

Ferdinand Lehmann

Der Befunderhebungsfehler in der gerichtlichen Praxis

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften
Band 109

Ferdinand Lehmann

Der Befunderhebungsfehler in der gerichtlichen Praxis

Tectum Verlag

Ferdinand Lehmann
Der Befunderhebungsfehler in der gerichtlichen Praxis
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 109

Zugl. Dissertation an der Juristenfakultät der Universität Leipzig, 2018

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018
ePDF: 978-3-8288-7128-1
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4230-4
im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN: 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Literaturverzeichnis	IX
Einführung	1
1. Kapitel: Entstehung und Entwicklung des Befunderhebungs- und Diagnosefehlers.....	5
I. Historischer Kontext	6
II. Frühe Entwicklung des modernen Arzthaftungsprozesses	8
III. Entstehung und Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers	10
1. Erste Berührung des BGH mit nicht erhobenen Befunden.....	10
2. Die Begründung des Befunderhebungsfehlers als eigene Fallgruppe	13
3. Versuch der Konkretisierung des Tatbestands	16
4. Entstehung der bis heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen	19
5. Keine Veränderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	20
6. Kodifizierung des Arztvertrags	22
IV. Entstehung und Entwicklung der Fallgruppe des Diagnosefehlers	24
1. Erste Berührung des BGH mit einer fehlerhaften Diagnose.....	24
2. Die Begründung des Diagnosefehlers als eigene Fallgruppe	25
3. Weitere Entwicklung	26
4. Kodifizierung des Arztvertrags	26
V. Die Abgrenzung der falschen Diagnose von der unterlassenen Befunderhebung	28

2. Kapitel: Aktueller Stand der Rechtsprechung zum Befunderhebungs- und Diagnosefehler	31
I. Der Befunderhebungsfehler	32
1. Herleitung der Befunderhebungspflicht	32
2. Die ideale Befunderhebung	33
3. Die Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers in der rechtlichen Theorie	35
a) Der als „grob“ bewertete Befunderhebungsfehler	36
(1) Definition des groben Befunderhebungsfehlers durch die gerichtliche Praxis	36
(2) Folgen des als „grob“ bewerteten Befunderhebungsfehlers	39
b) Der als „einfach“ bewertete Befunderhebungsfehler	41
(1) Annahme eines „einfachen“ Befunderhebungsfehlers in der gerichtlichen Praxis	42
(2) Die Beweislastumkehr beim „einfachen“ Befunderhebungsfehler	45
c) Gleichsetzung der Befundsicherungspflicht mit der Befunderhebungspflicht	45
II. Der Diagnosefehler	48
1. Die Diagnosepflicht	48
2. Der Diagnosefehler	49
3. Abgrenzung des „einfachen“ vom „groben“ Diagnosefehler	51
4. Rechtsfolge des Diagnosefehlers	52
III. Die Abgrenzung des Diagnosefehlers vom Befunderhebungsfehler	53
1. Sperrwirkung des Diagnosefehlers	53
2. Abgrenzungskriterien	55
3. Kapitel: Rechtsprechungssammlung	59
I. Wegweisende Entscheidungen des BGH zum Befunderhebungsfehler	61
II. Urteilssammlung	67
1. Urteile mit Befunderhebungsfehler und Beweislastumkehr	67
a) einfacher Befunderhebungsfehler mit Kausalitätsnachweis/Beweislastumkehr	67
b) grober Befunderhebungsfehler	88
2. Befunderhebungsfehler ohne Beweislastumkehr	122
3. Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers abgelehnt	140

4. Abgrenzung des Diagnoseirrtums vom Befunderhebungsfehler	153
5. Verstoß gegen die Befundssicherungspflicht	165
4. Kapitel: Auswertung der Rechtsprechung	169
I. Entwicklung des Befunderhebungsfehlers durch die Gerichte	170
1. Verwirrung durch den BGH	170
2. „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“	175
3. Definition des groben Befunderhebungsfehlers	178
4. Doppel Absicherung der Gerichte	180
II. Fallgruppen	183
1. Röntgenfälle	183
2. Thrombosefälle	187
3. Röteln/Toxoplasmose	189
4. Unterlassen der serologischen Abklärung von Flüssigkeit/ Arthroskopie	192
5. Hirn- und Herzerkrankungen	193
6. Schwangerschaftsfälle	195
7. Fachübergreifende Fälle	196
5. Kapitel: Stellungnahme	199
I. Begründungsversuche und Kritik an der Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers	200
II. Der Einfluss des Gutachters	207
III. Der einfache Befunderhebungsfehler – ein fairer Umgang mit der Ärzteschaft?	210
IV. Systemwechsel als Lösung?	215
V. Resümee	218

Literaturverzeichnis

- Baur, Reinhard:* Aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht, *GesR* 2011, 577
- Backhaus, Ralph:* Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. *Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin (u. a.) 2006, S. 3
- Baxhenrich, Bernhard:* Anmerkung zu OLG Bamberg, Urteil vom 25.4.2005 – 4 U 61/04, *VersR* 2006, 79
- Bergmann, Karl Otto:* Entwicklungstendenzen der Arzthaftpflichtrechtsprechung und ihr Einfluss auf die Heilwesenversicherung, *VersR* 2014, 795
- Bischoff, Rolf*, in: *Festschrift für Karlmann Groß*, Köln (u. a.) 2000, S. 345
- Boemke, Burkhardt:* Facharztstandard bei fachübergreifenden Bereitschaftsdienst, *NJW* 2010, 1562
- Bollweg, Hans-Georg/ Brahms, Katrin:* „Patientenrechte in Deutschland“ – Neue Patientencharta, *NJW* 2003, 1505
- Deutsch, Erwin:* Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen, *VersR* 1988, 1
- Deutsch, Erwin:* Deutsche Sonderweg zur Arzthaftung, *NJW* 2012, 2009
- Deutsch, Erwin:* Die internationale Dimension des Medizinrechts, *VersR* 2008, 993
- Deutsch, Erwin*, in: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. *Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin (u. a.) 2006, S. 45
- Deutsch, Erwin/ Spickhoff, Andreas:* Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Heidelberg (u. a.) 2014
- Dopheide, Oliver:* Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, *VersR* 2007, 1050

Dunz, Walter: Besprechung von Joachim Sick: „Beweisrecht im Arzthaftungsprozess“, in MedR 1987, 152

Feifel, Eckart: Nicht jede unterlassene Befunderhebung rechtfertigt eine Beweislastumkehr – zugleich Anmerkung zu OLG Köln, Urteil v. 20.7.2005 – 5 U 200/04, GesR 2006, 308

Frahm, Wolfgang/ Nixdorf, Wolfgang/ Walter, Alexander: Arzthaftungsrecht – Leitfaden für die Praxis, 4. Auflage, Karlsruhe 2009

Gehrlein, Markus: Neuere Rechtsprechung zur Arzt-Berufshaftung, VersR 2004, 1488

Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht – Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz, 4. Auflage, Tübingen 1995

Groß, Werner: Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht, VersR 1996, 657

Groß, Werner, in: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln (u. a.) 2000, S. 429

Hart, Dieter/ Franke, Robert: Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg, August 2014

Hausch, Axel: Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis – Eine kritische Bestandsaufnahme, Karlsruhe 2007

Hausch, Axel: Eine kritische Anmerkung zu den Beweiserleichterungen für den Patienten bei unterlassener Befunderhebung und -sicherung, VersR 2003, 1489

Hausch, Axel: Nur ein Diagnoseirrtum? Oder doch eine unterlassene Befunderhebung?, MedR 2012, 231

Helbron, Hanja: Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, München 2001

Heilmann, Joachim: Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990, 1513

Jaeger, Lothar: Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 29.9.2009 – VI ZR 251/08,

MedR 2010, 494

Jaeger, Lothar: Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 17.11.2015 – VI ZR 476/14, MedR 2016, 433

Jaeger, Lothar: Anmerkung zu dem Urteil des OLG Jena vom 23.5.2007 – 4 U 437/05, MedR 2008, 520

Jaeger, Lothar: Anmerkung zu dem Urteil des OLG Koblenz vom 31.8.2006 – 5 U 588/06, VersR 2006, 1547

Jordan, Benedikt/ Gresser, Ursula: Wie unabhängig sind Gutachter?, DS 2014, 71

Katzenmeier, Christian: Arzthaftung, Tübingen, 2002

Katzenmeier, Christian: Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817

Katzenmeier, Christian: Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, 576

Katzenmeier, Christian: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin (u. a.), 2006. S. 909

Katzenmeier, Christian: Schuldrechtsmodernisierung und Schadenser-satzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, 1067

Karmasin, Ernst: Beweislastumkehr bei einfachen Befunderhebungsfehlern und rechtmäßiges Alternativverhalten bei ärztlichen Behandlungsfehlern – Stellungnahme zu den Beiträgen von Schultze – Zeu VersR 2008, 898 und Schütz/Dopheide VersR 2009, 475, VersR 2009, 1200.

Köbler, Gerhard: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin (u. a.), 2006. S 169

Laufs, Adolf: Patientenrechte, NJW 2000, 846

Laufs, Adolf: Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1609

Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker: Arztrecht, 7. Auflage, München 2015

Laufs, Adolf/ Kern, Bernd-Rüdiger: Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010

Laumen, Hans-W.: Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, 3739

Lepa, Manfred: Beweisprobleme im Arzthaftungsprozess, r+s 2004, 441

Lippert, Hans-Dieter: Die Arzthaftung unter dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und dem zweiten Gesetz zur Regelung schadensrechtlicher Vorschriften – am besten nichts Neues?, GesR 2002, 41

Mäsch, Gerald: Chance und Schaden: Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen, 1. Auflage, Tübingen 2004

Matthies, Karl-Heinz: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21-09-1982 – VI ZR 302/80, NJW 1983, 333

Martis, Rüdiger/ Winkhart-Martis, Martina: Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar, 4. Auflage, Köln, 2014

Martis, Rüdiger/ Winkhart-Martis, Martina: Arzthaftung – Aktuelle Entwicklungen zu Diagnoseirrtum und unterlassener Befunderhebung, MDR 2013, 634

Müller, Gerda: Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, MedR 2001, 487.

Müller, Gerda: Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, 3049

Müller, Gerda: Neue Perspektiven beim Schadensersatz, VersR 2006, 1289

- Nixdorf, Wolfgang:* Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbares Risiko in der Arzthaftung: Beweislastverteilung im Fluss?, VersR 1996, 160
- Palandt, Otto (Begr.):* Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., München 2015
- Pauge, Burkhard:* Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH – Rechtsprechung, 13. Aufl., Köln 2015
- Peter, Jürgen:* Die Beweissicherungspflicht des Arztes, NJW 1988, 751
- Prütting, Hanns/ Gehrlein, Markus:* Zivilprozessordnung, 8. Aufl., Köln, 2016
- Ramm, Martin:* Der ärztliche Befunderhebungsfehler, GesR 2011, S. 513
- Rehborn, Martin:* Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, MDR 2002, 1281
- Reinhardt, Michael:* Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus:* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012
- Scholz, Irem:* Unter die Lupe genommen – der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, VersR 2016, 625
- Schärtl, Christoph:* Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, NJW 2014, 3601
- Schmid, Hugo:* Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse, NJW 1994, 767
- Schmidt-Recla, Adrian:* Anmerkung zu BGH VI ZR 284/09, MedR 2011, 645
- Schmidt-Recla, Adrian:* Anmerkung zu OLG Saarbrücken 1 U 582/05-203, MedR 2007, 486

Schultze-Zeu, Ruth: Das Vorliegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers und die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, VersR 2008, 898

Schultze-Zeu, Ruth: Konsequenzen der unterlassenen Befunderhebung oder Befundsicherung für die Beweislastverteilung zwischen dem geschädigten Patienten und dem beklagten Arzt/ Krankenhaus im Schadensersatzprozess, VersR 2000, 565

Spickhoff, Andreas: Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, 2530

Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2012/2013, NJW 2013, 1714

Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2016/2017, NJW 2017, 1790

Spickhoff, Andreas: Grober Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, NJW 2004, 2345

Steiner, Thomas: Der grobe ärztliche Behandlungsfehler in der Praxis, VersR 2009, 473

Stoltz, Wilhelm: Die Reformmodelle zum Arzthaftpflichtrecht – eine vergleichende Untersuchung der praktischen Auswirkungen, VersR 1978, 797

Sundmacher, Julia Susanne: Die unterlassene Befunderhebung des Arztes – Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH, Frankfurt am Main 2008

Tamm, Marina: Der Haftungsgrund für ärztliches Fehlverhalten im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung und der neuen Rechtsprechung, Jura 2008, 881

Voigt, Tobias: Anmerkung zu BGH VI ZR 284/09, MedR 2011, 645

von Gerlach, Jürgen: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln (u. a.) 2000, S. 389

Wagner, Gerhard: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, NJW 2006, Beilage zu Heft 22, S. 5

Walter, Alexander: Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 129

Weber, Reinhold: Muss im Arzthaftungsprozess der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, NJW 1997, 761

Einführung

Beweislast – Beweisnot – Beweislastumkehr:

Mit diesen Begriffen lässt sich die gesamte Problematik des Arzthaftungsrechts zusammenfassen.

Auch im Arzthaftungsprozess obliegt die *Beweislast* grundsätzlich dem Kläger, also in aller Regel dem Patienten. Häufig beruht der Schaden jedoch nicht auf einer fehlerhaften Behandlung, sondern auf der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus.¹ Dieser Grund führt jedoch wie auch im umgekehrten Fall, nämlich dass der Behandlungsfehler für den Schaden kausal wurde, zu dem Problem, dass sich eben diese Kausalität im Grunde kaum abschließend und zweifelsfrei beweisen lässt. Der Patient würde also bei Anwendung der üblichen, von der ZPO vorgesehnen Prozessregelungen den Beweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den Schaden in den meisten Fällen nicht erbringen können und als Folge dieser *Beweisnot* den Arzthaftungsprozess in aller Regel verlieren.

Bereits das Reichsgericht erkannte das besondere Problem der Beweislastverteilung und führte dazu aus, dass die Unmöglichkeit, die Ursache einer Verletzung des Kranken sicher festzustellen, nicht pauschal zu Lasten einer Partei gehen könne, da unter Umständen niemand bestimmt sagen könne, wodurch die Verletzung herbeigeführt wurde.² Charakteristikum eines Arzthaftungsprozesses sind folglich häufig *Beweisnöte* auf beiden Seiten.³

1 BGH NJW 1978, 1681 (1682).

2 RGZ 78, 434 (435).

3 BGH NJW 1978, 1681 (1682).

Diese „Eigenart“⁴ des Arzthaftungsprozesses führte zu besonderen Beweisregeln, durch die ein gerechter Ausgleich zwischen den allseitigen Beweisschwierigkeiten geschaffen werden sollte. Da aber regelmäßig weder der Patient mit absoluter Gewissheit beweisen kann, dass der Behandlungsfehler kausaler Grund für seinen Schaden wurde, noch der Arzt, dass ein etwaiger Fehler nicht die Ursache der Schäden des Patienten ist, musste eine Lösung gefunden werden, die auf der einen Seite den beweispflichtigen Patienten aus seiner unverschuldeten Beweislosigkeit hilft und auf der anderen Seite den Arzt nicht über Gebühr mit einem ebenfalls kaum erbringbaren Entlastungsbeweis belegt.

Zur Lösung dieses Problems hat die Rechtsprechung in Jahrzehntelanger Arbeit auf Grundlage der spärlichen Vorgaben des Deliktsrechts ein System der *Beweislastumkehr* geschaffen, bei dem es sich um Richterrecht „reinsten Wassers“ handelt.⁵ Im Falle eines groben Behandlungsfehlers kann dem Patienten eine Beweislastumkehr in der Form zu Gute kommen, dass der Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden zu seinen Gunsten vermutet wird. Besonders schwierig und deshalb zu unterscheiden ist jedoch der Fall, dass bereits der gebotene Befund, mit dem die Krankheit des Patienten erkennbar gewesen wäre, nicht erhoben wurde. In diesem Fall kann der Patient in aller Regel noch nicht einmal nachweisen, dass er zum Zeitpunkt der Behandlung bereits krank gewesen ist.

Um den Patienten aus dieser Beweisnot zu helfen, ist der BGH dazu übergegangen, bereits unterhalb der Schwelle zum groben Fehler eine Beweislastumkehr zuzusprechen, wenn der Arzt gegen seine aus dem Behandlungsvertrag geschuldete Pflicht, gebotene Befunde zu erheben, verstößen hat.⁶

Seit die Fallgruppe erstmalig beschrieben worden ist, ist der so genannte „Befunderhebungsfehler“ teils massiver Kritik ausgesetzt. So wird wegen der Unschärfe und der Interpretationsmöglichkeiten eine ausufernde Anwendung der Fallgruppe befürchtet.⁷ Aufgrund des Umstands, dass nun eine weitere zu Lasten der Ärzteschaft gehende Beweislastkonstruktion zur Verfügung stand, kam es außerdem zu der Frage, ob nicht

4 BGH NJW 1979, 1933.

5 Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

6 Nixdorf, VersR 96, 160 (161).

7 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 478.

durch das Bemühen, eine Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient zu erreichen, den Ärzten letztendlich eine gerechte Sachbehandlung vor- enthalten werde.⁸ Manche Teile der Literatur sehen im Befunderhebungsfehler sogar eine Gefahr für die Rechtssicherheit und einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.⁹

Nun drängt sich die Frage auf, ob die Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers tatsächlich zu einer wirren, die Ärzteschaft belastenden Rechtsprechung geführt hat und wenn ja, weshalb der BGH in der Zwischenzeit hierauf nicht reagiert und zu anderen Wertungen gegriffen hat.

Wenn die Kritik hingegen nicht gerechtfertigt ist, müssen dennoch Gründe dafür zu finden sein, wie es zu einem derartig weit verbreiteten subjektiven Empfinden kommen konnte. Aufgrund der komplexen und teils rasanten Entwicklung der Fallgruppe erscheint es durchaus möglich, dass die Gerichte insbesondere zu Beginn des Befunderhebungsfehlers ihren Beitrag zu einer „allgemeinen Unzufriedenheit“ geleistet haben. Ebenso müssten innerhalb der Urteile Gemeinsamkeiten und Unterschiede feststellbar und diese auf bestimmte Gründe zurückzuführen sein.

Zuletzt stellt sich die Frage, weshalb die Gerichte, sollte sie eine (Teil-) Verantwortung am schlechten Ruf des Befunderhebungsfehlers treffen, bei der Entwicklung und Anwendung des selbigen nicht bedachter vorgegangen sind. Aufgrund der „Eigenart“ des Arzthaftungsrechts und insbesondere der herausragenden Schwierigkeit nicht erhobener Befunde könnte jedoch auch in Betracht kommen, dass der Befunderhebungsfehler fachspezifische Probleme in sich birgt, die rechtsdogmatisch schlicht nicht lösbar sind.

In der folgenden Arbeit soll untersucht werden, ob sich die geäußerten Befürchtungen und die Kritik am Befunderhebungsfehler auf die ergangenen Urteile stützen lassen. Um Zusammenhänge und Geschehnisse sowie deren Gründe aufzeigen zu können, werden zunächst die Entwicklung des Befunderhebungsfehlers wie auch des Diagnosefehlers und die aktuell geltenden Tatbestandsvoraussetzungen aufbereitet. Kern der Arbeit ist sodann eine Zusammenfassung sämtlicher zu dem Thema einschlägig veröffentlichter und im Druck zugänglicher Urteile. Dafür werden zunächst die für die Entwicklung der Fallgruppe wichtigsten

8 Schmid, NJW 1994, 767 (773).

9 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 138.

Urteile vorangestellt. Alle weiteren Urteile und Beschlüsse werden in die Kategorien „einfacher Befunderhebungsfehler mit Beweislastumkehr“, „grober Befunderhebungsfehler mit Beweislastumkehr“, „Befunderhebungsfehler ohne Beweislastumkehr“, „Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers abgelehnt“, „Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnoseirrtum“ und „Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht“ eingeteilt. Dadurch kann zum einen die Entwicklung des Befunderhebungsfehlers in ihrer Gänze anhand der vorhandenen und publizierten Rechtstatsachen nachvollzogen werden. Zum anderen können die vorkommenden Abweichungen und Besonderheiten einzelner Entscheidungen mit der übrigen Rechtsprechung kontextualisiert und verglichen werden. Die Methode der reinen Rechtsprechungsanalyse, die im Arzthaftungsrecht seit Jahrzehnten etabliert ist, ist hier deshalb gewählt worden, um das „Richterrecht reinsten Wassers“ so klar erkennen zu können, wie es ist und es nicht vorschnell durch systematische oder dogmatische Überlegungen zu kontaminieren. Sie erlaubt es, anschließende Wertungen vornehmen zu können, setzt allerdings einen gewissen Vorlauf voraus. Den aber hat die Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler mittlerweile geleistet.

Zum Schluss der Arbeit wird die angelegte und ausgebreitete Urteilsammlung ausgewertet. Zusammen mit der abschließenden Stellungnahme werden hier die eingangs aufgeworfenen Fragen beantwortet.

1. Kapitel: Entstehung und Entwicklung des Befunderhebungs- und Diagnosefehlers

Zwar handelt es sich bei dem Befunderhebungsfehler und dem Diagnoseirrtum um zwei selbständige Fallgruppen, die zunächst völlig unabhängig voneinander sind. Im Zusammenhang mit nicht erhobenen Befunden kommt es jedoch in aller Regel zu der (Folge-) Problematik, inwieweit die unterlassene Befunderhebung eine falsche Diagnose bedingt hat, bzw. die Fehldiagnose den Arzt veranlasst hat, auf eine weitergehende Befunderhebung zu verzichten. Außerdem wird aus prozesstaktischen Erwägungen regelmäßig versucht, den haftungsrechtlich privilegierten Diagnosefehler durch den Vorwurf einer unzureichenden Befunderhebung zu umgehen. Innerhalb dieses Zusammenspiels sind Befunderhebung und Diagnose untrennbar miteinander verbunden, weshalb es unabdingbar ist, dass sowohl die Entstehung und Entwicklung des Befunderhebungsfehlers als auch des Diagnoseirrtums dargelegt und untersucht wird. Darüber hinaus soll die Übersicht über die Entwicklung beider Fallgruppen wie auch die Darlegung der derzeitigen Tatbestandsvoraussetzungen dabei helfen, die ausgebreitete Urteilssammlung und deren Analyse in die jeweiligen Entwicklungsstadien einordnen zu können.

