arztes, sondern teilweise auch aus derjenigen des Patienten<sup>53</sup>

## **b) Grober Behandlungsfehler bejaht**

Ein „grober Behandlungsfehler“ in der Form einer unterbliebenen Empfehlung zur Teilnahme an einem Mammographie-Screening (therapeutische Aufklärung) stellt jedenfalls dann einen „groben Behandlungsfehler“ dar, wenn es der Patientin während ihrer Behandlung **erkennbar auf die Minimierung jedweden Brustkrebsrisikos ankam**, sie deshalb sämtliche empfohlenen Vorsorgetermine wahrgenommen hatte und ihr zudem ein Medikament

---

<sup>51</sup>OLG Naumburg, Urt. v. 20.12.2012 – 1 U 120/11, MedR 2014, 320, 323; kritisch Steffen, MedR 2014, 324: Hinweis auf ein erhöhtes Risiko des Implantatverlustes bei fortgesetztem Rauchen ist dokumentationspflichtig

<sup>52</sup>KG, Urt. v. 25.11.2013 – 20 U 49/12, GesR 2014, 401

<sup>53</sup>OLG Köln, Urt. v. 5.11.2014 – 5 U 152/13, juris, Nr. 39, 42, 44, 46



verordnet worden ist (hier: Hormonersatztherapie mit Liviella), das jedenfalls **mit der Erhöhung des Brustkrebsrisikos** in Zusammenhang gebracht wurde.

Wird ein Mammakarzinom aufgrund eines groben Behandlungsfehlers des Gynäkologen ca. zwei Jahre verspätet diagnostiziert, ist es jedenfalls **nicht äußerst unwahrscheinlich**, dass sich bei rechtzeitiger Diagnose noch keine Metastasen gebildet hätten, die Operation einen geringeren Umfang eingenommen hätte, etwa wenn man dann möglicherweise nur einen Wächterlymphknoten anstatt insgesamt vier befallener Lymphknoten hätte entfernen müssen und der Patientin die mit erheblichen Belastungen verbundene Chemotherapie erspart geblieben wäre <sup>54</sup>

Ist der Behandlungsfehler im Einzelfall nicht als „grob“ zu bewerten und kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit (§ 286 ZPO) festgestellt werden, dass ein invasiv-duktales Mammakarzinom (hier: ca. 1,5 cm großer, derb verschieblicher Knoten in der linken Axilla) mit einem Grading G2 – G3 mit einem bereits ca. acht Jahre zuvor erhobenen und vom Gynäkologen als „entzündeter Lymphknoten“ bewerteten Tastbefund identisch ist, so haftet der Gynäkologe nicht wegen eines Diagnosefehlers, wobei es in diesem Fall unerheblich ist, ob die Diagnose vertretbar (dann kein Behandlungsfehler) oder nicht mehr vertretbar (dann nur einfacher Behandlungsfehler) war <sup>55</sup>

Stellt sich ein über 50-jähriger Patient bei einem Internisten und Allgemeinmediziner vor, um eine allgemeine Gesundheitsüberprüfung einschließlich einer Krebsvorsorge durchführen zu lassen und führt der Arzt eine Untersuchung einschließlich eines Hämokult- und Bluttests, eine Sonographie der Nieren und der Prostata sowie eine EKG-Untersuchung durch und notiert er im Rahmen der familiären Anamnese, dass die Mutter des Klägers an Darmkrebs verstorben ist, so stellt es **einen groben Behandlungsfehler** dar, wenn der Arzt den Patienten nicht **mit der gebotenen Deutlichkeit darauf hinweist, dass in einem solchen Fall (hier: zwei- bis dreifach erhöhtes Risiko für Darmkrebs) die Durchführung eines Koloskopie dringend geboten ist. Die Sicherungsaufklärung muss klar und eindeutig sein, dass der Patient ein objektives und zutreffendes Bild erhält, was ihm droht, wenn er dem Hinweis nicht folgt** <sup>56</sup>