I. Historischer Kontext

Die faire Haftungsverteilung im Arzthaftungsprozess ist nicht erst ein Problem der Moderne. Vielmehr beschäftigt sich die Menschheit schon seit jeher damit, inwieweit ein Ausbleiben des Behandlungserfolgs bzw. gar ein Schadenseintritt aufgrund einer Heilbehandlung rechtlich zu würdigen ist. Dementsprechend viel Zeit hat auch die Entwicklung des Befund- und Diagnosefehlers bis zu ihren heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen durch den BGH in Anspruch genommen.

Die Überzeugung, dass der Arzt für sein ärztliches Fehlverhalten einzustehen hat, ist beinahe so alt, wie die Medizin selbst.¹⁰ Regelmäßig war dabei der Umgang mit dem Fehlverhalten durch Gebote der jeweils vorliegenden Ethik geprägt.¹¹ Während das heutige Haftungsrecht maßgeblich vom Kausaldenken geprägt ist, wurde ein Kausalbeweis in der Antike nicht gefordert, da sich die Menschen zu dieser Zeit den Mächten der Natur hilflos ausgeliefert und als Opfer göttlicher oder dämonischer Kräfte sahen.¹²

Die erste bekannte Kodifizierung der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes ist der zwischen 1793 und 1750 v. Chr. entstandene babylonische „Codex Hammurapi“.¹³ In diesem sind singuläre und außergewöhnliche Arzthaftungsrechtsfälle, über die es Streit gegeben hat und deren Regelung unumgänglich erschien.¹⁴ Da es sich um die Behandlung äußerlicher Krankheiten wie Knochenbrüche handelte, erwarteten die Babylonier von ihrem Arzt einen Heilungserfolg, der dann einen Vergütungsanspruch des Arztes auslöste bzw. im Schadensfall mit dem Abschneiden der Hand sanktioniert wurde, da man zu dieser Zeit den ärztlichen Heileingriff bereits als Körperverletzung qualifizierte.¹⁵

Erst die Römer schufen um 286 v. Chr. mit der „Lex Aquilia“ ein dauerhaftes und zufriedenstellendes Deliktsrecht.¹⁶ Schon darin wurde klar gestellt, dass nicht der tödliche Ausgang einer Krankheit dem Arzt zugerechnet werden könne, sondern nur das auf seiner Unerfahrenheit beruhende Fehlverhalten.¹⁷ Für das Bestehen eines Anspruchs war es bei

10 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389.

11 Backhaus, in: Festschrift für Adolf Laufs, S. 3.

12 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389.

13 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389 (391).

14 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389 (393).

15 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389 (393 ff.).

16 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389 (399).

17 Von Gerlach, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 389 (403).

den Römern bereits Voraussetzung, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Fehlbehandlung und dem eingetretenen Gesundheitsschaden bestand, doch erschwerten sie diesen zunächst dadurch, dass eine unmittelbare Verursachung vorliegen musste. Der Tod des Patienten oder die Körperverletzung musste als direkte Folge der Behandlung eingetreten sein.¹⁸

Im deutschsprachigen Raum zählt der um 1436 entstandene Klagespiegel zu den ältesten medizinrechtlichen Ausführungen.¹⁹ Der Klagespiegel beinhaltete zur Sanktionierung ärztlichen Fehlverhaltens zwar sowohl den Weg über eine zivilrechtliche Haftung als auch über eine Strafverurteilung; eine diffizile Arzthaftung kannte er jedoch nicht.²⁰ Vielmehr enthielt er lediglich Aufzählungen über zu sanktionierendes ärztliches Fehlverhalten, welches einen materiellen Schadensersatzanspruch auslöste.²¹ Allerdings wird dem Klagespiegel ein erheblicher Einfluss auf die Entstehung des Sachverständigenbeweises eingeräumt.²²

In der frühen Neuzeit entstanden in vielen Städten und Ländern die sogenannten Reformationen, durch die versucht wurde, das hergebrachte einheimische Recht mit dem römischen Recht zu einer neuen Einheit zu verschmelzen. In den bekanntesten Stadtrechtsreformationen wurde der Arzt jedoch nicht besonders erwähnt.²³

Die an die Reformationen anschließenden und sich aus diesen heraus entwickelten Kodifikationen strebten erstmals eine allumfassende Regelung unterschiedlicher Sachverhalte an. Dennoch fanden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch Deutschlands, wie auch im Code Civil, dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Österreichs oder auch dem schweizerischen Zivilgesetzbuch kein besonderer Vertragstyp zwischen Arzt und Patient.²⁴

18 Von Gerlach, in: *Festschrift für Karlmann Geiß*, S. 389 (406).

19 Deutsch, in: *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, S. 45.

20 Deutsch, in: *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, S. 45 (50).

21 Deutsch, in: *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, S. 45 (50 ff.).

22 Deutsch, in: *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, S. 45 (71).

23 Köbler, in: *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, S. 157 (167).

24 Köbler, in: *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, S. 157 (168).

II. Frühe Entwicklung des modernen Arzthaftungsprozesses

Das Reichsgericht erkannte schließlich das besondere Problem der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess. In seinem Urteil vom 1.3.1912 kam es zu dem Ergebnis, dass die Unmöglichkeit der Feststellung der Ursache für die Verletzungen des Patienten bei der Operation entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zwangsläufig zu Lasten des Arztes gehen könne.²⁵ So führte das Berufungsgericht aus, dass dem Beklagten (Anmerkung: Revisionsbeklagten) zwar grundsätzlich der Beweis obliege, dass dem Kläger (Anmerkung: Revisionskläger) ein Verschulden zur Last falle, allerdings würde der Beklagte diesem bereits dadurch genügen, dass Operationen der in Rede stehenden Art regelmäßig ohne Schaden verliefen.²⁶ Das Berufungsgericht argumentierte, dass es unbillig sei und den Lebensverhältnissen nicht entspräche, wenn man von dem narkotisierten Patienten den Nachweis verlange, dass der Arzt fahrlässig gehandelt habe.²⁷

Das Reichsgericht lehnte diese Auffassung mit folgender Argumentation ab: „Diese Erwägungen gehen fehl. Wie man auch grundsätzlich die Beweislast in Fällen wie dem Vorliegenden regeln mag, keinesfalls kann die Unmöglichkeit, die Ursache einer Verletzung des Kranken bei der Operation sicher festzustellen, zu Lasten des Arztes gehen. Auch der operierende Arzt wird unter Umständen nicht bestimmt angeben können, wodurch die Verletzung herbeigeführt ist, und wenn er auch selbst eine bestimmte Meinung hierüber hat, so wird er vielfach außerstande sein, die Richtigkeit dieser Meinung im Streitfalle zu beweisen. (...) Alle nachteiligen Folgen, die im Allgemeinen nicht eintreten, (...), würden, wenn man der Auffassung des Berufungsgerichts beitrete, vom Arzt zu verantworten sein, wenn ihm nicht der positive Beweis seines Nichtverschuldens gelingt, ein Beweis, der vielfach schlechterdings nicht zu führen ist.“²⁸

Auch der BGH setzte sich frühzeitig mit dem Problem der Kausalität im Arzthaftungsprozess auseinander²⁹ und ging in seinem Urteil vom

25 RGZ 78, 432 ff.

26 RGZ 78, 432 (434 f.).

27 RGZ 78, 432 (435).

28 RGZ 78, 434 (435).

29 BGHZ 7, 198 ff. = NJW 1953, 700 ff.

21.12.1955 erstmals von einer Beweislastumkehr zugunsten des Patienten aus.³⁰ Der BGH führt darin aus: „Bei Bejahung eines schuldhaften Behandlungsfehlers des Beklagten wäre gegebenenfalls weiter zu prüfen gewesen, ob dieser Fehler grob leichtfertig begangen worden ist. In einem solchen Falle verbleibt es nämlich nicht bei der (...) Beweislastregel des Anscheinsbeweises und seiner Ausräumung; vielmehr tritt dann auch beim Arztvertrag eine Umkehr der Beweislast ein. Der Arzt kann sich dann also nicht darauf berufen, dass der Ursachenzusammenhang für ihn ebenso schwer aufzuklären ist wie für den Patienten. Vielmehr ist es billig, ihn dafür einstehen zu lassen, dass er durch solch leichtfertig begangenen Fehler die Lage herbeigeführt hat, die nicht mehr erkennen lässt, ob sein Versagen oder eine andere Ursache den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat.“³¹

30 BGH, VersR 1956, 499 ff.

31 BGH, VersR 1956, 499 (500).

III. Entstehung und Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers

Die heute geltenden Voraussetzungen für die Anwendung von Beweiserleichterungen beim Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers im Arthaftungsprozess haben sich über Jahrzehnte durch die Rechtsprechung des BGH entwickelt und es ist nicht davon auszugehen, dass diese Entwicklung bereits in jeglicher Hinsicht abgeschlossen ist.³² Wie sich im Folgenden zeigen wird, war für die Entstehung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers eine stetige und langjährige – teilweise schlangenlinienartige –³³ Weiterentwicklung der Rechtsprechung nötig, die die Hürde der Schuldrechtsreform nahm und schließlich in § 630h V BGB kodifiziert wurde.

1. Erste Berührung des BGH mit nicht erhobenen Befunden

Mit Urteil vom 14.10.1958 ging der BGH schließlich erstmals auf die Problematik einer mangelhaften Befunderhebung ein.³⁴ Bei der Klägerin entwickelte sich nach der Behandlung einer Fraktur eine Entzündung. Während das Landgericht die Klage mangels Darlegung der Kausalität abwies, nahm der BGH eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Patientin an, da es der Beklagte versäumt habe, nach dem Feststellen der Entzündung eine angebrachte bakteriologische Untersuchung vorzunehmen, wodurch festgestellt hätte werden können, weshalb die Behandlung nicht zur Heilung geführt habe. Der BGH begründete sein Ergebnis damit, dass die Erkenntnis der Ursache einer Erkrankung eine wesentliche Vorbedingung für ihre Behandlung sei.³⁵ Daher entspräche es der Rechtsprechung, dass die pflichtwidrige Unterlassung ärztlicher Feststellungen zur Beweislast des Arztes hinsichtlich der dadurch unbegründeten Unaufklärbarkeit führen könne.³⁶ Der BGH ließ in seiner Entscheidung die Auffassung des Berufungsgerichts unkommentiert, wonach eine Beweislastumkehr

32 Nixdorf, VersR 1996, 160.

33 Dunz, MedR 1987, 152 (153).

34 BGH, JR 1959, 63.

35 BGH, JR 1959, 63.

36 BGH, JR 1959, 63 (64).

auch in Betracht käme, wenn ein leichtfertiger oder gar bewusster Fehler nicht in Betracht zu ziehen sei.³⁷ Einen schweren oder groben Behandlungsfehler setzte es also nicht voraus. Eine Erklärung hierfür wird darin gesehen, dass sich zum Zeitpunkt der Entscheidung die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler noch nicht endgültig etabliert hatte,³⁸ da die erste Entscheidung des BGH zum groben Behandlungsfehler erst knappe drei Jahre zuvor am 21.12.1955 erfolgt war.³⁹

Dass noch über 30 Jahre vergehen sollten, bis der BGH für die Verletzung der Pflicht zur Befunderhebung eine eigene, arzthaftungsrechtliche Fallgruppe herausgearbeitet haben würde, bedeutete also nicht, dass er zu Beginn vor den typischen Beweisnöten der Patienten die Augen verschlossen hätte, sondern dass er schlicht keine Notwendigkeit zur Entwicklung besonderer Regeln für diese Fallgruppe sah, da man solche ärztliche Fehler anderen Behandlungsfehlern gleichgestellt hatte.⁴⁰ Obwohl dem Patienten durch diese Rechtsprechung der Nachweis der Kausalität erheblich erleichtert wurde, fand eine Fallgruppe „unterlassene Befunderhebung“ in der Folgezeit zunächst keine nennenswerte Anwendung.⁴¹

Erst ein BGH-Urteil vom 21.9.1982 beschäftigte sich wieder mit der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers.⁴² Die Patientin wurde wegen des zutreffenden Verdachts einer Blinddarmentzündung operiert. Dabei wurde jedoch übersehen, dass sie außerdem an einer Harnwegsentzündung litt. Nachdem sich der Gesundheitszustand laufend verschlechtert hatte, erlitt die Patientin einen Kreislaufzusammenbruch, an dem sie schließlich verstarb. Der BGH warf der Beklagten vor, in der postoperativen Phase den Ursachen der dramatischen Verschlechterungen, etwa durch ein EKG, nicht nachgegangen zu sein, die Kreislauffunktion nicht durch Erhebung von Kontrollbefunden geklärt und schließlich ohne Befunde Therapieversuche unternommen zu haben.⁴³ Zwar seien die Überlebenschancen durch den Behandlungsfehler „nur etwas“ verschlechtert worden, dadurch werde jedoch nicht die Grundlage für eine Kausa-

³⁷ Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 29.

³⁸ Hausch, VersR 2003, 1489.

³⁹ BGH, VersR 1956, 499.

⁴⁰ Nixdorf, VersR 1996, 160.

⁴¹ Hausch, VersR 2003, 1489.

⁴² BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 = VersR 1982, 1193.

⁴³ BGHZ 85, 212ff. = NJW 1983, 333 (333 f.) = VersR 1982, 1193 (1193 ff.).

litätsvermutung entzogen, da die Besonderheiten des Sachverhalts nicht nur eine beschränkte statistische Schadenshäufigkeit, sondern eine beweisrechtliche Würdigung auf breiter Basis verlangen würden.⁴⁴ Zwar könne für Beweiserleichterungen nur Platz sein, wo die Kausalitätsfeststellung durch die Belastung des Behandlungsgeschehens mit dem groben Behandlungsfehler konkret erschwert worden sei, so dass ein bloß theoretisch denkbarer Zusammenhang, der fast nie ausgeschlossen werden könne, nicht zu Beweiserleichterungen führe, allerdings müsse der Ursachenzusammenhang zwischen grobem Behandlungsfehler und dem Schaden nicht naheliegend oder gar typisch sein, um Beweiserleichterungen zu rechtfertigen.⁴⁵

Der BGH führte weiter dazu aus, dass auch Behandlungsversäumnisse, die nicht als naheliegende Schadensursachen angesehen würden, die Aufklärung des Behandlungsgeschehens nicht weniger erschweren könnten als grobe Behandlungsfehler.⁴⁶ Dies gelte insbesondere, wenn der Arzt in ungewöhnlichem Ausmaß einfachste Diagnose- und Kontrollbefunde nicht erhebe und deshalb in besonders hohem Maß dafür Verantwortung trage, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsverlaufs nicht zur Verfügung stünden.⁴⁷ Der BGH verweist insoweit auf Parallelen zu Dokumentationsversäumnissen, auf deren beweisrechtliche Folgen für den Kausalitätsnachweis er bereits in seiner ersten Revisionsentscheidung in diesem Verfahren vom 27.6.1978⁴⁸ hingewiesen hatte.

Nun meint der BGH, im Falle der unterlassenen Befunderhebung sei der Arzt ebenso wie bei der mangelhaften Dokumentation dafür verantwortlich, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsverlaufs nicht zur Verfügung stünden. Der BGH sieht darin ein „außergewöhnliche Erschwernis für die Aufklärung des Behandlungsgeschehens“, die „die Feststellungen zum Behandlungsgeschehen noch schwerer belasten als Versäumnisse bei der Dokumentation“.⁴⁹ Dabei urteilte der BGH das Nichterheben von Diagnose- und Kontrollbefunden ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des groben Behandlungsfehlers.⁵⁰ Der Arzt

44 BGHZ 85, 212 (216) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

45 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

46 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

47 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

48 BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337.

49 BGHZ 85, 212 (217 f.) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

50 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 406.

musste es in „ungewöhnlichem Ausmaß“ unterlassen haben, Befunde zu erheben, so dass die Pflichtverletzung als „grob fehlerhaft“ zu bewerten war.⁵¹

2. Die Begründung des Befunderhebungsfehlers als eigene Fallgruppe

In seinem Urteil vom 3.2.1987 ging der BGH noch einen entscheidenden Schritt weiter.⁵² Der BGH ließ es in seiner Entscheidung ausdrücklich dahinstehen, ob das Unterlassen von Kontrolluntersuchungen einen groben Behandlungsfehler darstellt,⁵³ was schließlich dazu führte, dass dem Patienten Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr selbst dann zu gewähren sind, wenn die rechtliche Bewertung des Fehlers „sich noch unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler einpendelt.“⁵⁴ Der Sachverhalt dieser Entscheidung war der folgende:

Die Erstklägerin hatte den beklagten Arzt wegen Herzstechens und Fieber aufgesucht, welcher daraufhin eine Bronchopneumonie feststellte. Nachdem die Symptome bereits abgeheilt waren und die Erstklägerin in der Zwischenzeit mehrmals wegen der gleichen Symptome vorstellig wurde, stellte sich über zwölf Monate später heraus, dass diese an einer Lungen-Tuberkulose litt. Inzwischen hatte sie auch unstreitig ihre mit ihr in einer Wohngemeinschaft lebende Schwester (Zweitklägerin) angesteckt. Dem Beklagten wurde vorgeworfen, nach der ersten Untersuchung keine Kontrolluntersuchungen, insbesondere keine Röntgenkontrollaufnahme des Thorax, vorgenommen zu haben.⁵⁵

Zwar ließ er es der BGH ausdrücklich dahinstehen, ob die unterlassenen Kontrolluntersuchungen einen groben Behandlungsfehler darstellten, allerdings sei es dann gerechtfertigt, dem Patienten den Beweis für den Kausalzusammenhang zu erleichtern, wenn eine Befunderhebung angesichts der Symptome des Patienten zur Aufklärung und Sicherung des Status ärztlich zweifelsfrei geboten und schuldhaft unterlassen worden sei und dabei ein Befundstatus, wäre er erhoben worden, wahrschein-

51 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

52 BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482.

53 BGHZ 99, 391 (395) = NJW 1987, 1482 (1483).

54 Nixdorf, VersR 96, 160 (161).

55 BGHZ 99, 391 (391 ff.) = NJW 1987, 1482 (1483).

lich den behaupteten Ursachenverlauf auch geklärt hätte.⁵⁶ Der Tatrichter habe nach der Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden über die Haftung des Arztes zu entscheiden, da sich das Ausmaß an Unaufklärbarkeit in einer entsprechenden Verminderung des vom Patienten zu erbringenden Beweismaßes ausschlagen müsse.⁵⁷

In dieser Entscheidung ist der Beginn des Befunderhebungsfehlers als eigenständige Fallgruppe zu sehen.⁵⁸

Allerdings barg diese gerade wegen der Unschärfe und Interpretationsmöglichkeiten ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen das Risiko, ausufernd angewendet zu werden.⁵⁹ So wurde von Beginn an das Kriterium der Wahrscheinlichkeitsprognose als missverständlich kritisiert und vermutet, dass dies ersichtlich dazu dienen solle, den Anwendungsbereich der Rechtsprechung sogleich wieder einzuengen, da nicht jede ärztliche Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung diene.⁶⁰ Allerdings gibt ausschließlich die Wahrscheinlichkeit – bei Befunderhebung hätte der Krankheitsverlauf aufgeklärt und der Schadenseintritt vermieden werden können – dem Verstoß für die Beweiserleichterung das hinreichende Gewicht.⁶¹ Deswegen, wie auch dem Bestimmtheitsgebot als Teil des Rechtsstaatsprinzips und der Rechtssicherheit im Allgemeinen geschuldet, muss jedoch unzweifelhaft feststehen, was der BGH unter einer „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ versteht.⁶² Dennoch ist dieser Begriff weder in den Kommentaren zur ZPO zu finden noch nimmt der BGH in seinen Entscheidungen zum Befunderhebungsfehler selbst eine Definition der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ vor, da er sich lediglich einer negativen Abgrenzung bedient.⁶³ Zwar wurde inzwischen eine Konkretisierung vorgenommen, wonach die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines positiven Befunds dann angenommen wird, wenn eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ von mehr als 50 % dafür spricht,⁶⁴ bzw.

56 BGHZ 99, 391 (398 ff.) = NJW 1987, 1482 (1483).

57 BGHZ 99, 391 (399) = NJW 1987, 1482 (1484).

58 Nixdorf, VersR 96, 160 (161).

59 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 478.

60 Peter, NJW 1988, 751 (751 f.).

61 Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, S. 121 f.

62 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 138.

63 Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

64 OLG Köln, VersR 2004, 247; Gehrlein, VersR 2004, 1488 (1494).

abgelehnt, wenn die Wahrscheinlichkeit nicht höher als 50 % ist,⁶⁵ so dass zumindest eine leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt wird.⁶⁶ Dennoch lässt der allgemeine Sprachgebrauch verschiedene Interpretationsmöglichkeiten von „ausreichend“ bis „sehr hohe“ oder „überwiegende“ Wahrscheinlichkeit zu.⁶⁷

Ebenso wenig war erkennbar, ab wann eine Befunderhebung aus medizinischen Gründen „zweifelsfrei“ geboten gewesen wäre, da aus der ex-post-Perspektive eine Befunderhebung, welche die tatsächliche Erkrankung zu einem früheren Zeitpunkt aufgedeckt hätte, in den allermeisten Fällen auch als medizinisch notwendig anzusehen sein würde bzw. es kaum definierbar sei, wann eine Befunderhebung nicht mehr „zweifelsfrei“ geboten gewesen ist.⁶⁸ Dass die Anwendung der Beweislastumkehr ausschließlich am ärztlichen Fehlverhalten anknüpft, ist jedoch ebenso abzulehnen, da dies die prozessrechtlichen Grundsätze, wonach der Kläger den anspruchsgrundlegenden Tatbestand zu beweisen hat, faktisch aufheben würde.⁶⁹ Die vom BGH darüber hinaus geforderte Voraussetzung, dass „die Statussicherung gerade wegen des erhöhten Risikos eines solchen Verlaufs geschuldet war“, lässt sich ebenso schwer definieren und im konkreten Fall objektiv bestimmen.⁷⁰

Auch die gezogene Parallele zwischen Befunderhebungsfehler und Dokumentationsversäumnis⁷¹ wurde zwar zunächst als „mehr als tragfähig“ bezeichnet, da beide Pflichten der Nachvollziehbarkeit des Geschehens dienen,⁷² doch stößt auch diese Begründung der Dogmatik auf Kritik. So kann der Arzt eine nicht dokumentierte, aufzeichnungspflichtige Befunderhebung, auch auf anderem Weg nachweisen, während eine unzureichende Dokumentation, in jedem Fall einen Dokumentationsmangel darstellt, der jedoch keine beweisrechtlichen Auswirkungen zur Folge hat, solange er kein Aufklärungshindernis darstellt.⁷³

65 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

66 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 140.

67 Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

68 Hausch, VersR 2003, 1489 (1490).

69 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 157.

70 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 142.

71 BGHZ 85, 212 (217 f.) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

72 Matthies, NJW 1983, 333 (336).

73 Schmid, NJW 1994, 767 (772).

Außerdem ist die Befunderhebung der Dokumentation zeitlich vorgelagert. Daher könne die Befunderhebung und die Auswertung der Befunde ausschließlich dem Diagnosebereich zugeordnet werden, während die Dokumentationspflicht sowohl im Diagnose- als auch im Therapiebereich anzusiedeln sei, so dass diese parallel zur Befunderhebungspflicht bestehen und diese begleite.⁷⁴

Insgesamt stieß die Beweisfigur überwiegend auf Kritik und wurde trotz der Eingrenzungsbemühungen im Ergebnis als zu weit empfunden.⁷⁵ Der Umstand, dass nun eine weitere zu Lasten der Ärzteschafft gehende Beweislastkonstruktion zur Verfügung stand, kam es unweigerlich zu der Frage, ob nicht durch das Bemühen, eine Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient zu erreichen, den Ärzten letztendlich eine gerechte Sachbehandlung vorenthalten wird.⁷⁶

3. Versuch der Konkretisierung des Tatbestands

Angesichts dieser Probleme hat der BGH sein Beweiserleichterungskonzept bei Verletzungen der Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht präzisiert, das Gewicht dieser zu relativieren versucht⁷⁷ und sich dafür immer mehr an seiner Beweisregel zum groben Behandlungsfehler orientiert.⁷⁸

Erstmals angedeutet hat der BGH diese Kehrtwende in einem Nichtannahmebeschluss vom 1.12.1992:⁷⁹ Der BGH führte aus, dass der Patient durch eine sich aus der unterlassenen Befunderhebung ergebenden Beweiserleichterung nur so gestellt werde, wie er stünde, wenn der gebotene Befund auch erhoben worden wäre. Auch dann sei der Kläger beweispflichtig dafür, dass seine Frau länger gelebt hätte.⁸⁰

Endgültig ist der BGH mit seinem durch innere Spannungen gekennzeichneten, im Ganzen jedoch ausgewogenen und einleuchtenden⁸¹ Urteil

74 Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 54.

75 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 98.

76 Schmid, NJW 1994, 767 (773).

77 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 479.

78 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 98.

79 BGH, VersR 1993, 440.

80 BGH, VersR 1993, 440.

81 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 479.

vom 13.2.1996⁸² von seiner bisherigen Spruchpraxis abgerückt.⁸³ Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde:

Der Patient hatte den beklagten Arzt wegen Beschwerden im Brustbereich aufgesucht. Nach der Anfertigung eines EKGs wurde der Patient entlassen. Kurz darauf brach er zusammen und erlag einem Herzinfarkt. Der Beklagte konnte das Original-EKG nicht mehr vorlegen. Der BGH führte dazu zunächst aus, dass der Patient bei einem Verlust des Befundträgers wie auch bei der Nichterhebung von Befunden durch eine Beweiserleichterung nicht besser gestellt werden dürfe, wie er stünde, wenn der Befund ordnungsgemäß gesichert worden wäre.⁸⁴ Nach dem Sachverständigengutachten war der Herzinfarkt mit einer über 90 %-igen Wahrscheinlichkeit auf dem EKG zu erkennen gewesen.⁸⁵ Der BGH entnahm daher die Kläger des Nachweises eines Behandlungsfehlers und stützte dies darauf, dass eben dieser Nachweis mangels Vorlage nicht erbracht werden könne.⁸⁶ Allerdings sei weiterhin nicht der Nachweis geführt, dass die hiernach anzunehmende fehlerhafte Auswertung des EKG durch den Beklagten für den Tod ursächlich wurde.⁸⁷ Beweiserleichterungen bezüglich der Kausalitätsfrage könne der Verlust des Original-EKG daher nur dann mit sich bringen, wenn zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen sei, wenn sich also „ein so deutlicher und gravierender Befund“ ergeben hätte, dass sich dessen „Verkennung als fundamental fehlerhaft“ darstellen müsse.⁸⁸

Zwar ist diesem Urteil die Änderung der tatbestandlichen Voraussetzungen noch nicht eindeutig zu entnehmen,⁸⁹ allerdings erfolgte eine ausdrückliche Klarstellung durch die Entscheidung vom 13.1.1998.⁹⁰ Der geistig behinderte Kläger suchte die beiden beklagten Ärzte mehrfach wegen Auffälligkeiten (wie z. B. häufiges Berühren der Augen mit den Händen) auf. Die Ärzte nahmen eine Bindehautentzündung an und verordneten Augentropfen. Später stellte sich heraus, dass eine Netzhaut-

82 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

83 Groß, VersR 1996, 657 (665).

84 BGHZ 132, 47 (47 ff.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633.

85 BGHZ 132, 47 (52 f.) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633 (634).

86 BGHZ 132, 47 (50 f.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633.

87 BGHZ 132, 47 (51) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633.

88 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

89 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 144.

90 BGHZ 138, 1 = NJW 1998, 1780.

ablösung Ursache der Beschwerden gewesen ist, die nicht mehr operativ beseitigt werden konnte.⁹¹

Der BGH erklärte, dass insbesondere das Unterlassen einer Untersuchung des Augenhintergrundes bei geweiteter Pupille ein pflichtwidriges Verhalten darstelle und sich daraus Beweiserleichterungen ergeben könnten.⁹² Mit Verweis auf das Urteil des erkennenden Senats vom 13.2.1996 (VI ZR 402/94) führte der Senat dazu aus, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde auf ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis schließen würde, wenn dieses hinreichend wahrscheinlich sei. Dies betreffe jedoch lediglich die Frage, ob bei gebotener Befunderhebung die begonnene Netzhautablösung erkannt worden wäre.⁹³

Soweit es darum gehe, ob eine frühere Reaktion den Gesundheitsschaden vermieden oder vermindert hätte, könne dem Kläger eine Beweiserleichterung nur dann zu Gute kommen, wenn bereits die Unterlassung der Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstelle, da z. B. die Befunderhebung aus medizinischen Gründen zweifelsfrei geboten gewesen sei.⁹⁴ Die Beweislast folge in diesem Fall den generellen Regeln, die bei grob behandlungsfehlerhaftem Verhalten anzuwenden seien.⁹⁵ Stelle sich die unterlassene Befunderhebung allein hingegen noch nicht als grob fehlerhaft dar, können für den Kläger Beweiserleichterungen nur dann greifen, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler wegen fundamental fehlerhafter Verkennung des Befundes zu schließen sei.⁹⁶

91 BGHZ 138, 1 (1f.) = NJW 1998, 1780.

92 BGHZ 138, 1 (4f.) = NJW 1998, 1780 (1781).

93 BGHZ 138, 1 (4) = NJW 1998, 1780 (1781).

94 BGHZ 138, 1 (4f.) = NJW 1998, 1780 (1781).

95 BGHZ 138, 1 (6) = NJW 1998, 1780 (1781).

96 BGHZ 138, 1 (5) = NJW 1998, 1780 (1781).

4. Entstehung der bis heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen

Gestützt auf diese Entwicklung ging schließlich aus dem Urteil vom 6.10.1998⁹⁷ die bis heute gültige tatbestandliche Formel hervor.⁹⁸

Darin führte der BGH aus, dass dem Kläger aufgrund eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Befunderhebung Beweiserleichterungen zu gewähren sein könnten.⁹⁹ Ein Verstoß des Arztes gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde ließe im Wege der Beweiserleichterung auf ein reaktionspflichtiges, positives Befundergebnis schließen, wenn ein solches „hinreichend wahrscheinlich“ gewesen sei.¹⁰⁰ Darüber hinaus könne ein solcher Verstoß auch für die Kausalitätsfrage beweiserleichternd Bedeutung gewinnen, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen sei, da sich bei der unterlassenen Abklärung „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental fehlerhaft darstellen“ müsste.¹⁰¹

Damit hatte der BGH die Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers tatbestandlich gefasst: Stellt bereits der Befunderhebungsfehler für sich einen groben Behandlungsfehler dar, so kann bereits dieser nach den für grobe Behandlungsfehler geltenden Regeln zur Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalitätsfrage führen.¹⁰²

Um eine Beweislastumkehr wegen einer einfachen Verletzung der Befunderhebungspflicht gewähren zu können, muss

- a) eine unzureichende Erhebung medizinisch gebotener Diagnose- und Kontrollbefunde vorliegen,
- b) die, hätte der Arzt, wie geboten, Befunde erhoben, mit hinreichen- der Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges medizinisch posi- tives Ergebnis beim Patienten ausgewiesen hätten und

⁹⁷ BGH, NJW 1999, 860 = VersR 1999, 60.

⁹⁸ Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 146.

⁹⁹ BGH, NJW 1999, 860 (861) = VersR 1999, 60.

¹⁰⁰ BGH, NJW 1999, 860 (861) = VersR 1999, 60 (61).

¹⁰¹ BGH, NJW 1999, 860 (861) = VersR 1999, 60 (61).

¹⁰² Katzenmeier, Arzthaftung, S. 480.

- c) ein Nichtreagieren auf diese hypothetischen Befunde für sich einen groben Behandlungsfehler in Gestalt eines fundamentalen Diagnosefehlers oder eines groben Therapiefehlers darstellt.¹⁰³

Die praktische Bedeutung der Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess ist kaum hoch genug einzuschätzen, weshalb die tatbeständliche Regelung aller höchste Zeit gewesen ist: So entscheidet in ca. 40 % der jährlich etwa 230 einschlägigen Fälle vor der Arzthaftungskammer des LG München I das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines groben Behandlungsfehlers über Erfolg oder Misserfolg des Prozesses; dies sind 90 bis 100 Fälle in nur einem einzigen deutschen LG-Bezirk.¹⁰⁴

5. Keine Veränderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Zwar hatte der BGH nun die Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers tatbeständig geregelt, doch schien es möglich, dass diese durch das seit dem 1.1.2002 geltende Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in ihren Strukturen erschüttert werden könnte.¹⁰⁵ In den Bundesrats- und Bundestagsdrucksachen zur Schuldrechtsmodernisierung findet sich kein einziger Hinweis auf eine Prüfung der neuen Regelungen in Zusammenhang mit der Haftung der freien Berufe.¹⁰⁶ Besonderes Augenmerk fiel dabei auf § 280 I 2 BGB (n. F.), deren Beweislastregel bei Vorliegen eines objektiven Fehlers eine Verschuldensvermutung zur Folge hat.¹⁰⁷ Bis dahin hatte der BGH eine entsprechende Anwendung des vormaligen § 282 BGB (a. F.) auf den Arztvertrag abgelehnt,¹⁰⁸ eine Ansicht, die überwiegend Zustimmung fand.¹⁰⁹ Das bis 2001 das Verschulden des Arztes zusammen mit der Kausalität vom Patienten nachzuweisen war, war die hauptsächliche Verteidigungslinie, die der Patient überwinden musste.

103 Schultze-Zeu, VersR 2000, 565 (566) und VersR 2008, 898.

104 Steiner, VersR 2009, 473.

105 Katzenmeier, VersR 2002, 1066.

106 Spickhoff, NJW 2002, 2530.

107 Tamm, Jura 2008, 881, (888).

108 U. a. BGH, NJW 1978, 1681; BGH, NJW 1980, 1333 = VersR 1980, 428.

109 Nixdorf, VersR 1996, 160 (162); Müller, NJW 1997, 3049; Schmid, NJW 1994, 767 (771); Weber, NJW 1997, 761 (761 ff.).

Daher stellte sich die Frage, ob zukünftig die bloße Behauptung des Patienten, der Arzt habe einen Heileingriff an ihm durchgeführt, genüge, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen, und, ob zukünftig die Haftpflicht des Arztes in Bezug auf alles Weitere fingiert (Körperverletzung), indiziert (Rechtswidrigkeit) oder vermutet (Verschulden) werde.¹¹⁰

Allerdings wurde zutreffend argumentiert, dass der Anknüpfungspunkt einer bloßen Verschuldensvermutung der vom Patienten zu beweisende Behandlungsfehler des Arztes sei und nicht der ausbleibende Heilungserfolg.¹¹¹ Ausweislich statistischer Untersuchungen ist in weniger als einem Prozent aller geltend gemachter Fälle streitig, ob der Arzt den behaupteten Behandlungsfehler auch zu vertreten hat.¹¹² Streitig sind in aller Regel vielmehr das Vorliegen eines objektiven Fehlverhaltens und Kausalitätsfragen, weshalb frühzeitig davor gewarnt wurde, die praktische Auswirkung dieser Beweiserleichterung überzubewerten.¹¹³ Daher sah auch der Gesetzgeber keinerlei Problem darin, die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB uneingeschränkt auf die vertragliche Arzthaftung anzuwenden.¹¹⁴ Somit ist auch erklärbar, weshalb sich seit der Schuldrechtsreform in der Praxis noch kein Fall ereignet hat, bei dem objektiv ein Behandlungsfehler festgestellt, ein Verschulden des Arztes jedoch abgelehnt wurde.¹¹⁵

Dennoch wird die Reform des Leistungsstörungsrechts im Bereich der Dienstleistungshaftung und damit auch der Arzthaftung als „unzureichend reflektiert“ bezeichnet.¹¹⁶ Da die Krankheit aus der Sphäre des Patienten kommt und der Organismus des Patienten für den Arzt nicht voll beherrschbar ist, ist es weder sachgerecht, den Behandlungsfehler, noch eine der Behandlung vorausgehende unzutreffende Diagnose zum Gegenstand der Verschuldensvermutung zu machen.¹¹⁷ Da das Arzthaftungsrecht davon geprägt ist, einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Beteiligten herzustellen und dabei eine sachgerechte Risikoverteilung im Vordergrund steht, ist es gerechtfertigt, den Verschuldensnachweis auch

110 Spickhoff, NJW 2002, 2530 (2531).

111 Katzenmeier, VersR 2002, 1066, (1068).

112 Stoltz, VersR 1978, 797.

113 Katzenmeier, VersR 2002, 1066, (1069).

114 BT-Drs 17/10488, 28.

115 Tamm, Jura 2008, 881 (889).

116 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 198, Rn. 313.

117 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, S. 202, Rn. 316.

weiterhin abweichend von der Gesetzesregelung zu handhaben.¹¹⁸ Auch die Argumente des BGH gegen eine Anwendung des § 282 a. F. BGB im Arzthaftungsrecht hatten durch die Schuldrechtsreform nicht an Aktualität verloren.¹¹⁹ Es gibt daher keinen Anlass, eine Änderung der Rechtslage zu befürchten,¹²⁰ da der Umstand, dass es sich um Richterrecht handelt, einen beträchtlichen Vorteil bei der Erhaltung des bewährten Zustands mit sich bringt.¹²¹

6. Kodifizierung des Arztvertrags

Nachdem in der deutschen Literatur bereits 1919 erstmals vom besonderen Arztvertrag die Rede gewesen war,¹²² gelang es erst mit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes (PatRG) am 26.2.2013, die Rechte der Patienten nach Jahrzehntelanger Diskussion¹²³ gesetzlich zu regeln. Entscheidender Regelungsgegenstand dessen ist die Kodifizierung des Behandlungsvertrags,¹²⁴ bei dem – wie zu erwarten¹²⁵ – kein Behandlungs- oder Heilungserfolg, sondern – wie § 630 a I BGB klarstellt – nur die Leistung einer medizinischen Behandlung, eine Dienstleistung (freilich „höherer Art“), geschuldet ist.¹²⁶ Da seit 1909 der deutsche Gesetzgeber nur „kosmetische Änderungen“ vorgeschlagen hatte, nennt *Deutsch* diese Entwicklung auch den „deutschen Sonderweg“.¹²⁷

Änderungen gegenüber der zum Großteil durch Richterrecht entwickelten Rechtslage halten sich in engen Grenzen, da das Ziel der Kodifizierung lediglich darin lag, den bisherigen Zustand gesetzlich festzusetzen.

118 Rehborn, MDR 2002, 1281 (1287f.).

119 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 58.

120 Lippert, GesR 2002, 41.

121 Müller, MedR 2001, 487 (494).

122 Köbler, in: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, S. 157 (169).

123 Vgl. Laufs, NJW 2000, 846; Bollweg/Brahms, NJW 2003, 1505; Spickhoff, NJW 2013, 1714; Deutsch, NJW 2012, 2009.

124 Katzenmeier, NJW 2013, 817.

125 Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 75.

126 Palandt/Weidenkaff, Vorb. v. § 630a BGB, Rn. 5.

127 Deutsch, NJW 2012, 2009.

zen.¹²⁸ Dies insbesondere, um durch mehr Transparenz und Rechtssicherheit der Patientenseite die Möglichkeit zu geben, ihre wichtigsten Rechte selbst im Gesetz nachlesen zu können.¹²⁹ Daher wurde es auch in der Literatur prozessrechtlich begrüßt, die oft als „reine Billigkeitsrechtsprechung“ kritisierte Beweislastverteilung auf eine legislative Grundlage zu stellen,¹³⁰ durch welche der status quo des arzthaftungsrechtlichen Beweisrechts gesichert wurde.¹³¹ Entsprechend gering sind die praktischen Auswirkungen, weshalb Kritiker zu Recht betonen, dass sich kaum ein Problem eher lösen lasse, wenn es eine gesetzliche Regelung gibt.¹³²

In diesem Kontext überrascht die Formulierung des § 630h V BGB wenig:

„Lieg ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war.“

Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

Somit wurde die vom BGH geschaffene Fallgruppe beinahe wörtlich in das Gesetz integriert, weshalb die Kodifizierung auf die Spruchpraxis des BGH in Fällen der unterlassenen Befunderhebung bisher keinerlei Einfluss hatte. Das eigentliche Problem des Arzthaftungsprozesses, nämlich die Kausalitätsfrage, konnte der Arztvertrag – wie erwartet – auch nicht lösen.¹³³

128 Spickhoff, NJW 2013, 1714.

129 BT-Drs 17/10488, 9.

130 Schärtl, NJW 2014, 3601 (3605).

131 Walter, GesR 2013, 129 (130).

132 Katzenmeier, MedR 2012, 576 (577).

133 Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

IV. Entstehung und Entwicklung der Fallgruppe des Diagnosefehlers

Wie die Entstehung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers war auch die des Diagnosefehlers das Resultat einer Jahrzehnte fortdauernden Entwicklung. Diagnosefehler sind in der Praxis nicht selten und aufgrund der Verschiedenheit des menschlichen Körpers oft keinem vorwerfbaren Versehen des Arztes geschuldet.¹³⁴

Darin liegt allerdings genau das Problem: Wenn dem Arzt aufgrund der Unberechenbarkeit des menschlichen Körpers nur mit Zurückhaltung eine Pflichtverletzung bei einer fehlerhaften Diagnose vorgeworfen werden kann, wie soll der Patient dann erst den Beweis erbringen, dass die vorwerfbare Diagnose den haftungsbegründenden Schaden verursacht hat?

Dieses Spannungsfeld zeigt einmal mehr, dass die Beweisnot des Patienten das Problem des Arzthaftungsprozesses ist,¹³⁵ welches es zu lösen gilt.

Aus diesem Kontext entstand die Fallgruppe des Diagnosefehlers, welche als Lösung des Problems in bestimmten Fällen Beweiserleichterungen für den Patienten vorsieht.¹³⁶ Im Folgenden soll diese Entwicklung aufgezeigt werden.

1. Erste Berührung des BGH mit einer fehlerhaften Diagnose

In seinem Urteil vom 30.5.1958 beschäftigte sich der BGH erstmals mit einer fehlerhaften Diagnose.¹³⁷ Allerdings bewertete der BGH das ärztliche Fehlverhalten ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Behandlungsfehlers, wobei eine Unterscheidung zwischen einfachem und grossem Fehler nicht vorgenommen wurde. Der Beweisnot der Patientin wurde durch die Grundsätze des Anscheinsbeweises abgeholfen. Der BGH führte dazu aus: „(...) das Nichterkennen einer erkennbaren Erkrankung und der für sie kennzeichnenden Symptome bedeutet immer, sofern

134 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

135 BGH NJW 1978, 1681 (1682).

136 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 449 f.