Es ist auch „grob fehlerhaft“ (grober Befunderhebungsfehler), wenn vor einer Operation (hier: Hüftimplantation) eine Blutgerinnungsstörung nicht abgeklärt wird, obwohl die anamnestischen Angaben und die pathologischen Blutwerte hierzu jeweils Veranlassung gegeben hätten. Der Nachweis, dass derselbe Schaden auch bei Meidung des Behandlungsfehlers mit einer Wahrscheinlichkeit von 54 % aufgetreten wäre, genügt im

---

<sup>54</sup>OLG Hamm, Urt. v. 12.8.2013 – 3 U 57/13, MedR 2014, 103, 104 = GesR 2013, 660, 661: Schmerzensgeld in Höhe von 20.000,00 €: die Chemotherapie und eine Teilentfernung der Brust hätten ohnehin durchgeführt werden müssen

<sup>55</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 101/13, juris, Nr. 1, 28, 31

<sup>56</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 137/13, juris, Nr. 23, 26

Rahmen des vom Arzt zu führenden Nachweises einer „äußerst unwahrscheinlichen Kausalität“ nicht<sup>57</sup>

Mehrere einfache Behandlungsfehler können **in der Gesamtschau als grobe Fehler** zu bewerten sein. Wird etwa bei pathologischem CTG auf eine gebotene Mikrobiutuntersuchung des Kindes verzichtet (hier: Pressphase erreicht, Zeitaufwand für die Mikrobiutuntersuchung 10 – 15 Minuten), so ist die Entbindung des Kindes schnellstmöglich in der Regel durch Sectio zu veranlassen. Denn ohne Erkenntnis über den pH-Wert ist ein weiteres Zuwarten nicht gerechtfertigt. Wird bei pathologischen CTG-Werten bei der Unterlassung der an sich gebotenen Mikrobiutuntersuchung die Geburt noch um 23 Minuten verzögert, liegt insgesamt ein grober Behandlungsfehler vor<sup>58</sup>

Wird die gebotene Indikationsstellung für eine Notsectio aber lediglich um 2 Minuten verzögert, weil sich der Geburtshelfer dazu entschlossen hat, zuvor einen vaginal-operativen Entbindungsversuch durchzuführen, der nach den einschlägigen Leitlinien unterbleiben sollte, liegt **kein grober Behandlungsfehler** vor<sup>59</sup>

### III. Voll beherrschbare Risiken

Ausnahmsweise hat die Behandlungsseite die Vermutung der objektiven Pflichtwidrigkeit bzw. des Verschuldens zu widerlegen, wenn feststeht, dass die **Primärschädigung aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren von deren Seite voll beherrscht bzw. ausgeschlossen werden können und müssen**<sup>60</sup>

#### 1. Voll beherrschbares Risiko verneint

Grundsätzlich ist ja die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch, die Beachtung der dabei zum Schutz des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden Regeln, die Kontrolle der Lagerung durch die operierenden Ärzte dem „voll beherrschbaren Risikobereich“ zuzuordnen<sup>61</sup>

Andererseits stellt die Lagerung eines Patienten **nicht automatisch einen „voll beherrschbaren Risikobereich“** dar und rechtfertigt entsprechende Beweiserleichterungen hinsichtlich des Vorliegens eines Behandlungsfehlers und des Verschuldens nur dann, wenn feststeht, dass die Lagerung im konkreten Fall auch tatsächlich voll beherrschbar war. Dies ist

<sup>57</sup> OLG Hamm, Urt. v. 21.3.2014 – 26 U 115/11, Nr. 15, 16

<sup>58</sup> OLG Hamm, Urt. v. 16.5.2014 – 26 U 178/12, juris, Nr. 30, 31, 37, 39, 41

<sup>59</sup> OLG Köln, Urt. v. 15.5.2013 – 5 U 138/12 bei Bergmann/Wever, MedR 2014, 158

<sup>60</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 29.8.2014 – 4 U 21/13, juris, Nr. 52, 53, 56; OLG München, Urt. v. 6.6.2013 – 1 U 319/13, juris, Nr. 33, 34, 38 = GesR 2013, 618, 620; Steffen/Pauge, 12. Aufl. Rz. 603 – 625; Ratzel/Lissel/Kern, 1. Aufl., § 2 Rz. 74 und § 5 Rz. 69, 70; Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. V 302 ff.