137 BGH, VersR 1958, 545 (546).

nicht ganz besondere Umstände vorliegen, einen Schuldvorwurf. Dass die Klägerin im Krankheitsverlauf einen schweren Schaden durch die Amputation des kleinen Fingers und die Schwächung der gesamten Hand erlitten hat, ist unstrittig. Das Berufungsgericht vermisst nun den eindeutigen Nachweis der Kausalität der ersten für die zweite Tatsache. Hier liegt möglicherweise eine Verkennung der Beweislage vor.¹³⁸ Der BGH verwies auf seine zu dieser Zeit neue Rechtsprechung. Danach waren die Grundsätze des Anscheinsbeweises anzuwenden, wenn ein Arzt einen Behandlungsfehler verschuldet hatte, der typischerweise auf medizinisches Fehlverhalten zurück zu führen war.¹³⁹

2. Die Begründung des Diagnosefehlers als eigene Fallgruppe

Diese Rechtsprechung änderte der BGH erst durch das Urteil vom 14.7.1981:¹⁴⁰ „Vorzuwerfen ist der Beklagten im Streitfall letztlich ein Fehler bei der Diagnosestellung. (...). Irrtümer bei der Diagnosestellung kommen nun in der Praxis häufig vor; sie sind oft nicht einmal die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes. Die Symptome der Erkrankungen sind nicht immer eindeutig, sondern können auf die verschiedensten Ursachen hinweisen, selbst wenn Gelegenheit besteht, die vielfachen technischen Hilfsmittel zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen. Erst recht sind vorläufige Diagnosen, wie sie etwa alsbald zum Zwecke der Entscheidung darüber gestellt werden müssen, ob der Patient eine Spezialbehandlung braucht, mit hohen Unsicherheitsfaktoren belastet. (...) Hat er insoweit etwas versäumt, muss er für die Folgen seines dann möglicherweise vorwerfbaren Irrtums ebenso einstehen wie bei anderen Behandlungsfehlern. Indessen muss wegen der aufgezeigten Unsicherheiten die Schwelle, von der ab ein Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, der dann zu einer Belastung mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, hoch angesetzt werden. Es muss schon ein fundamentaler Diagnoseirr-

138 BGH, VersR 1958, 545 (546).

139 BGH, NJW 1956, 1835 = VersR 1956, 499.

140 BGH, VersR 1981, 1033.

tum vorliegen.“¹⁴¹ Weiter führt der BGH aus, dass es sich dabei um ein „krasses Versagen“ handeln müsse.¹⁴²

3. Weitere Entwicklung

In der Folgezeit hat der BGH diese Rechtsprechung fortgesetzt.¹⁴³ Allerdings hat er dabei den Begriff des „fundamentalen“ bzw. „krassen“ Diagnosefehlers nicht näher definiert,¹⁴⁴ sondern lediglich immer wieder betont, dass die Schwelle, ab der ein Diagnoseirrtum als grob anzusehen sei, hoch angesetzt werden müsse.¹⁴⁵ Die Einstufung der Pflichtverletzung unter die Merkmale „einfacher“ oder „grober“ Fehler erfolgt daher durch die Ausbildung einer Kasuistik.¹⁴⁶ Dafür stellt die Rechtsprechung wie auch die Literatur den Schweregrad des Fehlverhaltens in Bezug zu bereits entschiedenen Fällen und bildet anhand der Vergleiche Fallgruppen aus.¹⁴⁷ Weitere Ausführungen darüber, nach welchen Kriterien zwischen der Fehlerqualität zu differenzieren sei, bleibt der BGH bis heute schuldig, sondern bedient sich weiterhin seiner bisherigen Arbeitsweise.¹⁴⁸

4. Kodifizierung des Arztvertrags

Die Rechtsprechung zur Fallgruppe des Diagnosefehlers wurde schließlich in § 630h V 1 BGB verankert.¹⁴⁹ Dieser besagt: „Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungs-

141 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

142 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

143 BGH, NJW 1988, 1513; BGH, NJW 1995, 778 = VersR 1995, 46; BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

144 Bischoff, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 351.

145 BGH, NJW 1988, 1513; BGH, NJW 1995, 778; BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

146 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 101.

147 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 354 f.

148 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 102.

149 Spickhoff, NJW 2013, 1714 (1717).

fehler für diese Verletzung ursächlich war.“ Damit hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH in Gesetzesform überführt.¹⁵⁰ Die Einordnung der Qualität des Diagnoseirrtums erfolgt wie gewohnt nach den vom BGH aufgestellten Kriterien. Gelingt der Nachweis eines groben Fehlers, wird die Kausalität zu Gunsten des Patienten nun nach § 630h V 1 BGB in Form der Beweislastumkehr vermutet. Dabei handelt es sich um eine Tatsachenvermutung im Sinne des § 292 ZPO, so dass dem Arzt der Beweis des Gegenteils offen steht.¹⁵¹ § 630h V 2 BGB und die daraus folgende Beweislastsonderregel ist auf den Diagnosefehler nicht anzuwenden, so dass es dabei geblieben ist, dass lediglich der fundamentale Diagnosefehler Beweiserleichterungen zur Folge hat.¹⁵²

150 Katzenmeier, NJW 2013, 817 (821).

151 Katzenmeier, NJW 2013, 817 (821).

152 Spickhoff, NJW 2013, 1714 (1717).

V. Die Abgrenzung der falschen Diagnose von der unterlassenen Befunderhebung

Keinerlei Erleichterung brachte die Kodifizierung des einfachen Befunderhebungsfehlers in § 630h V 2 BGB gegenüber den erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten zum haftungsrechtlich privilegierten Diagnoseirrtum.¹⁵³

Die Abgrenzung ist für den Ausgang des Prozesses jedoch von entscheidender Bedeutung.¹⁵⁴ Regelmäßig kommt es wegen der schwierigen Abgrenzung des Diagnosefehlers vom Befunderhebungsfehler zu Spannungen. Während der einfache Diagnosefehler keinerlei beweisrechtliche Sanktionen nach sich zieht und ein grober Diagnosefehler nur mit äußerster Zurückhaltung angenommen wird,¹⁵⁵ genügen für eine Beweislastumkehr beim einfachen Befunderhebungsfehler bereits die in § 630 h V 2 BGB normierten Voraussetzungen.¹⁵⁶

Für einen erfahrenen Richter – so wird es von Kundigen berichtet – ist es eine Leichtigkeit, den Sachverständigen dazu zu bringen, die unterlassene Befunderhebung als „fehlerhaft“ zu bewerten, ebenso bereitet es in der Praxis kaum Schwierigkeiten, die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines reaktionspflichtigen Befundes anzunehmen, da hierfür bereits ausreichend ist, ob der Sachverständige es für „überwiegend wahrscheinlich“ erachtet, dass der Befund, der bei einer späteren Untersuchung tatsächlich festgestellt wurde, sich bereits bei einer früheren Untersuchung ergeben hätte.¹⁵⁷ Ebenso leicht ist es, die Bewertung einer (fiktiven) Verkennung dieses Befundes bzw. eine Nichtreaktion hierauf als groben Fehler darzustellen, da es beinahe ausgeschlossen sein dürfte, ein derartiges Fehlverhalten argumentativ als „nicht schlechterdings unverständlich“ zu rechtfertigen. Der Nachweis der Geeignetheit des Fehlers für den Schaden stellt ebenso kein Problem dar.¹⁵⁸

So verwundert es wenig, dass sich die Jurisprudenz in zunehmendem Maße mit dieser Problematik auseinanderzusetzen hat,¹⁵⁹ seitdem den

153 Schärtl, NJW 2014, 3601 (3604).

154 Martis/Winkhart-Martis, MDR 2013, 634.

155 Feifel, GesR 2006, 308.

156 Nußstein, VersR 2015, 1094 (1094f.).

157 Hausch, MedR 2012, 231.

158 Hausch, MedR 2012, 231, (231f.).

159 Vgl. die Nachweise bei Martis/Winkhart, Arzthaftsrecht, Rn. U 14 ff.

Beteiligten bewusst geworden ist, dass durch den einfachen Befunderhebungsfehler die haftungsrechtliche Privilegierung einer falschen Diagnose unterlaufen werden kann.¹⁶⁰ Zwar gilt, dass die nicht vorwerfbare unrichtige Diagnose keinen Behandlungsfehler darstellt, so dass jegliche Haftung, auch in Hinblick aufgrund der falschen Diagnose nicht erhobenen Befunden, entfällt.¹⁶¹ Es wird also eine „Sperrwirkung des Diagnoseirrtums“ angenommen,¹⁶² wonach ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler wird, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären.¹⁶³ Durch diese Einschränkungen versuchte der BGH, „einige Wucherungen“ des beweisrechtlich für den Patienten bequemen Befunderhebungsfehlers abzuschneiden.¹⁶⁴

Dass allerdings die Unterscheidung von Diagnosefehler und Befunderhebungsfehler trotz dieser Einschränkungen in der nuancenreichen Judikatur dennoch von äußerster Schwierigkeit sein kann, liegt auf der Hand.¹⁶⁵ Die Sperrwirkung des Diagnosefehlers allein wird jedenfalls nicht als befriedigende Lösung im Abgrenzungstreit gesehen, weshalb vom BGH eine endgültige und abschließende Stellungnahme erwartet wird.¹⁶⁶

Die Häufigkeit, mit der sich die Gerichte die letzten Jahre mit dieser Abgrenzungsschwierigkeit befassen mussten, lässt jedenfalls nicht darauf schließen, dass es dem BGH bereits gelückt ist, dieses prozessentscheidende Problem in den Griff zu bekommen. Vielmehr ist zu erwarten, dass sich – wenn denn überhaupt – die weitere Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers in diesem Spannungsfeld bewegen wird.

160 Hausch, MedR 2012, 231.

161 Karmasin, VersR 2009, 1200 (1202).

162 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1459, Rn. U 16.

163 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1673).

164 Schmidt-Recla, MedR 2011, 645 (648).

165 Voigt, MedR 2011, 645 (650).

166 Hausch, MedR 2012, 231.

2. Kapitel: Aktueller Stand der Rechtsprechung zum Befunderhebungs- und Diagnosefehler

Im folgenden Abschnitt sollen die derzeit vorherrschende Dogmatik zur Befunderhebung im Allgemeinen und der fehlerhaften Befunderhebung im Speziellen dargelegt werden. Dafür werden die Herleitung und der Umfang der Befunderhebungspflicht, ebenso wie die Möglichkeiten ärztlichen Fehlverhaltens und dessen Auswirkungen unter einem rechtstheoretischen Aspekt erörtert. Anschließend daran folgen rechtstheoretische Ausführungen zum Diagnosefehler und eine dogmatische Abgrenzung der beiden Fallgruppen voneinander.

I. Der Befunderhebungsfehler

Wie bereits ausgeführt, ist der Befunderhebungsfehler eine vergleichsweise neue Rechtsfigur, deren Entwicklung wohl noch nicht abgeschlossen ist. Im Folgenden sollen deren rechtsdogmatische Herleitung und deren tatbestandliche Voraussetzungen gezeigt werden.

1. Herleitung der Befunderhebungspflicht

Gemäß § 630a I BGB schuldet der Arzt nach Abschluss eines Behandlungsvertrags dem Patienten eine medizinische Behandlung, die nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat (§ 630a II BGB). Die Behandlung besteht in der Regel aus einer sorgfältigen Anamnese, der Untersuchung, der Erhebung von Befunden, der Diagnose sowie der Indikationsstellung und der daran anschließenden Therapie selbst.¹⁶⁷ Sie entspricht dem fachlichen Standard, wenn der behandelnde Arzt die oben genannten Maßnahmen mit einer Qualität ausführt, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht vorausgesetzt und erwartet werden kann.¹⁶⁸

Vorliegend ist von Interesse, woher die Pflicht zur Erhebung von Befunden stammt und wie sie begründet wird. Um seiner Aufgabe, den Patienten dem ärztlichen Standard entsprechend zu behandeln, gerecht werden zu können, muss der Arzt zunächst in Erfahrung bringen, welche Art gesundheitlicher Beschwerden vorliegt und welche Ursache dafür in Betracht kommt.¹⁶⁹ Auf Grundlage dieser Informationen ist der Arzt verpflichtet, gebotene Befunde zu erheben und zu sichern.¹⁷⁰ Aus der Zusammenschau der oft langwierigen Untersuchungen und der veranlassten Befunderhebungen wird schließlich die Diagnose gestellt.¹⁷¹ Die Befunderhebung ist also die Diagnosegrundlage.¹⁷² Ziel der Befunderhebung ist

167 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 635.

168 BGH, VersR 2014, 879 (881); Boemke, NJW 2010, 1562 (1563).

169 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 42.

170 BGHZ 99, 391 (396) = NJW 1987, 1482 (1483).

171 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 659.

172 Nixdorf, VersR 160 (161).

es folglich, Aufschluss über die Natur eines sich entwickelnden Krankheitsprozesses zu gewinnen und dann die erforderlichen Konsequenzen für eine weitere Behandlung zu ziehen,¹⁷³ wodurch sie Grundvoraussetzung für eine verantwortliche Therapiewahl ist.¹⁷⁴

Ohne Befunderhebung sind also eine fachmännische Diagnose und damit auch eine sachgerechte Therapie nicht möglich.¹⁷⁵ Folge dieser herausragenden Stellung der Befunderhebung ist, dass diese inzwischen zweifellos zu den Hauptleistungspflichten des Behandlungsvertrags zu zählen ist.¹⁷⁶ Da nicht jeder behandlungsbedürftige Mensch (man denke an bewusstlose Unfallopfer) in der Lage ist, einen Behandlungsvertrag mit einem ärztlichen Nothelfer zu schließen,¹⁷⁷ kann die Verpflichtung zur Befunderhebung auch aus der Garantenstellung durch faktische Behandlungsübernahme hergeleitet werden.¹⁷⁸

Die Pflicht zur Befunderhebung folgt somit sowohl aus einem Vertragsverhältnis zwischen Behandelndem und Patienten als auch aus einer rein faktischen Übernahme der Behandlung.

2. Die ideale Befunderhebung

§ 630h V 2 BGB wertet es als Befunderhebungsfehler, wenn es der Arzt unterlässt, medizinisch gebotene Befunde rechtzeitig zu erheben. Fraglich ist nun, wie der Idealfall einer medizinisch gebotenen Befunderhebung auszusehen hat.

Um seinen Behandlungspflichten gerecht zu werden, wird der behandelnde Arzt auf Grundlage des Krankheitsverdachts eine Basisuntersuchung vornehmen, auf deren Grundlage er gegebenenfalls wiederum weiterführende Untersuchungen veranlassen wird. Dabei soll der Arzt den Patienten grundsätzlich persönlich, vollständig und bestmöglich untersuchen, wobei er, um weitere indizierte Verfahren zu ermöglichen, die Grenzen seiner Erfahrung und Fähigkeiten zu berücksichtigen hat.¹⁷⁹

¹⁷³ BGHZ 99, 391 (396) = NJW 1987, 1482 (1483).

¹⁷⁴ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 310.

¹⁷⁵ Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 43.

¹⁷⁶ Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 630 a, Rn. 16.

¹⁷⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 805.

¹⁷⁸ BGHZ 106, 153 (156) = NJW 1989, 1538 (1539).

¹⁷⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 310.

Das Ausschöpfen aller zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen¹⁸⁰ wird dabei ebenso wie die Verwendung modernsten zur Verfügung stehenden Untersuchungstechniken vorausgesetzt.¹⁸¹ Da zuverlässige Ferndiagnosen nur selten möglich sind, trifft den Arzt außerdem die Pflicht, den Patienten persönlich zu untersuchen, wichtige Befunde selbst zu erheben und eine unmittelbare Behandlung durchzuführen. Lediglich in engen Grenzen kann davon abgesehen werden, so z. B., wenn der Arzt den Patienten und die Natur seiner Erkrankung kennt oder eine persönliche Untersuchung offensichtlich überflüssig ist.¹⁸²

Die Untersuchungen haben in einem zeitlichen Rahmen zu erfolgen, der dem Krankheitsbild Rechnung trägt; d. h., die gebotenen Befunderhebungen sind so schnell wie möglich durchzuführen, so dass mit Hilfe der Erkenntnisse zum Wohle des Patienten möglichst frühzeitig mit einer wirksamen Behandlung begonnen werden kann.¹⁸³ Zeitmangel oder die notwendige Erholung des Arztes am Wochenende rechtfertigen das Hinausschieben einer dringend indizierten Behandlung nicht.¹⁸⁴ Der Grundsatz der rechtzeitigen Befunderhebung wurde daher in § 630h V 2 BGB aufgenommen.

Eine weitere Pflicht zur Befunderhebung kann sich aber auch wegen der Notwenigkeit der Kontrolle des Heilungsverlaufs oder der Überprüfung und Korrektur der Diagnose ergeben.¹⁸⁵ Erst wenn eine weitere Befunderhebung mangels anschließender Therapiemöglichkeit nicht mehr zielführend ist, endet die Verpflichtung des Arztes.¹⁸⁶

In der Wahl der ausreichenden und angemessenen Untersuchungsme thode ist der Arzt aufgrund der Therapiefreiheit, dem Kernstück ärztlicher Profession, frei,¹⁸⁷ allerdings hat er bei mehreren diagnostischen Untersuchungsmethoden diejenige auszuwählen, die den Patienten bei optimaler Effizienz am wenigsten gefährdet. Die Therapiefreiheit ist in solchen Fällen im Sinne einer Ermessensreduktion eingeschränkt.¹⁸⁸ Erst

180 Heilmann, NJW 1990, 1513, (1515).

181 BGH, NJW 1989, 2321, (2322).

182 BGHSt 7, 211 (241) = NJW 1955, 718 (719).

183 OLG Hamm, VersR 1999, 845 (847).

184 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 666.

185 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 657.

186 OLG Köln, MedR 1985, 290, (290f.).

187 Laufs, NJW 1997, 1609.

188 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 61.

wenn sich heraus gestellt hat, dass die gewählte, extensivere Vorgehensweise keinen Erfolg hat, dürfen gefährlichere Eingriffe durchgeführt werden.¹⁸⁹

Trotz dieser hohen Sorgfaltsanforderungen an den Arzt hat er ebenso darauf zu achten, keine Überdiagnostik zu veranlassen, da auch diese, vor allem wenn sie mit Risiken für den Patienten verbunden ist, einen eigenen Behandlungsfehler darstellen kann.¹⁹⁰

3. Die Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers in der rechtlichen Theorie

Anknüpfungspunkt für die Annahme eines Befunderhebungsfehlers ist der gewöhnliche Behandlungsfehler. Der Begriff bezeichnet das nach dem Stand der Medizin unsachgemäße Verhalten des Arztes. Dieser kann sich sowohl durch ein Tun als auch durch ein Unterlassen, durch die Vornahme eines nicht indizierten wie auch durch die Nichtvornahme eines gebotenen Eingriffs, durch Fehlmaßnahmen und unrichtige Dispositionen bei der Anamnese, der Diagnose, der Prophylaxe, der Therapie und der Nachsorge unsachgemäß verhalten.¹⁹¹ Für die Bewertung des Verhaltens als unsachgemäß ist grundsätzlich ausschlaggebend, ob der Arzt auf Grundlage der von ihm geforderten medizinischen Erkenntnisse und Erfahrungen vertretbare Entscheidungen über diagnostische und therapeutische Maßnahmen getroffen und sorgfältig durchgeführt hat.¹⁹² Bei der unterlassenen Befunderhebung ist dies nicht mehr der Fall, „wenn eine Befunderhebung durch eine ärztliche Untersuchungsmaßnahme angesichts der Symptome des Patienten zur Aufklärung und Sicherung des Status ärztlich zweifelsfrei geboten gewesen und schuldhaft unterlassen worden ist.“¹⁹³ Diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wurden inzwischen in § 630h V BGB verankert.¹⁹⁴ Gemäß § 630h V 2 BGB ist die fehlerhafte Befunderhebung als Sonderfall des Behandlungsfehlers anzusehen. Ein Behandlungsfehler in Form des

189 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 658.

190 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 659.

191 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 276.

192 BGH, NJW 1987, 2291 (2292).

193 BGHZ 99, 391 (398f.) = NJW 1987, 1482 (1483).

194 Bergmann, VersR 2014, 795 (796).

Befunderhebungsfehlers liegt demnach dann vor, wenn es der behandelnde Arzt unterlassen hat, gebotene Befunde rechtzeitig zu erheben oder zu sichern.

Je nach Schweregrad kann dieses Versäumnis als „einfacher“ oder „grober“ Behandlungsfehler zu werten sein. Wie folgend dargelegt werden wird, hängen von dieser Beurteilung die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Annahme einer Beweislastumkehr und regelmäßig der Ausgang des Arzthaftungsprozesses ab, da der auf Schadensersatz klagende Patient nur durch den Nachweis eines schuldhaften Behandlungsfehlers noch nicht am Ziel ist.¹⁹⁵

a) Der als „grob“ bewertete Befunderhebungsfehler

Grundsätzlich schuldet der Arzt gemäß § 630a II BGB eine Behandlung, die nach den zu diesem Zeitpunkt bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat. Dieser Rahmen wurde vom Gesetzgeber bewusst so offen und interpretationsfähig gefasst, da eine für jeden Lebenssachverhalt allgemeingültige Definition des „groben“ Behandlungsfehlers bislang nicht gelungen und aufgrund der Vielfältigkeit möglicher Anknüpfungspunkte einer ärztlichen Haftung wohl auch kaum zu erreichen ist.¹⁹⁶

(1) Definition des groben Befunderhebungsfehlers durch die gerichtliche Praxis

Ein grober Behandlungsfehler liegt im Allgemeinen vor, wenn der Arzt „eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt des entsprechenden Fachs schlechterdings nicht unterlaufen darf.“¹⁹⁷

Nach den unterschiedlichen Definitionsversuchen der Gerichte ist ein als „grob“ zu bewertender Befunderhebungsfehler anzunehmen, wenn der Arzt „medizinisch zweifelsfrei“, „elementar gebotene“, „zwingend im Sachverständigengutachten als unablässig“ oder „unbedingt erforder-

195 Lepa, r+s 2001, 441 (444).

196 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 441 f.

197 Vgl. Hinweise in Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 919, Rn. G 161.

lich“ bezeichnete Diagnose- und/oder Kontrollbefunde nicht erhoben hat.¹⁹⁸ Dabei setzt die Beurteilung des Fehlverhaltens stets eine Gesamtbetrachtung des Behandlungsgeschehens unter Berücksichtigung der konkreten Umstände voraus.¹⁹⁹

Bei der juristischen Wertung des Behandlungsfehlers als „grob“ muss sich der Tatrichter, dem diese obliegt, auf tatsächliche Anhaltspunkte berufen, für welche die Würdigung des medizinischen Sachverständigen mangels eigener ausreichender medizinischer Erkenntnisse des Tatrichters nicht außer Acht gelassen werden kann.²⁰⁰ Das Ergebnis dieser Wertung muss in vollem Umfang durch die vom Sachverständigen vorgetragenen Fakten getragen werden und sich auf dessen medizinische Einschätzung stützen können, wobei es dem Tatrichter nicht gestattet ist, ohne entsprechende Darlegung oder gar entgegen der medizinischen Einschätzung des Sachverständigen das Behandlungsgeschehen aus eigener Wertung zu beurteilen.²⁰¹ Stellt sich bereits das Unterlassen der Befunderhebung als grob fehlerhaftes Verhalten dar, so kommen die Grundsätze zur Beweislastumkehr in der Kausalitätsfrage nach den Grundsätzen des groben Behandlungsfehlers zum Tragen.²⁰²

Diese vom BGH entwickelte Rechtsprechung ist inzwischen in § 630h V1 BGB normiert. Demnach wird bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers die Ursächlichkeit zwischen diesem und der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit vermutet, wenn der Behandlungsfehler grundsätzlich dazu geeignet ist, die tatsächlich eingetretene Verletzung herbeizuführen. Um für den eingetretenen Schaden „geeignet“ zu sein, genügt es, dass die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für diesen möglich, nicht aber naheliegend oder gar typisch sein muss.²⁰³ Nach Ansicht des BGH besteht selbst dann eine mögliche Ursächlichkeit, wenn ein Wahrscheinlichkeitsgrad von 90 % dafür spricht, dass sich der Heilungsverlauf auch ohne Behandlungsfehler unverändert entwickelt hätte.²⁰⁴ Anders ausgedrückt: Selbst wenn der Fehler nur mit einer feststellbaren Wahrscheinlichkeit von nicht mehr als 10 % für den

198 Vgl. Hinweise in Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1454, Rn. U 2.

199 BGH, NJW 1988, 1511.

200 BGH, NJW 1997, 798.

201 BGH, NJW 2011, 2508 (2509).

202 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1456, Rn. U 5.

203 BGH, NJW 1986, 1540 (1541).

204 BGHZ 159, 48 (54 f.) = NJW 2004, 2011 (2012 f.).

Verletzungserfolg kausal geworden ist, ist er grundsätzlich als „geeignet“ anzusehen.²⁰⁵

Die theoretische Möglichkeit genügt hingegen nicht.²⁰⁶ So kann eine Beweislastumkehr entfallen, wenn der Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden gänzlich unwahrscheinlich ist.²⁰⁷ Schließlich kann das Gewicht der Schadensneigung des Fehlverhaltens für die Frage der Beweislastumkehr nicht außer Betracht gelassen werden. Je unwahrscheinlicher ein Ursachenzusammenhang, desto geringer wirkt sich die Pflichtverletzung im Ergebnis auf die vom Arzt verursachten Aufklärungserschwernisse aus. So kann es zu einer Neutralisation zwischen dem Aufklärungserschwerung und dem äußerst unwahrscheinlichen Ursachenzusammenhang bei der Frage der Beweiserleichterung kommen. Die Umstände, die einen ursächlichen Zusammenhang mit dem Schaden in hohem Maße unwahrscheinlich machen, sind vom Arzt darzulegen.²⁰⁸ Diese Einschränkung wird aus guten Gründen vorgenommen, da die Beweiserleichterungen nur insoweit in Frage kommen sollen, „als sich gerade das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt.“²⁰⁹

Die Beweislastumkehr kann aber auch noch aus weiteren Gründen entfallen:

Da die Beweislastumkehr als Ausgleich für die vom Arzt zu vertretende Unaufklärbarkeit des Verlaufs des Behandlungsgeschehens und der Ursache der Schädigung gewährt wird, kann von dieser abgesehen werden, wenn der Patient durch sein Verhalten eine selbstständige Komponente für den Heilungserfolg bereitelt hat und dadurch in gleichem Maße zu der Unaufklärbarkeit beigetragen hat.²¹⁰ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Patient trotz des eindringlichen Rates des Arztes eine Behandlung verweigert²¹¹, zu angeordneten Kontrolluntersuchungen nicht

205 Spickhoff, NJW 2004, 2345.

206 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

207 BGHZ 129, 6 (12) = NJW 1995, 1611 (1612).

208 BGH, NJW 1988, 2949 (2950 f.).

209 BGH, NJW 1981, 2513 = VersR 1981, 954.

210 BGH, NJW 2005, 427 (428).

211 OLG Düsseldorf, VersR 2006, 841 (841 f.).

erscheint²¹² oder das Krankenhaus entgegen dem ärztlichen Rat verlässt.²¹³ ²¹⁴

(2) Folgen des als „grob“ bewerteten Befunderhebungsfehlers

Nach den allgemein gültigen Regeln über die Beweislast hat der Anspruchsteller, also der Patient, die anspruchsgrundenden Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall auch zu beweisen. Zu den haftungsbegründenden Tatsachen gehören in aller Regel die Pflichtverletzung in Form des Behandlungsfehlers und der erlittene Schaden.²¹⁵

Der Rechtsprechungsentwicklung und § 630h V 1 BGB folgend wird jedoch im Falle des groben Behandlungsfehlers eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten angewendet. Kann der Patient, der die Beweislast für den Behandlungsfehler trägt,²¹⁶ einen groben, die Verursachung der Verletzung geeigneten Behandlungsfehler nachweisen, greift grundsätzlich eine Beweislastumkehr für den Kausalzusammenhang ein.²¹⁷ Auch der grobe Befunderhebungsfehler folgt diesen Beweisregeln.²¹⁸ Zu Beginn seiner Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler sprach der BGH noch von „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“.²¹⁹ Dadurch sollte ein Instrument geschaffen werden, dass in beweisrechtlicher Hinsicht ein faires Verfahren ermöglicht.²²⁰ Durch die Möglichkeit, „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“ zuzusprechen, sollte dem Gericht nämlich die Möglichkeit gegeben werden, in jedem Einzelfall die typische beweisrechtliche Stellung der Parteien und die beweisrechtliche Grundproblematik in seine Entscheidung einfließen zu lassen und durch eine faire Handhabung des Beweisrechts jeden Einzelfall interessengerecht entscheiden zu können.²²¹ Eine vollumfängliche Beweislastumkehr war folglich keinesfalls zwingend. Den-

212 OLG Koblenz, (47f.).

213 BGH, NJW 1981, 2513 (2514) = VersR 1981, 954 (956).

214 Weitere Beispiele bei Martis/Winkart, Arzthaftungsrecht, S. 949 ff., Rn. G275 ff.

215 Deutsch, VersR 1988, 1.

216 Lepa, r+s 2001, 441 (443).

217 BGH, NJW 2012, 2653.

218 Frahm/Nixdorf/Walter: Arzthaftungsrecht, S. 119, Rn. 140.

219 BGHZ 72, 132 (139) = NJW 1978, 2337 (2339).

220 BVerfGE 52, 131 (146) = NJW 1979, 1925.

221 BVerfGE 52, 131 (147) = NJW 1979, 1925 (1925 f.).

noch machten die Gerichte in keiner Entscheidung von der Möglichkeit der flexiblen Handhabung Gebrauch.²²² Vielmehr wurde die Beweislastverteilung schon sehr bald nach einem „Alles-oder Nichts“-Prinzip vorgenommen.²²³

Schließlich stellte der BGH klar, dass dem Begriff „Beweiserleichterungen“ gegenüber der Beweislastumkehr keine eigenständige Bedeutung zukomme. Der BGH stellte ausdrücklich klar, dass ein grober Behandlungsfehler immer zu einer Beweislastumkehr führe und rechtfertigte dies damit, dass eine Ermessensentscheidung des Richters bei der Anwendung der Beweislastregeln dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderlaufen würde.²²⁴ Er folgte damit der in der Literatur herrschenden Kritik.²²⁵

Auf der anderen Seite befeuerte dieses Urteil die Forderung, die Anwendung der Beweislastumkehr – die „besonders scharfe Waffe des Rechts“ – einzugrenzen und Legitimationsüberlegungen anzustellen, um eine Haftungsausüferung zu vermeiden.²²⁶ Klarstellend betonte der BGH außerdem, dass die Pflicht der Zusprechung der vollen Beweislastumkehr auch für den einfachen Befunderhebungsfehler bestehe.²²⁷ Somit hat der BGH ausgesprochen, was ohnehin bereits Jahrzehnte Praxis der Rechtsanwendung gewesen ist.²²⁸

Konkret bedeutet eine Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess nun folgendes:

Wird ein grober Behandlungsfehler bejaht, findet grundsätzlich innerhalb der haftungsbegründenden Kausalität eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten statt, also soweit durch den Fehler verursachte haftungsbegründende Gesundheitsschädigungen (Primärschäden) in Frage stehen.²²⁹

222 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 35.

223 Deutsch, VersR 1988, 1 (3 f.); Spickhoff, NJW 2004, 2345 (2346); im Grundsatz ebenso Steiner, VersR 2009, 473 (473 f.).

224 BGHZ 159, 48 (55) = NJW 2004, 2011 (2013).

225 Laumen, NJW 2002, 3739 (3744); Katzenmeier, in: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, S. 909 (928 f.).

226 Katzenmeier, in: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, S. 909 (928 f.).

227 BGHZ 159, 48 (56 f.) = NJW 2004, 2011 (2013).

228 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 39.

229 BGH, NJW 1970, 1230 (1231).

Da der BGH den Standpunkt vertritt, dass Beweiserleichterungen lediglich ein Ausgleich für die vom Arzt verursachten Beweisprobleme seien und dass sich über die haftungsbegründende Kausalität hinaus keine vom Schädiger zu vertretenen Beweisschwierigkeiten ergäben, wird die Beweislastumkehr nicht auch auf die haftungsausfüllende Kausalität, also den Ursachenzusammenhang zwischen der Primärschädigung und weiteren Folgeschäden (Sekundärschäden) erweitert.²³⁰ Dies würde sonst den Ausgleich, der wegen des schweren Fehlers nicht sicher feststellbaren Kausalität gewährt wird, überdehnen.²³¹ Eine Ausnahme hiervon kommt lediglich in Betracht, wenn der Sekundärschaden gerade die typische Folge des Primärschadens ist²³² oder wenn sich der Behandlungsfehler nicht schon bei der Primärverletzung, sondern erst später auswirkt wie z. B. bei einer grob fehlerhaft gesetzten Injektion, durch die Viren in den Körper gelangen.²³³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Patient das Vorliegen eines Schadens und eines Behandlungsfehlers nachweisen muss.²³⁴ Wird der Behandlungsfehler durch tatrichterliche Wertung als „grob“ gewertet, kommt dem Patienten eine „volle“ Beweislastumkehr zu Gute. Zu Gunsten des Patienten wird demnach die haftungsbegründende Kausalität – der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Primärschaden – widerlegbar vermutet.²³⁵

b) Der als „einfach“ bewertete Befunderhebungsfehler

Die besondere eigenständige Bedeutung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers liegt darin, dass bereits ein Befunderhebungsfehler unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler eine Beweislastumkehr auslösen kann.²³⁶

²³⁰ BGH, NJW 1978, 1683 (1683 f.).

²³¹ Deutsch, VersR 1988, 1 (3).

²³² BGH, NJW 1970, 1230 (1231).

²³³ BGH, NJW 1978, 1683 (1684).

²³⁴ Deutsch, VersR 1988, 1.

²³⁵ Groß, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 429 (433).

²³⁶ Nixdorf, VersR 1996, 160 (161).

Bis zu seinem Urteil vom 3.2.1987²³⁷ knüpfte der BGH etwaige Beweiserleichterungen immer an einen groben Behandlungsfehler. Plötzlich aber entwickelte er Beweislastregeln, wonach eine Beweislastumkehr bereits eingreifen kann, wenn das Versäumnis der Erhebung gebotener Befunde noch unter der Schwelle eines groben Behandlungsfehlers zu verorten ist. Der Befunderhebungsfehler ist dabei die einzige Fehlergruppe im Arzthaftungsrecht, die eine solche Privilegierung genießt. Die Besonderheit und Einzigartigkeit der Beweislastumkehr bei einem einfachen Behandlungsfehler wird vom Gesetzgeber derart gewürdigt, dass die Beweislastregel gar in den Gesetzestext des Arztvertrags aufgenommen wurde.

Demnach erfolgt ebenfalls eine Beweislastumkehr, wenn es der behandelnde Arzt unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen des einfachen Befunderhebungsfehlers dargelegt und dessen Auswirkungen auf den Arzthaftungsprozess erläutert werden.

(1) Annahme eines „einfachen“ Befunderhebungsfehlers in der gerichtlichen Praxis

Wie bereits erwähnt, liegt ein Befunderhebungsfehler vor, „wenn eine Befunderhebung durch eine ärztliche Untersuchungsmaßnahme angesichts der Symptome des Patienten zur Aufklärung und Sicherung des Status ärztlich zweifelsfrei geboten gewesen und schulhaft unterlassen worden ist.“²³⁸ Im Umkehrschluss aus der Rechtsprechung zum groben Befunderhebungsfehler ergibt sich, dass der Befunderhebungsfehler als einfach zu werten ist, wenn es der Arzt unterlassen hat, gebotene Befunde zu erheben, deren Erhebung nicht „elementar geboten“, „zwingend und unablässig“ oder „unbedingt erforderlich“ gewesen ist. Der BGH bedient sich lediglich einer negativen Abgrenzung zum „groben“ Fehler, sieht jedoch von einer eigenen Definition ab.

237 BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482.

238 BGHZ 99, 391 (398 f.) = NJW 1987, 1482 (1483).

Nach Ansicht des BGH führt eine fehlerhafte Unterlassung der medizinisch gebotenen Befunderhebung zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden, wenn sich bei der gebotenen Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verkennung dieses Befunds als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde.²³⁹

Diese von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen ergeben sich inzwischen aus § 630h V 2 BGB. Danach müssen für das Eingreifen der Beweislastumkehr kumulativ folgende Schritte geprüft werden:

- Unterlassung der rechtzeitigen Erhebung oder Sicherung medizinisch zweifelsfrei gebotener Diagnose- oder Kontrollbefunde
- bei entsprechender Erhebung wäre ein positives Befundergebnis hinreichend wahrscheinlich gewesen
- es hätte sich ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf den Befund als grob fehlerhaft darstellen müsste
- der Kausalzusammenhang darf nicht äußerst unwahrscheinlich sein, was zur Beweislast der Behandlungsseite steht.²⁴⁰

Zunächst ist folglich zu überprüfen, ob es der Arzt unterlassen hat, medizinisch gebotene Befunde zu erheben.²⁴¹

Ist dies der Fall, führt der BGH eine zweistufige Kausalitätsprüfung durch, auf deren erster Stufe der Patient durch einen Sachverständigen beweisen muss, dass sich bei einer fiktiven Befunderhebung mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ ein positives Befundergebnis ergeben hätte.²⁴² Die Einschränkung durch die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ wird vorgenommen, um den Patienten nicht besser zu stellen, wie wenn der Befund tatsächlich erhoben worden wäre.²⁴³

239 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

240 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1483 (1483 f.), Rn. U 53.

241 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1483, Rn. U 54.

242 BGHZ 132, 47 (51 ff.) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633 (633 f.); BGHZ 159, 48 (56) = NJW 2004, 2011 (2013).

243 BGHZ 132, 47 (50) = NJW 1996, 1589, (1590) = VersR 1996, 633.

Da der Patient aufgrund des ärztlichen Unterlassens kaum beweisen kann, inwieweit ein positiver Befund zu Vorschein gekommen wäre,²⁴⁴ wird das Merkmal der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ von den Instanzengerichten in der Regel bei einer über 50 %-igen Wahrscheinlichkeit für ein positives Befundergebnis angenommen.²⁴⁵ Dabei ist die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines reaktionspflichtigen Befundergebnisses unabhängig von der Kausalitätsfrage zu beurteilen und darf insbesondere nicht mit der Begründung verneint werden, der Gesundheitsschaden könne auch infolge eines völlig anderen Kausalverlaufs eingetreten sein.²⁴⁶ Dahinter steckt die Überlegung, dass die aus Gründen der Waffengleichheit gegebene Beweislastumkehr andernfalls kaum zum Tragen komme.²⁴⁷ Schließlich ist es das grundlegende Problem nicht erhobener Befunde, dass wegen des Fehlens unterschiedliche Schadensursachen in Betracht gezogen werden können.²⁴⁸ Auf Grundlage dieser Prüfung wird nun zu Gunsten des Patienten vermutet, dass die Befunderhebung ein Ergebnis zu Vorschein gebracht hätte, auf das der Arzt hätte reagieren müssen.²⁴⁹

Mit dieser Fiktion hat der Patient jedoch noch nicht den Nachweis erbracht, dass sich der Schaden bei angemessener Reaktion auf dieses Ergebnis hätte verhindern lassen, da sich hierauf die Beweislastumkehr nicht erstreckt.²⁵⁰

Daher wird nun auf der zweiten Stufe die hypothetische Situation, nämlich die, dass der Befund erhoben worden wäre, begutachtet.²⁵¹ Stellt sich die Verkennung dieses hypothetischen Befundes oder die Nichtreaktion auf diesen nun als grob fehlerhaft dar, kehrt sich die Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden nach den allgemeinen Beweislastregeln zum groben Behandlungsfehler um.²⁵² Eine Aus-

244 Schmidt-Recla, MedR 2007, 486 (489).

245 OLG Köln, VersR 2004, 247; OLG Dresden VersR 2004, 648.

246 BGH, NJW 2004, 1871.

247 Katzenmeier, in: Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, S. 909 (914).

248 Schmidt-Recla, MedR 2007, 486 (489).

249 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 101.

250 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 101.

251 Laufs/Kern in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 1283.

252 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633; BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

nahme hiervon besteht lediglich, wenn der Kausalzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist. Nach Ansicht des BGH ist dies jedoch selbst dann nicht der Fall, wenn ein Wahrscheinlichkeitsgrad von 90 % dafür spricht, dass sich der Heilungsverlauf auch ohne Behandlungsfehler unverändert entwickelt hätte.²⁵³

Ist hingegen die Nichtreaktion oder Verkennung des hypothetischen Befundergebnisses lediglich als einfacher Behandlungsfehler zu bewerten, bleibt die Beweislast unverändert beim Patienten.²⁵⁴

(2) Die Beweislastumkehr beim „einfachen“ Befunderhebungsfehler

Wie beim groben Befunderhebungsfehler muss der Patient auch bei dem einfachen Befunderhebungsfehler sowohl den ärztlichen Behandlungsfehler als auch dessen nachteilige Auswirkung für seine Gesundheit nachweisen.²⁵⁵ Gelingt ihm dies, kommt nach § 630h V 2 BGB eine Beweislastumkehr zur Anwendung, die gemäß dem Wortlaut der Norm an den groben Behandlungsfehler angelehnt ist. Es greift folglich eine Beweislastumkehr für den Kausalzusammenhang.²⁵⁶

Dabei wird wie bereits erwähnt die haftungsbegründende Kausalität immer, die haftungsausfüllende Kausalität hingegen lediglich in den bereits genannten Fällen vermutet. Es kann somit auf die Ausführungen zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler verwiesen werden.

c) Gleichsetzung der Befundsicherungspflicht mit der Befunderhebungspflicht

Neben der unterlassenen Befunderhebung kann eine Pflichtverletzung auch darin liegen, dass Befunde zwar erhoben, aber aus von der Behandlungsseite zu vertretenden Gründen nicht vorgelegt werden können.²⁵⁷ Bereits die Musterberufsordnung für deutsche Ärzte, wie auch der Bun-

253 BGHZ 159, 48 (54) = NJW 2004, 2011 (2013).

254 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 101 f.

255 Karmasin, VersR 2009, 1200 (1201).

256 BGH, NJW 2012, 2653.

257 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 477.

desmantel- und Ersatzkassenvertrag, verlangen, dass ärztliche Aufzeichnungen für 10 Jahre aufzubewahren sind.²⁵⁸ Auch die Rechtsprechung sieht es als Aufgabe des Arztes an, die Befunde gegen Verlust zu sichern²⁵⁹ bzw. für mindestens zehn Jahre aufzubewahren.²⁶⁰ ²⁶¹ Diese vom BGH entwickelte Rechtsprechung wird inzwischen ebenfalls durch das PatRG bestätigt.²⁶² Gemäß § 630f III BGB besteht für den Arzt eine Aufbewahrungspflicht „für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung (...), soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.“ Verstößt der Behandelnde gegen diese Pflicht, führt dies wie auch die unterlassene Befunderhebung zu einer besonders schweren Beweisführung für den Patienten, da nicht festgestellt werden kann, welches Beweisergebnis der Befund ausgewiesen hätte.²⁶³ Der BGH vergleicht dieses Problem mit der mangelhaften Dokumentation, die ebenso die Möglichkeit der Beweisführung für den Ursachenverlauf Behandlungsfehler und Körperschaden erschwert.²⁶⁴

Bereits in der die Beweisfigur der unterlassenen Befunderhebung begründenden Entscheidung stellte der BGH den Fall der unterlassenen Befunderhebung mit der unzureichenden Befundsicherung gleich.²⁶⁵ Darin führt der BGH aus, dass es eine Pflichtverletzung darstellt, wenn es der Arzt unterlässt, „medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben und zu sichern.“²⁶⁶ Er vertritt die Ansicht, die Verpflichtung zur Sicherung von Befunden in einem späteren Prozess könne nicht außer Acht gelassen werden, da die beweisbelastete Partei dem zur Sicherung der Aufklärung Verpflichteten entgegenhalten könne, dass dieser schuldhaft die Beweislage im Prozess verschlechtert oder vereitelt habe. Daher sei die ärztliche Verpflichtung zur Befundsicherung beweis- und damit prozessbezogen. Die Konsequenz daraus sei, dass der Prozesspartei, die

258 Schlund, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 691.

259 BGH, NJW 1996, 779 (780 f.).

260 OLG Hamm, NJW-RR 2003, 807 (808).

261 Eine Darstellung der Aufbewahrungsfristen ist zu finden bei Schlund, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 692 f. sowie S. 700 f.