<sup>61</sup> vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 22.10.2009 – 5 U 662/09, GesR 2010, 70, 71; Frahm/Nixdorf/Walter, 5. Aufl., Rz. 161

bei einer Lagerung des Kopfes während einer lang andauernden Operation, bei der der Kopf unter Operationstüchern verborgen ist, auch dann nicht der Fall, wenn die gewählte Art der Lagerung etwas komplikationsträchtiger ist. Der Nachweis einer korrekten Lagerung kann auch dadurch erbracht werden, dass die üblichen Routinemaßnahmen geschildert werden, wenn dabei glaubhaft und nachvollziehbar angegeben wird, dass im konkreten Fall nicht anders verfahren wurde<sup>62</sup>

Bleibt offen, ob **schadensstiftende Keime aus dem Organismus des Patienten oder aus einer Sphäre stammen, die dem Kernbereich des ärztlichen Handelns zuzurechnen sind** (hier: Auftreten einer Staphylokokkeninfektion und begleitender Spondylodiszitis nach einer Bandscheibenoperation), kommt eine Beweiserleichterung nach den Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikos nicht in Betracht<sup>63</sup>

## 2. Voll beherrschbares Risiko bejaht

Dagegen greifen die Darlegungs- und Beweiserleichterungen aus dem Gesichtspunkt des „voll beherrschbaren Risikos“ bereits dann ein, wenn bei dem für die Behandlung verwendeten Gerät bei Intaktheit und richtiger Bedienung nur ein minimales Restrisiko für eine nicht ordnungsgemäße Funktion verbleibt oder verbleiben könnte. Es ist nicht zu verlangen, dass das technische Gerät bei Intaktheit und richtiger Bedienung zu 100 % richtig funktioniert. Kommt es bei einer Herzkatheteruntersuchung einer Patientin zu einer Luftembolie aus der Spülleitung des Gerätes mit kurzzeitigem Verschluss des linken Koronarsystems und elektromagnetischer Entkopplung mit einem Hirninfarkt, obliegt die Darlegungs- und Beweislast für das fehlende Verschulden an einer solchen Fehlfunktion auch dann der Behandlungsseite, wenn nach den Ausführungen des Sachverständigen die theoretische Möglichkeit bestand, dass es auch bei sorgfältigstem Vorgehen zu einem Lufteintritt kommen kann, wenn es wahrscheinlich ist, dass entweder ein Materialfehler, ein undichtes Drucksystem oder eine inkomplette Spülung eines Katheters vorlag<sup>64</sup>

Auch das unbemerkte Zurücklassen eines Fremdkörpers im Operationsgebiet ist dem voll beherrschbaren Risiko des Arztes bzw. der Klinik zuzuordnen mit der Folge, dass der Arzt bzw. Krankenträger die Darlegungs- und Beweislast für die Gewähr einwandfreier Voraussetzungen für eine sachgerechte und gefahrlose Behandlung tragen. Das unbemerkte Zurücklassen eines Fremdkörpers, etwa eines Bauchtuches, kann zwar als grober Behandlungsfehler zu bewerten sein, maßgeblich sind jedoch die Gesamtumstände des Einzelfalles. Es liegt **nur ein einfacher Behandlungsfehler** vor, wenn es sich um ein großes

---

<sup>62</sup>OLG Köln, Beschl. v. 25.2.2013 – 5 U 152/12, MedR 2014, 399, 400 = GesR 2014, 345, 347

<sup>63</sup>OLG Koblenz, Beschl. v. 19.2.2013 – 5 U 1428/12, GesR 2013, 733, 734; ebenso OLG München, Urt. v. 6.6.2013 – 1 U 319/13, GesR 2013, 618, 620: wenn dem ärztlichen bzw. nicht ärztlichen Personal eine bestehende MRSA-Infektion des Mitpatienten zum Zeitpunkt der Zusammenlegung in einem Krankenzimmer nicht bekannt war

<sup>64</sup>OLG Schleswig, Urt. v. 29.8.2014 – 4 U 21/13, juris, Nr. 52, 53, 56, 60 ff.

Wundgebiet handelt, erhebliche Verwachsungen bestehen und die Zählkontrollen nachweislich durchgeführt worden sind<sup>65</sup>

#### IV. Dokumentation

Aus der Tatsache einer fehlenden, mangelhaften oder unvollständigen Dokumentation einer aus **medizinischen Gründen aufzeichnungspflichtigen Maßnahme (z.B. Untersuchungsbefunde, Laborwerte)** kann das Gericht bis zum Beweis des Gegenteils durch die Behandlungsseite darauf schließen, dass diese Maßnahme unterblieben ist bzw. vom Arzt nicht getroffen wurde<sup>66</sup>

Diese Vermutung entfällt weder deshalb, weil in der betreffenden Praxis der Pflicht zur Dokumentation nicht nachgekommen wird noch deshalb, wenn die Dokumentation insgesamt lückenhaft ist<sup>67</sup>

Grundsätzlich kann das Gericht einer ordnungsgemäßen Dokumentation, die keinen Anhalt für Veränderungen, Verfälschungen oder Widersprüchlichkeiten bietet, Glauben schenken. **Einer ordnungsgemäßen Dokumentation kommt zugunsten der Behandlungsseite eine Indizwirkung zu**<sup>68</sup>

Aussagen von Zeugen und ggf. der Parteien sind nur dann einzuholen, wenn die Dokumentation Lücken aufweist oder der Richtigkeit der Dokumentation substantiiert widersprochen wird<sup>69</sup>

Ist die Dokumentation lückenhaft, gibt es aber konkrete Zweifel, die es rechtfertigen, einem Zeugen keinen größeren Glauben zu schenken als der Dokumentation, hat der Patient den ihm obliegenden Beweis der Unrichtigkeit der Dokumentation nicht geführt<sup>70</sup>

Die Echtheits- bzw. Vollständigkeitsvermutung gilt aber nicht mehr, wenn an den Eintragungen **nachträglich Änderungen vorgenommen worden sind, ohne diese kenntlich zu machen**<sup>71</sup>

Erschüttert ist der Beweiswert der Dokumentation des beklagten Arztes auch dann, wenn der als Zeuge vernommene, vor- oder nachbehandelnde Arzt glaubhaft versichert, er könne

---

<sup>65</sup>OLG München, Urt. v. 22.8.2013 – 1 U 3971/12, GesR 2013, 620, 622: Schmerzensgeld in Höhe von 8.500,00 € bei Schmerzen und Beschwerden über sechs Monate nach dem Zurücklassen des Bauchtuches

<sup>66</sup>BGH, Urt. v. 11.11.2014 – VI ZR 76/13, NJW 2015, 411 = juris, Nr. 21; BGH, VersR 1999, 190, 191; OLG München, Urt. v. 19.9.2013 – 1 U 2071/12, juris, Nr. 27; KG, Urt. v. 10.1.2013 – 20 U 225/10, GesR 2013, 608, 609; Geiß/Greiner, 7. Aufl., Rz. B 206; Spickhoff-Greiner, 2. Aufl., § 823 BGB Rz. 125, 167; Ratzel/Lissel-Kern, 1. Aufl., § 2 Rz. 85 und § 5 Rz. 64

<sup>67</sup>BGH, Urt. v. 11.11.2014 – VI ZR 76/13, juris, Nr. 21; vgl. hierzu § 630 f I, II und § 630 h III BGB

<sup>68</sup>OLG München, Urt. V. 15.7.2011 – 1 U 5092/10, juris, Nr. 27; OLG Naumburg, Urt. V. 26.1.2012 – 1 U 45/11, GesR 2012, 762, 763; OLG Frankfurt, Urt. V. 18.12.2014 – 22 U 57/12, juris, Nr. 22; vgl. hierzu Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 202 ff.