262 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1564, Rn. U 311.

263 Müller, NJW 1997, 3049 (3053).

264 BGHZ 99, 391 (396) = NJW 1987, 1482 (1483).

265 Vgl. Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung durch den Arzt, S. 67, Fußnote 463.

266 BGHZ 93, 391 = BGH NJW 1987, 1482.

durch die von der Gegenpartei zu verantwortenden Aufklärungshindernisse benachteiligt wird, Beweiserleichterungen zugutekämen.²⁶⁷

Schließlich präzisierte der BGH seine Rechtsprechung in seinem Urteil vom 13.2.1996 und führte aus, dass bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Sicherung medizinischer Befunde und zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung der Befundträger dem Patienten Beweiserleichterungen zu Hilfe kämen, indem ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis angenommen werde, wenn ein solches hinreichend wahrscheinlich erscheine. Dieses müsse aber im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler schließen lassen.²⁶⁸

Zu der Frage, ab wann eine hinreichende Wahrscheinlichkeit auf ein positives Befundergebnis angenommen wird, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Die Beweislastumkehr folgt aufgrund der Gleichstellung des Befunderhebungs- mit dem Befundsicherungsfehler ebenfalls den bereits dargestellten Grundsätzen.

267 BGHZ 93, 391 (398) = BGH NJW 1987, 1482 (1483).

268 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

II. Der Diagnosefehler

Auch die Diagnose, eine auf die Befunderhebung folgende Behandlungs-pflicht,²⁶⁹ stellt die Rechtsprechung vor erhebliche Probleme. Von ent-scheidender Bedeutung ist dabei zum einen, dass eine falsch gestellte Diagnose bei der ärztlichen Tätigkeit ganz besonders häufig vorkommt,²⁷⁰ zum anderen die Diagnose aufgrund ihrer Schwierigkeit von der Recht-sprechung privilegiert wird,²⁷¹ und zu guter Letzt die Abgrenzung zum Befunderhebungsfehler im Einzelfall nicht befriedigend durchgeführt werden kann.²⁷² Im Folgenden soll deswegen zunächst dargelegt werden, wie die Diagnosepflicht begründet wird, welche Fehlerarten bei der Dia-gnose bestehen und wie sich diese auf den Arzthaftungsprozess auswir-ken können.

1. Die Diagnosepflicht

Der Arzt schuldet aus dem Behandlungsvertrag die Diagnosestellung.²⁷³ Der BGH versteht unter der Diagnose „eine auf medizinischer Begut-achtung beruhende Wertung“, die einem Widerruf verschlossen sei.²⁷⁴ Aus diesem Grund und aus der Einordnung des Arztvertrags in das Dienstvertragsrecht (vgl. § 630b BGB) schuldet der Arzt auch nicht den Erfolg der Diagnose, sondern lediglich die fachgerechte Durchführung mit dem Ziel, einen pathologischen Zustand auf Grundlage von Unter-suchungen und Befunderhebungen (sog. Diagnostik) zu erkennen.²⁷⁵ Dafür soll der Arzt zu Beginn der Behandlung in einem Gespräch mit dem Patienten eine ordnungsgemäße Anamnese vornehmen, woraufhin er Untersuchungen durchführt und Befunde erhebt, um ein mehrdeuti-ges Krankheitsbild aufzuklären.²⁷⁶ Durch die Diagnostik soll folglich die Anzahl möglicher Diagnosen immer weiter eingeschränkt werden, bis

269 Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 99, Rn. 112.

270 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

271 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

272 Schärtl, NJW 2014, 3601 (3604).

273 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 658.

274 BGH, NJW 1989, 2941 (2942).

275 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 659.

276 Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 99, Rn. 112.

schließlich eine ausreichende Grundlage für eine bestimmte Diagnose geschaffen ist.²⁷⁷ Der Arzt stellt im Verlauf der Behandlung dafür in der Regel zunächst vorläufige Diagnosen (Verdachts-/ Arbeitsdiagnose),²⁷⁸ welche durch regelmäßige Überprüfung und Korrektur²⁷⁹ verworfen und schließlich zu einer endgültigen Diagnose werden.²⁸⁰

Trotz dieses oft langwierigen und mitunter auch frustrierenden Vorgehens sowie der Vielzahl an Diagnosemöglichkeiten hat der Arzt jedoch gleichzeitig die Pflicht, eine Überdiagnostik zu vermeiden, da diese ebenso einen Diagnosefehler darstellen kann.²⁸¹ Daher hat der Arzt trotz der ihm auferlegten erheblichen Pflicht diagnostischen Perfektionismus oder gar wissenschaftliche Neugier zu unterlassen.²⁸²

2. Der Diagnosefehler

Als diagnostisches Fehlverhalten werden die unzureichende, fehlerhafte und die unterlassene Diagnose angesehen.²⁸³ Derartige Fehler sind in der Praxis häufig anzutreffen,²⁸⁴ und regelmäßige Ursache für eine falsche Behandlung.²⁸⁵ Grund dafür ist, dass die Symptome der Erkrankung nicht immer eindeutig sind, sondern trotz der vielfachen technischen Hilfsmittel auf verschiedenste Ursachen hinweisen können.²⁸⁶ Außerdem können wegen der Unterschiedlichkeit des menschlichen Organismus die Anzeichen ein und derselben Krankheit bei jedem Menschen eine andere Ausprägung aufweisen.²⁸⁷ So ergab die Analyse von über 1.000 Sektionen, dass nur bei 81 % der Verstorbenen die Grundkrankheit richtig erkannt worden war.²⁸⁸ Folglich bestehen bezüglich der Richtigkeit

277 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 63.

278 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 660.

279 Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 99, Rn. 112.

280 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 660.

281 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 659.

282 BGH, NJW 1979, 1933 (1934).

283 Heilmann, NJW 1990, 1513 (1515).

284 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

285 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 99.

286 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

287 BGH, NJW 2003, 2827 (2828).

288 Bischoff, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 345.

der Diagnose regelmäßig Unsicherheiten, weshalb der Diagnoseprozess fast nie endgültig abgeschlossen ist,²⁸⁹ sondern im weiteren Behandlungsverlauf überprüft und dem sich veränderten Krankheitsbild angepasst werden muss.²⁹⁰ Eine falsche Diagnose ist dementsprechend oft nicht Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes,²⁹¹ sondern der Mehrdeutigkeit der Symptome einer Krankheit und der Schwierigkeit der Diagnosestellung geschuldet.²⁹² Gemäß der Rechtsprechung des BGH können Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden.²⁹³ Das bedeutet, dass eine unrichtige Diagnose, die aber auf einer vertretbaren Interpretation der Befunde beruht, keinen Behandlungsfehler darstellt.²⁹⁴

Erst wenn der Arzt trotz der Anzeichen für eine andere Krankheit von der ersten Diagnose nicht abweicht, obwohl durch weitere Untersuchungen die Möglichkeit bestand, diese zu überprüfen und die richtige Diagnose zu stellen, liegt eine Fehldiagnose vor.²⁹⁵ Eine Überprüfung der ersten Diagnose ist folglich dringend geboten, wenn der bisherige Behandlungsverlauf keinerlei Wirkung zeigt.²⁹⁶

Ferner können Diagnosefehler dann arzthaftungsrechtliche Anknüpfungspunkte sein, wenn der Arzt ein für die vorliegenden Symptome typisches Krankheitsbild nicht erkennt.²⁹⁷ Dabei wird vom Facharzt des entsprechenden Fachgebietes bei der Richtigkeit der Diagnose eine höhere „Trefferquote“ erwartet als vom Allgemeinmediziner.²⁹⁸

Zusammenfassend ist ein Diagnoseirrtum dem Arzt dann als haftungsgrundender Behandlungsfehler vorwerfbar, wenn

- sich die Diagnose als nicht mehr vertretbare bzw. unvertretbare Fehlleistung darstellt oder

289 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 661.

290 BGH, NJW 1989, 2332.

291 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

292 Feifel, GesR 2006, 308 (308 f.).

293 BGH, NJW 2003, 2827 (2828); BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

294 OLG Stuttgart, MedR 2002, 650 (653).

295 BGH, NJW 2003, 2827 (2828).

296 Feifel, GesR 2006, 308.

297 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 99.

298 OLG Brandenburg, GesR 2012, 83 (84).

- Symptome vorliegen, die für eine bestimmte Erkrankung kennzeichnend sind, vom Arzt aber nicht ausreichend berücksichtigt bzw. erkannt oder falsch gedeutet werden.²⁹⁹

Je nach Schweregrad des Fehlers hat dies unterschiedliche Folgen für den Arzthaftungsprozess.

3. Abgrenzung des „einfachen“ vom „groben“ Diagnosefehler

Ist die gestellte Diagnose so abwegig, dass sie einen Behandlungsfehler darstellt, ist zwischen einem „einfachen“ und „groben“ Fehler zu unterscheiden. So wie der BGH die Fehlinterpretation von Befunden nur mit Zurückhaltung überhaupt als (einfachen) Behandlungsfehler wertet,³⁰⁰ wird auch die Schwelle, von der ab ein Diagnosefehler als „schwerer Verstoß“ zu werten ist, „hoch angesetzt“.³⁰¹ Für die Annahme eines als grob gewerteten Diagnosefehlers muss es sich daher um eine „fundamentale“ Fehldeutung der Befunde handeln.³⁰² Allerdings hat der BGH bis heute den Begriff der „fundamentalen Fehldeutung“ nicht definiert, sondern bewertet das Verhalten des Arztes durch Ausbildung einer Kasuistik.³⁰³ Dafür stellt die Rechtsprechung wie auch die Literatur den Schweregrad des Fehlverhaltens in Bezug zu bereits entschiedenen Fällen und bildet anhand von Vergleichen Fallgruppen aus.³⁰⁴ Für die Einordnung des Fehlers wird die Formel zum groben Behandlungsfehler genutzt,³⁰⁵ so dass es sich dann um einen fundamentalen Diagnosefehler handelt, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte Behandlungsregeln oder gesicherte Erkenntnisse verstößt und einen Fehler begeht, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt mit dem entsprechenden Wissens- und Erfahrungsstand schlechterdings nicht unterlaufen darf.³⁰⁶

299 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 727f.

300 BGH, NJW 2003, 2827 (2828); BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

301 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

302 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

303 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 101.

304 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 354f.

305 Bischoff, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 345 (351).

306 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 751, Rn. D 30.

In der Literatur kommt man zu dem Ergebnis, dass ein fundamentaler Diagnosefehler unter anderem dann anzunehmen sei, wenn der Arzt bei der Stellung der Diagnose in unverständlicher Weise gegen gesicherte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstöße und objektiv einen gänzlich unverzeihlichen Fehler begangen habe, der im schlechtesten Fall nicht unterlaufen dürfe.³⁰⁷

Die vergleichende Rechtspraxis des BGH birgt Gefahren in sich. So wird immer wieder kritisiert, dass individuelle Umstände des Einzelfalls außer Betracht blieben und wesentliche Unterschiede der Fälle miteinander vermengt werden würden.³⁰⁸ Dennoch hat der BGH bis heute keine allgemein gültige Definition vorgenommen, sondern erhofft sich durch seinen Ansatz eine flexiblere Rechtsanwendung.³⁰⁹

4. Rechtsfolge des Diagnosefehlers

Folge der Schwierigkeit der Diagnosestellung ist, dass der Patient in dem Fall, dass ihm der Nachweis eines (einfachen) Diagnosefehlers gelingt, weiterhin nachweisen muss, dass der erlittene Gesundheitsschaden bei einer richtigen Diagnosestellung nicht aufgetreten wäre; ein Beweis, der aufgrund des Umstands, dass selbst eine fehlerfreie Behandlung kein Garant für den Heilerfolg ist, in aller Regel nicht zu erbringen ist.³¹⁰ Beweiserleichterungen kommen ihm nicht zu Gute.

Erst wenn der Nachweis eines groben Diagnosefehlers gelingt, gewährt die Rechtsprechung wie auch beim Behandlungsfehler generell dem Patienten eine Beweislastumkehr.³¹¹ Bezuglich der inhaltlichen Ausgestaltung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

307 Bischoff, in: Festschrift für Karlmann Geiß, S. 345 (351).

308 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 355.

309 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 101.

310 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 99 f.

311 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 449 f.

III. Die Abgrenzung des Diagnosefehlers vom Befunderhebungsfehler

Die Abgrenzung des einfachen Befunderhebungsfehlers gegenüber dem haftungsrechtlich privilegierten Diagnoseirrtum bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich,³¹² ist für den Ausgang des Prozesses jedoch von entscheidender Bedeutung.³¹³

So verwundert es wenig, dass sich die Jurisprudenz in zunehmenden Maße mit dieser Problematik auseinanderzusetzen hat,³¹⁴ seitdem den Beteiligten bewusst geworden ist, dass durch den einfachen Befunderhebungsfehler die bereits erörterte haftungsrechtliche Privilegierung einer falschen Diagnose umgangen werden kann.³¹⁵ Vielmehr noch wird auf die Patientenseite geradezu ein Druck ausgeübt, sich die Beweiserleichterungen des § 630 h Absatz V BGB zunutze zu machen,³¹⁶ um den Prozess erfolgreich zu bestreiten. Daher wird im Arzthaftungsprozess immer öfter aus prozesstaktischen Gründen vehement darum gestritten, ob das nachgewiesene Verhalten als Diagnoseirrtum oder Befunderhebungsfehler zu bewerten sei.³¹⁷

1. Sperrwirkung des Diagnosefehlers

Die Diagnose ist das Ergebnis einer Auswertung von Befunden, weshalb es durch eine mangelnde Befunderhebung zu einer falschen Diagnose kommen kann.³¹⁸ Im Gegensatz dazu kann aber auch die Fehlinterpretation ordnungsgemäß erhobener Befunde dazu führen, dass von einer weiteren Befunderhebung abgesehen wird.³¹⁹ Somit können sowohl eine unterlassene Befunderhebung zu einem Diagnosefehler wie auch ein Diagnosefehler zu dem Unterlassen weiterer Befunderhebungen führen. Wegen dieser wechselseitigen Bedingtheit sind Befund- und Diagnose-

312 Schärtl, NJW 2014, 3601 (3604).

313 Martis/Winkhart-Martis, MDR 2013, 634.

314 Vgl. die Nachweise bei Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1458 ff., Rn. U 14 ff.

315 Hausch, MedR 2012, 231.

316 Spickhoff, NJW 2017, 1790 (1794).

317 Baur, GesR 2011, 577.

318 Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 659, Rn. 6.

319 Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, S. 97.

fehler regelmäßig nur zwei Seiten einer Medaille und bergen die Gefahr von gedanklichen Kurz- und Zirkelschlüssen.³²⁰ Insbesondere das Unterrlassen einer weiteren Befunderhebung beruht häufig darauf, dass der Arzt eine nicht richtige Diagnose gestellt hat bzw. sich seiner Diagnose sicher gewesen ist und deswegen eine weitere Befunderhebung nicht für notwendig erachtet.³²¹ Würde man in diesem Fall jedoch darüber hinaus die Beweislastregeln des (einfachen) Befunderhebungsfehlers annehmen, würde der vom BGH aufgestellte Haftungsmaßstab für Diagnoseirrtümer regelmäßig unterlaufen werden.³²²

Um zu verhindern, dass die Privilegierung des Diagnosefehlers praktisch obsolet wird, da nahezu jeder Diagnoseirrtum zu einem Befunderhebungsfehler und bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen zu einer Beweislastumkehr führen kann,³²³ wird eine „Sperrwirkung des Diagnoseirrtums“ angenommen.³²⁴ Danach gilt, dass die nicht vorwerfbar unrichtige Diagnose keinen Behandlungsfehler darstellt und dass daher jegliche Haftung, auch in Hinblick auf aufgrund der falschen Diagnose nicht erhobene Befunde, entfällt.³²⁵ Der BGH führt dazu aus, dass ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler werde, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären.³²⁶ Ziel des BGH ist, „einige Wucherungen“ des beweisrechtlich für den Patienten bequemen Befunderhebungsfehlers abzuschneiden.³²⁷

Eine haftungsrechtliche Anknüpfung an die konsequenterweise unterlassene Befunderhebung ist in diesem Fall deswegen gesperrt.³²⁸ Diese Handhabung ist auch im Sinne des Patienten. Ein Verzicht der haftungsrechtlichen Privilegierung des Diagnosefehlers hätte eine Überdiagnostik zur Folge, da der Arzt selbst im Falle einer naheliegenden Diagnose für sämtliche weiter in Betracht kommende Diagnosen entsprechende Befunde erheben müsste, um sich des Vorwurfs der unterlassenen Befund-

320 Ramm, GesR 2011, 513 (516).

321 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 152.

322 Hausch, MedR 2012, 231 (235).

323 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 733, Rn. D 20.

324 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1459, Rn. U 16.

325 Karmasin, VersR 2009, 1200 (1202).

326 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1673).

327 Schmidt-Recla, MedR 2011, 645 (648).

328 Ramm, GesR 2011, 513 (516).

erhebung zu entziehen. Dadurch wäre der Patient einer Vielzahl unnötiger Untersuchungen und erheblichen Kosten ausgesetzt.³²⁹

2. Abgrenzungskriterien

Selbstverständlich ist eine Fehldiagnose, die auf einer unzureichenden Befunderhebung beruht, rechtlich als Befunderhebungsfehler zu qualifizieren, da von Anfang an die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen worden ist.³³⁰ Ein Diagnosefehler liegt nach Ansicht des BGH hingegen dann vor, wenn der Arzt erhobene Befunde falsch interpretiert und auf Grundlage dessen nicht die aus der berufsfachlichen Sicht gebotenen Maßnahmen ergreift.³³¹ Die einfach anmutende Theorie stößt bei der praktischen Anwendung jedoch an ihre Grenzen. Nur selten gelingt die Unterscheidung zwischen Befund- und Diagnosefehler nämlich problemlos und ohne Zweifelsfälle.³³² Die Abgrenzungsproblematisierung stellt sich regelmäßig dann, wenn das Absehen von einer (weiteren) Befunderhebung darauf beruht, dass der Arzt eine (noch) vertretbare Diagnose stellt bzw. ihm nur ein einfacher Diagnosefehler anzulasten ist und er sich seiner Diagnose so sicher war, dass er eine weitere Befunderhebung unterlässt.³³³ Um die Abgrenzung zu bewerkstelligen, wird eine (mitunter so genannte) Schwerpunkttheorie favorisiert:

In dem eben genannten Fall soll danach zu differenzieren sein, ob der Schwerpunkt der ärztlichen Pflichtverletzung in der fehlerhaften Diagnose oder in der unterlassenen Befunderhebung zu sehen ist.³³⁴ Für die Bestimmung des Schwerpunkts soll entscheidend sein, ob bestimmte Symptome festgestellt wurden, die differential-diagnostisch eine bestimmte Diagnose zwingend nahelegen und diese durch die Erhebung weiterer Befunde ausgeschlossen werden musste.³³⁵ Eine Haftung wegen einer unterlassenen Befunderhebung kommt dabei desto eher in Betracht, je dringlicher und naheliegender die Befunderhebung gewesen wäre, also

³²⁹ Hausch, MedR 2012, 231 (236f.).

³³⁰ Baur, GesR 2011, 577 (578).

³³¹ BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1673).

³³² Ramm, GesR 2011, 513 (516).

³³³ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1459, Rn. U 16.

³³⁴ Ramm, GesR 2011, 513 (517).

³³⁵ OLG Brandenburg, GesR 2012, 83 (84).

je mehr diese zu einem groben Befunderhebungsfehler tendiert. Hingegen liegt der Schwerpunkt bei der fehlerhaften Diagnose, je abwegiger die Fehldeutung der Symptome und Befunde durch den Arzt gewesen ist.³³⁶ Liegt der Schwerpunkt nach Einholung eines Sachverständigengutachtens in der fehlerhaften Diagnose, hat dies die „Sperrwirkung des Diagnosefegers“ zur Folge. Andernfalls kann an eine Haftung wegen der Nichterhebung von Befunden angeknüpft werden.³³⁷

Die Schwierigkeit der Problematik soll folgender vom BGH zu entscheidender Fall beispielhaft zeigen:³³⁸ Der Anästhesist hatte zur Feststellung der Narkosefähigkeit eine Röntgenaufnahme der Patientin angefertigt. Dabei kam ein „auch für ein ungeübtes Auge ohne weiteres erkennbare, abklärungsbedürftige Verdichtung“ zum Vorschein. Der Anästhesist reagierte hierauf nicht. Dieses Adenokarzinom führte später zum Tod der Patientin. Fraglich war nun, ob dem Arzt vorzuwerfen ist, dass er es unterlassen hat, weitere Befunde zu erheben, oder den erhobenen Befund nicht richtig beurteilt hat. Der BGH hat in seiner Entscheidung einen Diagnosefehler angenommen und dabei nicht entschieden, ob dieser als grob zu bewerten ist, jedoch auf seine gefestigte Rechtsprechung hingewiesen.³³⁹ Dieser Sachverhalt kann aus zwei Perspektiven gesehen werden:

Einerseits sei durch die Feststellung, dass ein Diagnosefehler nicht dadurch zum Befunderhebungsfehler werde, weil der Arzt den erhobenen Befund korrekt interpretiert und eine richtige Diagnose gestellt hätte und weitere Befunde nicht zu erheben gewesen wären, einige Wucherungen beim beweisrechtlich bequemeren Befunderhebungsfehler abgeschnitten worden.³⁴⁰

Andererseits kann der Sachverhalt auch umgekehrt interpretiert werden: So sei nämlich fraglich, ob in der Röntgenaufnahme überhaupt ein Befund vorliege, da die Aufnahme ohne die gebotene Auswertung lediglich ein Untersuchungsmedium darstelle.³⁴¹ Vorliegend habe der Arzt den Rundherd gar nicht gesehen und somit das Röntgenbild auch nicht „befun-

336 Ramm, GesR 2011, 513 (517).

337 Ramm, GesR 2011, 513 (517).

338 BGHZ 188, 29 = NJW 2011, 1672.

339 BGHZ 188, 29 (29 ff.) = NJW 2011, 1672 (1672 ff.).

340 Schmidt-Recla, MedR 2011, 648.

341 Voigt, MedR 2011, 648 (650).

det“. Eine Fehlinterpretation eines Befundes – so die vom BGH in dieser Entscheidung selbst aufgestellte Definition –³⁴² könne somit nicht angenommen werden. Das Nichtreagieren auf den Rundherd stelle daher definitionsgemäß einen Befunderhebungsfehler dar.³⁴³

Der Fall zeigt, dass eine allgemein gültige Abgrenzungsregel praktisch nicht aufgestellt werden kann und regelmäßig von Einzelfall zu Einzelfall entschieden werden muss, wodurch nur ein unbefriedigendes Maß an Rechtssicherheit bei diesem Problem zu erreichen ist.