<sup>69</sup>OLG Köln, Beschl. V. 13.8.2014 – 5 U 57/14, juris, Nr. 2

<sup>70</sup>OLG Köln, Beschl. v. 14.4.2014 – 5 U 117/13, juris, Nr. 9

<sup>71</sup>OLG Naumburg, Urt. V. 26.1.2012 – 1 U 45/11, GesR 2012, 762, 763; OLG Oldenburg, Urt. V. 23.7.2008 – 5 U 28/08, MedR 2011, 163, 165; OLG Frankfurt, Urt. v. 13.1.2015 – 8 U 141/13, juris, Nr. 9 zur EDV-Dokumentation

ausschließen, dass ein Telefonat, wie es der beklagte Arzt für ein maßgebliches Gespräch in der Patientenkarte dokumentiert hat, stattgefunden hätte<sup>72</sup>

§ 630 f I BGB verlangt eine „**fälschungssichere Software**“, die die ursprünglichen Einträge erhält und gegen Änderungen sichtbar macht. Eine EDV-Dokumentation ohne Sicherung gegen Veränderungen ist nicht mehr zulässig. Ihr sollte deshalb auch kein Beweiswert wie bei einer herkömmlichen schriftlichen Dokumentation zukommen, selbst wenn der Arzt nachvollziehbar darlegt, dass die Dokumentation nicht nachträglich verändert wurde und sie medizinisch plausibel ist<sup>73</sup>

Die Dokumentationspflicht erstreckt sich auf die **wichtigsten diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen sowie auf die wesentlichen Verlaufsdaten, im Einzelfall auch auf eine erteilte, erforderliche Sicherheitsaufklärung**<sup>74</sup>

So ist die Erteilung des Hinweises auf die **Erforderlichkeit einer Koloskopie** (hier: bei zwei- bis dreifach erhöhtem Darmkrebsrisiko des Patienten) sowie die vom Arzt behauptete **Ablehnung der empfohlenen Maßnahme durch den Patienten dokumentationspflichtig**<sup>75</sup>

Zwingend zu dokumentieren ist es, wenn ein Arzt einen auf die Sicherheitsaufklärung erfolgten Rat des Arztes **ablehnt**<sup>76</sup>

Besonders strenge Anforderungen stellt die Rechtsprechung an die Dokumentation des Geburtsverlaufes insbesondere beim Auftreten einer Schulterdystokie. So soll bereits der Inhalt des Aufklärungsgesprächs mit der werdenden Mutter dokumentationspflichtig sein, wenn es bereits bei einem Geschwisterkind zum Auftreten einer Schulterdystokie gekommen ist und die Patientin (angeblich) den erteilten Rat zur Durchführung einer Sectio abgelehnt und sich gegen eine Schnittentbindung entschieden hat<sup>77</sup>

Zu dokumentieren ist insbesondere, worin die Schwierigkeit der Schulterentwicklung bestand und welche Maßnahmen (z.B. Dammschnitt, Kristellern, Manöver nach McRoberts, Martius, Rubin, Woods u.a.) zu ihrer Beseitigung getroffen wurden<sup>78</sup>

Kann infolge der unterbliebenen bzw. unvollständigen Dokumentation nicht mehr festgestellt werden, wie die Schulterdystokie gelöst wurde, lässt sich bei typischen gesundheitlichen Folgen zugunsten des klagenden Kindes mit Wahrscheinlichkeit auf den dann von der

---

<sup>72</sup>OLG Frankfurt, Urt. v. 18.12.2014 – 22 U 57/12, juris, Nr. 22

<sup>73</sup>so jetzt OLG Frankfurt, Urt. v. 13.1.2015 – 8 U 141/13, juris, Nr. 9; Geiß/Greiner, 7. Aufl. 2014, Rz. B 204; Martis/Winkhart, 4. Aufl. 2014, Rz. P 79, P 80

<sup>74</sup>zu den Einzelheiten Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 212 – D 360

<sup>75</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 137/12, juris, Nr. 26 – 29

<sup>76</sup>OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 137/13, juris, Nr. 28 im Anschluss an BGH, MDR 1997, 940; Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 239 m. w. N.

<sup>77</sup>OLG Hamm, Urt. v. 11.4.2014 – I – 26 U 6/13, juris, Nr. 28, 29

<sup>78</sup>OLG München, Urt. v. 8.7.2010 – 1 U 4550/08, juris, Nr. 38, 39; OLG Oldenburg, Urt. v. 15.10.2014 – 5 U 77/14, juris, Nr. 18 – 28: McRobert-Manöver – Abstellen des Wehentropfes – Wehenhemmung – Erweiterung der Episiotomie – Ausübung eines suprasymphysären Druckes – Innenrotation der vorderen Schulter/Rubin-Manöver – Lösen der hinteren Schulter/Woods-Manöver – zu dokumentieren; weitere Einzelheiten bei Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 215 – D 217 h m. w. N.

Behandlungsseite zu widerlegenden Behandlungsfehler schließen<sup>79</sup> oder es kann aus dem (fiktiven) Unterlassen der erforderlichen Maßnahmen der Schluss auf das Vorliegen eines **groben Behandlungsfehlers** gezogen werden, weil zu unterstellen ist, dass der Arzt die Schulterdystokie entweder gar nicht erkannt oder aber nicht korrekt therapiert hat<sup>80</sup>

Eine Schulterdystokie mit erblicher Parese belegt aber nicht ohne Weiteres Versäumnisse oder Fehler des geburtsleitenden Arztes, wenn die erforderlichen Maßnahmen dokumentiert bzw. durch glaubhafte Angaben der beteiligten Geburtshelfer belegt worden sind<sup>81</sup>

Der Arzt kann die Vermutung des Unterbleibens der nicht dokumentierten Maßnahmen etwa durch glaubhafte Zeugen- oder Parteiangaben widerlegen<sup>82</sup>

**Nicht zu dokumentieren** sind diejenigen Maßnahmen, Daten und Befunde, insbesondere Routinekontrollen ohne Befund und Selbstverständlichkeiten, die **aus medizinischen Gründen nicht erforderlich** und für einen Nachbehandler auch ohne Relevanz sind<sup>83</sup>.

So reicht es bei einer unauffälligen Sonographie auch aus, den unauffälligen Befund in der Dokumentation zu beschreiben. Negative Tatsachen (hier: eine bestimmte Anzahl von Ausdrucken, aus denen sich kein auffälliger Befund ergab) muss grundsätzlich nicht durch die Aufbewahrung der ausgewerteten Befunde belegt werden<sup>84</sup>

Geht ein von einem Zahnarzt gefertigtes Bissmodell verloren, so ist eine Verletzung einer Befundsicherungs- oder Dokumentationspflicht nicht gegeben. Ein Zahnarzt ist **nicht verpflichtet, Modelle aufzubewahren, um eine ordnungsgemäße Nachbehandlung durch ihn oder einen Dritten zu gewährleisten**. Denn die dreidimensionale Zuordnung der beiden Kieferhälften ist nach sachverständiger Ansicht nicht einfacher oder schwieriger, ob nun Ausgangsmodelle bei der weiteren Behandlung vorlägen oder nicht. Die Ausgangsmodelle bringen dem unmittelbaren Nachbehandler keinen ernsthaften Nutzen<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2014 – 1 U 77/13, juris, Nr. 44, 63, 64; OLG München, Urt. v. 8.7.2010 – 1 U 4550/08, Beck-RS 2010, 17459

<sup>80</sup> OLG Oldenburg, Urt. v. 15.10.2014 – 5 U 77/14, juris, Nr. 26, 27; die weiteren Einzelheiten vgl. Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 217 c – D 217 h, D 394 – D 395 a

<sup>81</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 12.3.2014 – 5 U 854/13, juris, Nr. 22, 37, 42

<sup>82</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 15.7.2010 – 12 U 232/09, juris, Nr. 21; Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 406 – D 407 e

<sup>83</sup> hierzu die Einzelheiten bei Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rz. D 318 – D 357 d; OLG Koblenz, Beschl. v. 9.1.2014 – 5 U 793/13, juris, Nr. 28: Selbstverständlichkeiten wie das Desinfizieren der Hände, das Tragen steriler Kleidung, eines Mundschutzes u.a.

<sup>84</sup> OLG Köln, Beschl. v. 9.9.2014 – 5 U 62/14, juris, Nr. 6, 7: auffällige sonographische Befunde sind aber in zwei Ebenen zu dokumentieren

<sup>85</sup> OLG Köln, Urt. v. 19.11.2014 – 5 U 166/12, juris, Nr. 21