342 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1673).

343 Voigt, MedR 2011, 648 (650).

3. Kapitel: Rechtsprechungssammlung

Ohne Zweifel ist die Entwicklung der Rechtsprechung im Arzthaftungsprozess eine juristische Herausforderung, die ihresgleichen sucht. In unzähligen Entscheidungen haben die Gerichte jeder Rangordnung Argumentationsketten gebildet, Entscheidungen über komplizierteste Sachverhalte einleuchtend begründet und schließlich Rechtsgrundsätze geschaffen, die durchdachter nicht sein können.

Dennoch stößt die Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler überwiegend auf Kritik, da sie im Ergebnis als zu weit empfunden wird.³⁴⁴ Der Umstand, dass mit dem Befunderhebungsfehler eine weitere zu Lasten der Ärzteschaft gehende Beweislastkonstruktion zur Verfügung stand, führte zu der Frage, ob nicht durch das Bemühen, eine Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient zu erreichen, den Ärzten letztendlich eine gerechte Sachbehandlung vorenthalten werde.³⁴⁵ Ebenso erweist es sich als große Herausforderung, die Überlegungen auf die vielfältige rechtliche Praxis zu übertragen.

Anhand einer *Auswertung nahezu aller aus diesem Rechtsbereich veröffentlichten Entscheidungen* soll der Frage nachgegangen werden, ob es beim Befunderhebungsfehler in der Praxis tatsächlich zu so vielen den Ungenauigkeiten der Tatbestandsvoraussetzungen geschuldeten Rechtsunsicherheiten und Schwierigkeiten kommt, wie von den Kritikern behauptet.

Dafür werden die für die Entwicklung des Befunderhebungsfehlers entscheidenden Urteile zunächst vorangestellt. Diese stellen jeweils Zäsuren dar, die die weitere Entwicklung der Fallgruppe „Befunderhebungsfehler“ entscheidend beeinflusst haben, weshalb sie einer hervorgehobenen Stellung bedürfen.

344 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 98.

345 Schmid, NJW 1994, 767 (773).

Sodann werden die übrigen Urteile in die Kategorien

- „einfacher Befunderhebungsfehler mit Beweislastumkehr“
- „grober Befunderhebungsfehler mit Beweislastumkehr“
- „Befunderhebungsfehler ohne Beweislastumkehr“
- „Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers abgelehnt“
- „Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnosefehler“
- „Befunderhebungsfehler in Form des Befundsicherungsfehlers“

eingeteilt und mit einem Namen versehen.

I. Wegweisende Entscheidungen des BGH zum Befunderhebungsfehler

Die folgenden Entscheidungen des BGH zum Befunderhebungsfehler nehmen eine Sonderstellung ein. Sie beeinflussten jeweils ganz entscheidend die Entwicklung der Fallgruppe und brachten schließlich die heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen hervor. Durch die Vorstellung dieser Urteile soll es dem Leser erleichtert werden, alle übrigen Entscheidungen in den Kontext des jeweiligen Rechtsprechungsstands einzurordnen und dadurch die Entwicklung der Rechtsprechung nachvollziehen zu können.

BGH, Urteil vom 14.10.1958 – VI ZR 186/57³⁴⁶ („Bakteriologie“)

Mit Urteil vom 14.10.1958 beschäftigte sich der BGH erstmals mit der Problematik einer mangelhaften Befunderhebung. Bei der Klägerin entwickelte sich nach der Behandlung einer Fraktur eine Entzündung, die dazu führte, dass der Unterarm amputiert werden musste. Der BGH nahm zu Gunsten der Patientin eine Beweislastumkehr an, da es der Beklagte versäumt hatte, nach dem Feststellen der Entzündung eine angebrachte bakteriologische Untersuchung vorzunehmen. Durch eine bakterielle Untersuchung hätte festgestellt werden können, weshalb die eingeschlagene Behandlung nicht zur Heilung führte.³⁴⁷

Daher entspräche es der Rechtsprechung, dass die pflichtwidrige Unterlassung ärztlicher Feststellungen zur Beweislast des Arztes hinsichtlich der dadurch begründeten Unaufklärbarkeit führen könne.³⁴⁸ Der BGH ließ in seiner Entscheidung die Auffassung des Berufungsgerichts unkommentiert, wonach eine Beweislastumkehr auch in Betracht kommen könne, wenn lediglich ein leichtfertiger oder gar bewusster Fehler vorliege.³⁴⁹

346 BGH, JR 1959, 63.

347 BGH, JR 1959, 63.

348 BGH, JR 1959, 63 (64).

349 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 29.

BGH, Urteil vom 21.9.1982 – VI ZR 302/80³⁵⁰ („Kreislaufkollaps“)

Die Patientin wurde wegen des zutreffenden Verdachts einer Blinddarm-entzündung operiert. Dabei wurde jedoch übersehen, dass sie außerdem an einer Harnwegsentzündung litt. Nachdem sich der Gesundheitszustand laufend verschlechtert hatte, erlitt die Patientin einen Kreislaufzusammenbruch, an dem sie schließlich verstarb.³⁵¹

Nach Ansicht des BGH war „das Geschehen nach Auftreten des Kreislaufkollapses von massiven Diagnose- und Kontrollversäumnissen gekennzeichnet gewesen“, bei dem selbst einfachste, gebotene Untersuchungen unterlassen wurden, die mit großer Wahrscheinlichkeit den Grund für die negative Entwicklung aufgedeckt hätten.³⁵²

Trotz der Feststellung, durch den Behandlungsfehler seien die Überlebenschancen „nur etwas“ verschlechtert worden, werde einer Kausalitätsvermutung nicht die Grundlage entzogen.³⁵³

So könnten Behandlungsversäumnisse, die nicht als naheliegende Schadensursachen angesehen würden, die Aufklärung des Behandlungsgeschehens nicht weniger erschweren als grobe Behandlungsfehler.³⁵⁴ Dies gelte insbesondere, wenn der Arzt in „ungeöhnlichem Ausmaß“ einfachste Diagnose- und Kontrollbefunde nicht erhebe und deshalb in besonders hohem Maß dafür Verantwortung trage, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsverlaufs nicht zur Verfügung ständen.³⁵⁵ Die Pflichtverletzung müsse daher als „grob fehlerhaft“ bewertet werden.³⁵⁶ Die unterlassene Befunderhebung sei eine „außergewöhnliche Erschwernis für die Aufklärung des Behandlungsgeschehens“, die „die Feststellungen zum Behandlungsgeschehen noch schwerer belasten als Versäumnisse bei der Dokumentation“.³⁵⁷

350 BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 = VersR 1982, 1193.

351 BGHZ 85, 212 (212 ff.) = NJW 1983, 333 (333 f.) = VersR 1982, 1193 (1193 ff.).

352 BGHZ 85, 212 (218) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

353 BGHZ 85, 212 (216) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

354 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

355 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

356 BGHZ 85, 212 (217) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

357 BGHZ 85, 212 (218) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

BGH, Urteil vom 3.2.1987 – VI ZR 56/86³⁵⁸ („Tuberkulose“)

Die Erstklägerin hatte den beklagten Arzt wegen Herzstechens und Fieber aufgesucht, welcher daraufhin eine Bronchopneumonie feststellte. Über zwölf Monate später stellte sich heraus, dass sie an einer Lungen-Tuberkulose litt. Inzwischen hatte sie auch ihre Schwester (Zweitklägerin) angesteckt. Dem Beklagten wurde vorgeworfen, nach der ersten Untersuchung keine Kontrolluntersuchungen, insbesondere keine Röntgenkontrollaufnahme des Thorax vorgenommen zu haben.³⁵⁹

Der BGH ließ es ausdrücklich dahinstehen, ob die unterlassenen Kontrolluntersuchungen einen groben Behandlungsfehler darstellten. Allerdings sei es dann gerechtfertigt, dem Patienten den Beweis für den Kausalzusammenhang zu erleichtern, wenn eine Befunderhebung angesichts der Symptome ärztlich zweifelsfrei geboten und schuldhaft unterlassen worden sei und dabei ein Befundstatus, wäre er erhoben worden, wahrscheinlich den behaupteten Ursachenverlauf auch geklärt hätte, weil die Statussicherung gerade wegen des erhöhten Risikos eines solchen Verlaufs geschuldet gewesen sei.³⁶⁰ Der Tatrichter habe nach der Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden über die Haftung des Arztes zu entscheiden, da sich das Ausmaß an Unaufklärbarkeit in einer entsprechenden Verminde rung des vom Patienten zu erbringenden Beweismaßes ausschlagen müsse.³⁶¹

Der BGH zog damit erstmals bereits „unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler“ Beweiserleichterungen in Betracht.³⁶² In dieser Entscheidung ist der Beginn des Befunderhebungsfehlers als eigenständige Fallgruppe zu sehen.³⁶³

358 BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482.

359 BGHZ 99, 391 (391 ff.) = NJW 1987, 1482.

360 BGHZ 99, 391 (398 f.) = NJW 1987, 1482 (1483 f.).

361 BGHZ 99, 391 (399) = NJW 1987, 1482 (1484).

362 Nixdorf, VersR 96, 160 (161).

363 Nixdorf, VersR 96, 160 (161).

BGH, Urteil vom 13.2.1996 – VI ZR 402/94³⁶⁴ („verlorenes EKG/ EKG I“)

Der Patient hatte den beklagten Arzt wegen Beschwerden im Brustbereich aufgesucht. Nach der Anfertigung eines EKGs wurde der Patient entlassen. Kurz darauf kollabierte er und erlag einem Herzinfarkt. Der Beklagte konnte das Original-EKG nicht mehr vorlegen.³⁶⁵

Der BGH führte dazu aus, dass der Patient bei einem Verlust des Befundträgers wie auch bei der Nichterhebung von Befunden durch eine Beweiserleichterung nicht besser gestellt werden dürfe, wie wenn der Befund ordnungsgemäß gesichert worden wäre.³⁶⁶ Gemäß dem Sachverständigengutachten sei es jedoch sehr wahrscheinlich gewesen, dass der Befund auf einen Herzinfarkt hingedeutet habe und der Patient den Herzinfarkt bei sofortiger Krankenhauseinweisung überlebt hätte.³⁶⁷

Der BGH enthielt daher die Kläger des Nachweises eines Behandlungsfehlers und begründete dies damit, dass gerade dieser Nachweis nur durch die Auswertung des EKG erbracht werden könne.³⁶⁸ Allerdings sei auch in diesem Fall weiterhin nicht der Nachweis geführt, dass die hiernach anzunehmende fehlerhafte Auswertung des EKG durch den Beklagten für den Tod ursächlich wurde.³⁶⁹ Beweiserleichterungen bezüglich der Kausalitätsfrage könne der Verlust des Original-EKG daher nur dann mit sich bringen, wenn zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen sei, wenn sich also „ein so deutlicher und gravierender Befund“ ergeben hätte, dass sich dessen „Verkennung als fundamental fehlerhaft“ darstellen müsse.³⁷⁰

364 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

365 BGHZ 132, 47 (47 f.) = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

366 BGHZ 132, 47 (47 ff.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633.

367 BGHZ 132, 47 (49) = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

368 BGHZ 132, 47 (50 f.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633.

369 BGHZ 132, 47 (51) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633.

370 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

BGH, Urteil vom 13.1.1998 – VI ZR 242/96³⁷¹ („Netzhautablösung“)

Der geistig behinderte Kläger suchte die beiden beklagten Ärzte mehrfach wegen Auffälligkeiten (wie z. B. häufiges Berühren der Augen mit den Händen) auf. Die Ärzte nahmen eine Bindegauhtentzündung an und verordneten Augentropfen. Später stellte sich heraus, dass eine Netzhautablösung Ursache der Beschwerden gewesen war, die nicht mehr operativ beseitigt werden konnte.³⁷²

Der BGH erklärte, dass das Unterlassen einer Untersuchung des Augenhintergrundes ein pflichtwidriges Verhalten darstelle und sich daraus Beweiserleichterungen ergeben könnten.³⁷³ Mit Verweis auf das Urteil des erkennenden Senats vom 13.2.1996 (VI ZR 402/94 – „EKG I“)³⁷⁴ führte er dazu aus, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde auf ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis schließen würde, wenn dieses hinreichend wahrscheinlich sei.³⁷⁵ Soweit es darum gehe, ob eine frühere Reaktion den Gesundheitsschaden vermieden oder vermindert hätte, könne dem Kläger eine Beweiserleichterung nur dann zu Gute kommen, wenn bereits die Unterlassung der Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstelle.³⁷⁶ Die Beweislast folge in diesem Fall den bei grob fehlerhaften Verhalten anzuwendenden Regeln.³⁷⁷

Stelle sich die unterlassene Befunderhebung hingegen noch nicht als grob fehlerhaft dar, könnten für den Kläger Beweiserleichterungen nur greifen, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler wegen einer fundamental fehlerhaften Verkennung des Befundes zu schließen sei.³⁷⁸ Dies gelte jedoch nicht, wenn wiederum der Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden grundsätzlich unwahrscheinlich sei.³⁷⁹

³⁷¹ BGHZ 138, 1 = NJW 1998, 1780.

³⁷² BGHZ 138, 1 (1.f.) = NJW 1998, 1780.

³⁷³ BGHZ 138, 1 (4.f.) = NJW 1998, 1780 (1781).

³⁷⁴ BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

³⁷⁵ BGHZ 138, 1 (4) = NJW 1998, 1780 (1781).

³⁷⁶ BGHZ 138, 1 (4.f.) = NJW 1998, 1780 (1781).

³⁷⁷ BGHZ 138, 1 (6) = NJW 1998, 1780 (1781).

³⁷⁸ BGHZ 138, 1 (5) = NJW 1998, 1780 (1781).

³⁷⁹ BGHZ 138, 1 (7.f.) = NJW 1998, 1780 (1782).

BGH, Urteil vom 6.10.1998 – VI ZR 239/97³⁸⁰ („Kreatinin I“)

Gestützt auf diese Entwicklung gingen schließlich aus dem Urteil vom 6.10.1998 die bis heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen hervor.³⁸¹ Beim Kläger wurden eine Mikrohämaturie und eine Proteinurie diagnostiziert. Die Untersuchungen gaben keinen Hinweis auf die Ursache der Urien. Eine Woche nach der letzten Untersuchung erlitt der Kläger ein akutes Nierenversagen, für dessen Ursache ein Goodpasture-Syndrom verantwortlich gemacht wurde.³⁸²

Der BGH überprüfte das Behandlungsgeschehen auf eine unterlassene Befunderhebung hin und kam zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde im Wege der Beweiserleichterung für den Patienten auf ein reaktionspflichtiges, positives Befundergebnis schließen lasse, wenn ein solches „hinreichend wahrscheinlich“ gewesen sei.³⁸³ Darüber hinaus könne ein solcher Verstoß auch für die Kausalitätsfrage beweiserleichternd Bedeutung gewinnen, wenn im Einzelfall zugleich ein grober Behandlungsfehler vorliege, da sich bei einer fiktiven Abklärung der Symptome „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental fehlerhaft darstellen“ müsse.³⁸⁴

380 BGH, NJW 1999, 860 = VersR 1999, 60.

381 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 146.

382 BGH, NJW 1999, 860 (860 f.) = VersR 1999, 60.

383 BGH, NJW 1999, 860 (861) = VersR 1999, 60 (61).

384 BGH, NJW 1999, 860 (861) = VersR 1999, 60 (61).

II. Urteilssammlung

Im folgenden Abschnitt sind die Entscheidungen der Gerichte anhand des Fehlertyps (Befunderhebungsfehler/Diagnosefehler), der Fehlerintensität (einfacher/grober Fehler) sowie des Ausspruchs einer Beweislastumkehr untergliedert. Innerhalb der einzelnen Gruppen werden die Entscheidungen in chronologischer Reihenfolge wiedergegeben.

1. Urteile mit Befunderhebungsfehler und Beweislastumkehr

a) einfacher Befunderhebungsfehler mit Kausalitätsnachweis/Beweislastumkehr

OLG Köln, Urteil vom 18.4.1994 – 5 U 48/94³⁸⁵ („Teleskopimplantat“)

Der beklagte Zahnarzt gliederte bei der Klägerin 1988 einen Zahnersatz ein und implantierte Teleskope in den Zahnbereichen 33 und 43. Eine Kontrolle der Implantate erfolgte nicht.³⁸⁶

Das Berufungsgericht sprach zu Gunsten der Klägerin eine Beweislastumkehr aus. Für die Schmerzen der Klägerin kämen zwar sowohl ein Bruch des Implantats 33 wie auch gewöhnliche Entzündungen und Ver-eiterungen des Zahnfleisches und Abbau des Kieferknochens als Gründe in Frage. Ebenso sei nicht feststellbar, ob die Komplikationen auf einer vorwerfbaren fehlerhaften Insertion der Implantate durch den Beklagten beruhen, allerdings sei es nach Einbringung von Implantaten medizisch üblich und notwendig, deren ordnungsgemäßen Sitz röntgenologisch zu kontrollieren, da eine misslungene Insertion sofort korrigiert werden müsse. Daher diene die Röntgenkontrolle nicht bloß der Sicherung von Beweisen, sondern stelle vielmehr eine medizinisch notwendige Maßnahme zur Verhinderung von Schäden dar.³⁸⁷ Durch das Unterlassen dieser einfachen und üblichen Kontrollmaßnahme habe der Beklagte besondere Aufklärungserschwernisse in Bezug auf die Ursachen

³⁸⁵ OLG Köln, VersR 1995, 582.

³⁸⁶ OLG Köln, VersR 1995, 582.

³⁸⁷ OLG Köln, VersR 1995, 582.

der aufgetretenen Komplikationen herbeigeführt. Da ein Insertionsfehler als Ursache mindestens ebenso wahrscheinlich sei wie eine andere Ursache, und bei der Klägerin tatsächlich eine Achsendivergenz bestehe und ein postoperativ im Jahr 1988 gefertigtes Röntgenbild eine unzureichend tiefe Versenkung zeige, habe der Beklagte den Nachteil mangelnder Aufklärbarkeit zu tragen.³⁸⁸

BGH, Urteil vom 3.11.1998 – VI ZR 253/97³⁸⁹ („Aneurysma“)

Der Kläger stürzte am 2.3.1992 auf das Gesäß und klagte danach über starke Kopfschmerzen und erbrach Blut. Ab dem 3.3.1992 befand er sich deswegen im Krankenhaus der Beklagten in Behandlung. Wegen anhaltender Kopfschmerzen wurde am 9.3.1992 eine neurologische Untersuchung durchgeführt und daraufhin vermutete, dass der Grund für die Schmerzen ein Stauchungstrauma an der Wirbelsäule sei. Tatsächlich litt der Kläger an einer Subarachnoidalblutung (SAB), als dessen Folge er teilweise gelähmt und gehbehindert ist.³⁹⁰

Der BGH bestätigte die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach es sich bei dem Fehlverhalten der Beklagten lediglich um einen einfachen Behandlungsfehler handele. Das Berufungsgericht habe, orientiert an den Stellungnahmen der Sachverständigen, ein Verhalten festgestellt, dass aus objektiver Sicht nicht völlig unverständlich sei, da das Unterlassen weder unverzeihlich noch schlechterdings nicht nachvollziehbar und somit knapp unter der Schwelle zum groben Fehler einzuordnen sei.³⁹¹

Dennoch hob der BGH das Urteil unter Berufung auf die kurz zuvor mit den Entscheidungen VI ZR 402/94 und VI ZR 242/96 vollzogene Rechtsprechungsänderung auf. Eine Beweislastverteilung sei nicht schon deswegen abzulehnen, weil das Versäumnis nicht als grober, sondern nur als einfacher ärztlicher Fehler zu qualifizieren sei. Zugunsten des Klägers sei, wie vom Berufungsgericht unterstellt, davon auszugehen, dass durch

388 OLG Köln, VersR 1995, 582.

389 BGH, NJW 1999, 862.

390 BGH, NJW 1999, 862.

391 BGH, NJW 1999, 862 (863).

eine computertomographische Untersuchung das Aneurysma mit hinreichender Wahrscheinlichkeit entdeckt worden wäre.³⁹²

Das Berufungsgericht müsse daher nun feststellen, wie ein Nichtreagieren auf diesen Befund qualitativ zu bewerten wäre. Sollte sich dieser als so deutlich und gravierend herausstellen, dass es sich als grob fehlerhaft darstelle, darauf nicht zu reagieren, müsse die Beweislast auf die Beklagten wechseln.³⁹³

BGH, Urteil vom 16.3.1999 – VI ZR 34/98³⁹⁴ („Gespenstersehen/ CT I“)

Die Klägerin wurde im Krankenhaus der Erstbeklagten vom Drittbeklagten am 19.4.1989 ein ventrikulo-peritonealer Shunt gelegt, durch den eine krankhafte Gehirnwasseransammlung in die Bauchhöhle abfließen sollte. Der Eingriff verlief komplikationslos. Am Nachmittag des 22.4.1989 erklärte die Klägerin dem Drittbeklagten, „Gespenster“ zu sehen und unter Schwindelgefühl zu leiden. In der Nacht zum 23.4.1989 stürzte sie aus dem Bett. Seitdem ist die Klägerin schwerbehindert, was unter anderem auf eine Überdrainage von Gehirnwasser zurückzuführen ist.³⁹⁵

Nach Ansicht des BGH, hätte der Drittbeklagte, nachdem die Klägerin in seinem Beisein über „Gespenstersehen“ geklagt hatte, unverzüglich ein CT anordnen müssen.³⁹⁶ Der Sachverständige habe nicht klären können, auf welche Gründe das „Gespenstersehen“ zurückzuführen gewesen sei,³⁹⁷ weswegen seiner Meinung nach unverzüglich ein Computertomogramm veranlasst hätte werden müssen.³⁹⁸ Dies hätte in diesem Fall dem ärztlichen Standard entsprochen. Mit der Verletzung dieser Verpflichtung ist dem Drittbeklagten nach Ansicht des BGH ein schuldhafter Behandlungsfehler unterlaufen; daher habe das Berufungsgericht die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt.³⁹⁹

392 BGH, NJW 1999, 862 (863).

393 BGH, NJW 1999, 862 (863).

394 BGH, NJW 1999, 1778.

395 BGH, NJW 1999, 1778.

396 BGH, NJW 1999, 1778 (1779).

397 BGH, NJW 1999, 1778.

398 BGH, NJW 1999, 1778 (1779).

399 BGH, NJW 1999, 1778 (1779).

BGH, Urteil vom 6.7.1999 – VI ZR 290/98⁴⁰⁰ („operationsbedingte Osteitis“)

Die Klägerin wurde nach einem Unfall am 26.11.1990 in das Krankenhaus der Beklagten eingeliefert. Sie erlitt zahlreiche Frakturen, die mehrere Operationen zur Folge hatten. Nach der Entlassung in die ambulante Behandlung am 5.2.1991 wurde an ihrem linken Unterschenkel eine ausgeprägte Osteitis festgestellt, die im Wesentlichen erst im Sommer 1994 ausgeheilt war.⁴⁰¹

Der BGH sah in der Nichtvornahme eines Wundabstrichs in der Zeit nach dem 27.12.1990 ein ärztliches Fehlverhalten.⁴⁰² Es sei trotz widersprüchlicher Angaben des Sachverständigen nicht ausgeschlossen, dass eine gebotene Befunderhebung unterlassen wurde und diese bereits unter der Schwelle zum groben Behandlungsfehler zu Beweiserleichterungen führen könnte. Aufgrund bisheriger Feststellungen müsse davon ausgegangen werden, dass die Osteitis im fraglichen Zeitpunkt bereits vorgelegen habe, so dass durch den Wundabstrich der reaktionspflichtige Erreger wahrscheinlich erkannt worden wäre.⁴⁰³

OLG Stuttgart, Urteil vom 27.7.1999 – 14 U 3/99⁴⁰⁴ („übersehenes Fibrosarkom“)

Am 22.10.1993 stellte der Beklagte beim Kläger eine flächige Weichteilschwellung im Bereich der rechten Schläfe fest. Ferner diagnostizierte er ein flächiges altes Hämatom rechts temporal und empfahl eine weitmaschige Kontrolle. Am 18.1.1994 riet er schließlich zur operativen Revision. Eine entfernte Geschwulst wies einen bösartigen Tumor aus, der bereits in die Orbitawand eingebrochen war, weshalb das rechte Auge entfernt werden musste.⁴⁰⁵

Das OLG nahm an, der Beklagte habe den Kläger fehlerhaft behandelt, weil er lediglich eine weitmaschige Kontrolle empfahl und es am 22.10.1993 unterließ, ihn innerhalb von zwei Wochen wieder einzubestellen sowie

400 BGH, NJW 1999, 3408.

401 BGH, NJW 1999, 3408 (3408 f.).

402 BGH, NJW 1999, 3408 (3410).

403 BGH, NJW 1999, 3408 (3410 f.).

404 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545.

405 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

eine Kernspin- oder Computertomographie zur weiteren Abklärung zu veranlassen. Durch das Unterlassen seien notwendige Befunderhebungen unterblieben.⁴⁰⁶ Es könne dabei dahinstehen, ob die unterlassene Befunderhebung bereits für sich genommen einen groben Behandlungsfehler darstellt,⁴⁰⁷ da bei einer Kernspin- oder Computertomographie Anfang November 1993 der Weichteilgewebetumor sicher festgestellt worden wäre.⁴⁰⁸ Auf Grundlage dieses Befundes hätte dann zwingend eine Probeexzision durchgeführt werden müssen, die ein Fibrosarkom ergeben hätte.⁴⁰⁹ Die Verkennung des Befunds bzw. die Unterlassung einer Probeexzision sei nicht mehr verständlich und somit ein grober Behandlungsfehler.⁴¹⁰

Ferner sei es auch nicht äußerst unwahrscheinlich, dass der Tumor zwischen Oktober und Januar in die Tiefe gewachsen ist und somit das Auge noch gerettet hätte werden können.⁴¹¹

OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.9.2000 – 8 U 114/99⁴¹² („voreilige Hysterektomie“)

Die Ärzte diagnostizierten bei der Klägerin zunächst eine linksseitige Nierenbeckenentzündung. Am 19.12.1994 stellte der Beklagte eine Senkung der Gebärmutter und der vorderen Scheidewand fest, weshalb er zu der Diagnose gelangte, dass die Ursache der Nierenbeckenentzündung ein aszendierender Harnwegs- und Blaseninfekt sei, der durch Blasenentleerungsstörungen und Restharnbildung infolge der Gebärmutter senkung hervorgerufen worden sei.⁴¹³ Am 28.12.1994 nahm der Beklagte deswegen eine vaginale Hysterektomie mit vorderer Kolporrhapie vor. Die weiterbehandelnden Ärzte stellten eine Antonie (Blasenlähmung) fest, die durch postoperative Behandlungsfehler entstanden sei. Außerdem kam eine Gutachterkommission zu dem Ergebnis, dass

406 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

407 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1547).

408 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

409 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

410 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

411 OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546f.).

412 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

413 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

mangels ausreichender Abklärung des Beschwerdebildes ein derartiger Eingriff nicht durchgeführt hätte werden dürfen.⁴¹⁴

Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass das ärztliche Vorgehen des Beklagten nicht sachgerecht gewesen sei. Die Durchführung des Eingriffs, ohne zuvor eine ausreichende Abklärung des Krankheitsbilds vorgenommen bzw. veranlasst zu haben, sei fehlerhaft,⁴¹⁵ da das Vorliegen einer Harnwegsinfektion allein keinesfalls eine Indikation für ein operatives Vorgehen rechtfertige. Eine derartige Operation dürfe nicht ohne eine vorherige urologische Befunderhebung zur Abklärung der genauen Ursache der Beschwerden durchgeführt werden.⁴¹⁶ Die Indikation des Eingriffs, lasse sich mangels urologischer Diagnostik nicht mehr feststellen.⁴¹⁷

Zwar gehe ein wie vom Beklagten diagnostizierter Befund oft mit einer Blasenentleerungsstörung einher, bei anderen Patientinnen träten hingegen keine dauerhaften urologischen Störungen auf.⁴¹⁸ Deshalb sei es Sache des Beklagten zu beweisen, dass die unterlassenen Untersuchungen ein operationspflichtiges Ergebnis erbracht hätten, da er den Eingriff vorgenommen habe, ohne zuvor die medizinisch zweifelsfrei gebotenen urologischen Untersuchungen vorzunehmen, die zur Sicherung der zweifelhaften Operationsindikation benötigt gewesen wären.⁴¹⁹

BGH, Urteil vom 23.3.2004 – VI 428/02⁴²⁰ („Schrittmacherbatterie“)

Der Beklagte bemerkte bei einer Kontrolluntersuchung des Herzschrittmachers der Klägerin am 7.10.1996, dass die Indikation zum Austausch der Batterien bestand. Daraufhin wurde ein Austauschtermin für den 9.10.1996 vereinbart. Beim Warten auf die Operation kollabierte die Klägerin und musste reanimiert werden. Infolge dessen erlitt sie ein apalliges Syndrom.⁴²¹

414 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

415 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

416 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

417 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

418 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856.

419 OLG Düsseldorf, VersR 2002, 856 (857).

420 BGH, NJW 2004, 1871.

421 BGH, NJW 2004, 1871.

Der BGH bestätigte, dass die Feststellung der verbliebenen Batteriekapazität wie die Pflicht zur Erhebung eines Krankheitsstatus eines Patienten den Sinn habe, Aufschluss über ein behandlungsbedürftiges Geschehen zu gewinnen, um dann die für die Gesundheit des Patienten nötige Maßnahme zu treffen. Die unterlassene Kontrolle erschwere und vereitle in gleichem Maße die Beweisführung.⁴²²

Allerdings habe das Berufungsgericht zu Unrecht die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines reaktionspflichtigen positiven Ergebnisses mit der Begründung verneint, dass auch ein Kammerflimmern allein den Zusammenbruch verursacht haben könnte. Mit dieser Argumentation habe das Berufungsgericht in unzulässiger Weise die Frage der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines reaktionspflichtigen Ergebnisses mit dem Problem des Ursachenzusammenhangs vermengt.⁴²³

Daher hätte das Berufungsgericht abklären müssen, ob der Umstand, dass die Indikation zum Austausch seit geraumer Zeit bekannt war, bei sofortiger Prüfung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Unzuverlässigkeit des Geräts aufgezeigt hätte und deshalb ein sofortiger Austausch dringend angezeigt gewesen wäre und die unterlassenen Reaktionen als grob fehlerhaft zu beurteilen ist.⁴²⁴

BGH, Urteil vom 27.4.2004 – VI ZR 34/03⁴²⁵ („übersehene Beckenringfraktur“)

Die Klägerin wurde am 10.5.1998 nach einem Motorradunfall in das von der Beklagten zu 1 geführte Krankenhaus eingeliefert. Dabei wurde eine Beckenringfraktur mit einem Sakrumkompressionsbruch von den Beklagten zu 3 bis 5 nicht bemerkt. Ab 11.6.1998 wurde die Klägerin ohne Entlastung durch eine Unterarmgehstütze mobilisiert. Obwohl die Klägerin über erhebliche Schmerzen geklagt hatte, wurden keine Röntgenaufnahmen, sondern eine weitere Mobilisierung veranlasst.⁴²⁶

Das Berufungsgericht verweigerte trotz der positiven Feststellung der Tatbestandsmerkmale eine Beweislastumkehr mit der Begründung, dass

422 BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

423 BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

424 BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

425 BGHZ 159, 48 = NJW 2004, 2011.

426 BGHZ 159, 48 (48 ff.) = NJW 2004, 2011.

sich eine frühere Erkennung des Bruchs sowie eine Mobilisierung unter Teilentlastung nicht positiv auf den Heilungsverlauf ausgewirkt hätten,⁴²⁷ da der Sachverständige einen Wahrscheinlichkeitsgrad von bis zu 90 % dafür annahm.⁴²⁸ Auch eine Beweiserleichterung unterhalb der Beweislastumkehr könne angesichts der hohen Wahrscheinlichkeit, dass sich bei früherem Erkennen der Fraktur am späteren Heilungsverlauf nichts geändert hätte, nicht zugesprochen werden.⁴²⁹

Der BGH stellte hingegen klar, dass der Senat zwar Formulierungen wie „Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast“ geprägt habe, allerdings kämen den „Beweiserleichterungen“ gegenüber der „Beweislastumkehr“ keine eigenständige Bedeutung zu.⁴³⁰ Daher habe ein grober Behandlungsfehler immer die Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite zur Folge. Dies sei nur ausnahmsweise dann ausgeschlossen, wenn der Ursachenzusammenhang zwischen groben Fehler und Schaden gänzlich bzw. äußerst unwahrscheinlich sei, sich also nicht das Risiko verwirklicht habe, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lasse oder der Patient durch sein Verhalten eine selbstständige Komponente für den Heilungserfolg vereitelt habe.⁴³¹

Bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr dürfe sich der Tatrichter deswegen nicht darauf beschränken, dem Patienten statt der vollen Beweislastumkehr lediglich abgestufte Beweiserleichterungen zu gewähren, zumal diese der Beweisnot des Patienten nicht abhelfen könnten.⁴³² Die Beweislastumkehr entfalle nur dann ausnahmsweise, wenn der Ursachenzusammenhang zwischen grobem Fehler und Schaden gänzlich bzw. äußerst unwahrscheinlich sei. Nahe legen oder wahrscheinlich machen müsse er ihn dafür nicht.⁴³³

427 BGHZ 159, 48 (52f.) = NJW 2004, 2011 (2012).

428 BGHZ 159, 48 (51) = NJW 2004, 2011 (2012).

429 BGHZ 159, 48 (52) = NJW 2004, 2011 (2012).

430 BGHZ 159, 48 (53f.) = NJW 2004, 2011 (2012).

431 BGHZ 159, 48 (54f.) = NJW 2004, 2011 (2013).

432 BGHZ 159, 48 (55) = NJW 2004, 2011 (2013).

433 BGHZ 159, 48 (54) = NJW 2004, 2011 (2012f.).

OLG Koblenz, Urteil vom 5.7.2004 – 12 U 572/97⁴³⁴ („Hypoglykämie“)

Am 4.8.1987 gebar die Mutter des Klägers Zwillinge. Der Kläger kam als zweiter mit einem Geburtsgewicht von nur 1900 Gramm auf die Welt. Die Geburt wurde von den Beklagten begleitet. Am Morgen des 7.8.1987 befand sich der Kläger in sehr schlechtem Zustand, woraufhin die Beklagten die Überweisung in die pädiatrische Abteilung eines Krankenhauses veranlassten. Der Kläger erlitt bei dem Transport einen zerebralen Krampfanfall und blieb schwerstbehindert.⁴³⁵

Das OLG kam zu dem Ergebnis, die Beklagten hätten pflichtwidrig und schuldhaft den Kläger nicht umgehend nach der Geburt zur weiteren und fachgerechten neonatologischen Betreuung in eine pädiatrische Abteilung verlegt und es darüber hinaus unterlassen, die dringend gebotenen Blutzuckerkontrollen anzurufen. Das dadurch erhöhte Risiko einer Neugeborenenhypoglykämie habe sich zu einer schweren symptomatischen und protrahierten Hypoglykämie entwickeln können und sei zur Ursache des schweren Gesundheitsschadens des Klägers geworden.⁴³⁶

Diese Untersuchungen hätten auch 1987 bereits seit Jahren dem ärztlichen Standard entsprochen.⁴³⁷ Bei dieser Sachlage sei nach Überzeugung des Senats auch ohne einen dies unmittelbar beweisenden Messwert von einer klinisch bedeutsamen Hypoglykämie beim Kläger auszugehen. Für diese Überzeugungsbildung genüge, da eine absolute Gewissheit selten zu erreichen und jede Möglichkeit des Gegenteils nicht auszuschließen sei, ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, also ein für einen vernünftigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Menschen so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass er den Zweifeln Schweigen gebiete, ohne sie völlig ausschließen zu müssen.⁴³⁸

Darüber hinaus fügte das Berufungsgericht vorsorglich hinzu, dass zugunsten des Klägers ohnehin eine Beweislastumkehr gegeben sei, da

⁴³⁴ OLG Koblenz, NJW 2005, 1200.

⁴³⁵ OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1200 f.).

⁴³⁶ OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1201).

⁴³⁷ OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1201).

⁴³⁸ OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1202).

die Wahrscheinlichkeit eines positiven Befundergebnisses in jedem Fall höher als 50 % gewesen sei.⁴³⁹

Ferner habe die beim Kläger eingetretene schwere symptomatische und protrahierte Hypoglykämie mit großer Wahrscheinlichkeit die schwere Hirnschädigung des Klägers einschließlich der Schädigung der Sehrinde verursacht.⁴⁴⁰

OLG München, Urteil vom 24.2.2005 – 1 U 4624/03⁴⁴¹ („Hypoxie nach Strumaresektion“)

Die Beklagten betrieben eine Gemeinschaftspraxis und führten bei der Patientin am 1.4.1985 eine Strumaresektion durch. Bei sechs Messungen von 18:00 bis 19:00 Uhr wurden sinkende Blutdruckwerte festgestellt. Dennoch wurde nach der Patienten nur noch einmal um 20:00 Uhr zur Gabe von 2 ml Thalamonal gesehen. Gegen 20:30 Uhr trat bei ihr Kammerflimmern auf. Zwar gelang eine Reanimation, allerdings erwachte die Patientin bis zu ihrem Tod am 28.2.1999 nicht mehr aus dem Koma.⁴⁴²

Das Berufungsgericht sah es als erwiesen an, dass zwischen 19:00 und 20:30 Uhr eine unzureichende Überwachung stattgefunden hatte. Zwar konnte aus den Sachverständigengutachten nicht der Nachweis eines groben Fehlers entnommen werden, allerdings hätte die Patientin in dieser Zeit regelmäßig untersucht und die Vitalwerte gemessen werden müssen.⁴⁴³ Die laufende Erhebung der Vitalparameter und die Beobachtung der Patientin auf Atemschwierigkeiten stelle die ärztlich geschuldete Erhebung von Befunden dar. Bei einer dauernden Überwachung hätte sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vor dem Eintritt des Kammerflimmerns ein reaktionspflichtiger positiver Befund ergeben.⁴⁴⁴ Zwar lasse sich die Ursache des Kammerflimmerns nicht klären, allerdings erscheine es wahrscheinlicher, dass es auf einen Atemstillstand als auf einen Herzinfarkt zurückzuführen sei. Hätte man die Patientin überwacht, hät-

439 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1202).

440 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1202).

441 OLG München, NJW-RR 2006, 33.

442 OLG München, NJW-RR 2006, 33 f.

443 OLG München, NJW-RR 2006, 33 (35).

444 OLG München, NJW-RR 2006, 33 (35).

te jedenfalls zwingend intubiert werden müssen, da alles andere ein großer Fehler gewesen wäre.⁴⁴⁵

OLG Celle, Urteil vom 22.10.2007 – 1 U 24/06⁴⁴⁶ („Kontrolluntersuchungen bei Präeklampsie“)

Nach der ersten Schwangerschaft der Mutter des Klägers wurde im Entlassungsbericht wie auch im Mutterpass eine „Präeklampsie“ vermerkt. Am 2.11.2000 führte der Beklagte an der Mutter des Klägers eine Blutdruckuntersuchung durch, die einen Wert von 151/88 mmHg ergab. Ferner stellte er eine erhebliche Gewichtszunahme der Kindesmutter und eine erhebliche Proteinurie fest, woraufhin er einen Wiedervorstellungstermin in einer Woche vereinbarte. Am 6.11.2000 wurde vom Notfallarzt die Diagnose „Präeklampsie“ gestellt. Der Beklagte führte eine Not-Sectio durch. Der Kläger wurde mit einem APGAR-Wert von 0 (= leblos) geboren. Der wiederbelebte Kläger ist seit seiner Geburt schwerstbehindert.⁴⁴⁷

Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass dem Beklagten ein Behandlungsfehler unterlaufen sei, da er medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde nicht erhoben habe. Der Sachverständige urteilte einen Wiedervorstellungstermin innerhalb einer Woche als zu spät. Aufgrund der vorliegenden Untersuchungsergebnisse und der ihm bekannten Risikofaktoren hätte der Beklagte entweder eine 24-Stunden-Blutdruckmessung spätestens innerhalb eines Drei-Tages-Zeitraumes zusammen mit einer 24-stündigen quantitativen Bestimmung der Eiweißausscheidung im Urin bei der Kindesmutter vornehmen müssen oder diese unter stationären Bedingungen, einschließlich der gebotenen CTG- und Laborkontrollen, veranlassen müssen.⁴⁴⁸

Der Sachverständige führte ferner aus, dass sich bei Vornahme der gebotenen Untersuchung mit Wahrscheinlichkeit ein erhöhender systolischer aber auch diastolischer Blutdruck ebenso wie die Eiweißausscheidung im eindeutig pathologischen Bereich gezeigt hätte.⁴⁴⁹

445 OLG München, NJW-RR 2006, 33 (35).

446 OLG Celle, VersR 2009, 500.

447 OLG Celle, VersR 2009, 500 (501).

448 OLG Celle, VersR 2009, 500 (501).

449 OLG Celle, VersR 2009, 500 (501 f.).

Unabhängig davon komme dem Kläger wegen des Verstoßes gegen die Befunderhebungspflicht eine Beweislastumkehr zugute. Eine reaktionspflichtige Diagnose sei im Falle wiederholter Messungen „sehr wahrscheinlich“ gewesen. Des Weiteren sei die fehlende Reaktion als ein Fehler anzusehen, der gegen elementare Regeln des Faches verstöße und einem gewissenhaft arbeitenden Frauenarzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfe.⁴⁵⁰

OLG Koblenz, Urteil vom 24.4.2008 – 5 U 1236/07⁴⁵¹ („Röntgen I“)

Die Klägerin erlitt bei einem Verkehrsunfall am 6.6.2001 schwerste Verletzungen. Eine Verletzung der Lendenwirbelsäule war auf den Röntgenbildern im Krankenhaus der Beklagten nicht erkannt worden, weshalb sich die Notfallversorgung auf die übrigen Verletzungen der Klägerin beschränkte.⁴⁵²

Das Berufungsgericht schloss sich der Überzeugung des Ausgangsgerichts an, wonach der am Unfalltag erhobene Röntgenbefund derart unklar gewesen sei, dass zwingend weitere Befunde erhoben hätten werden müssen. Bei einem derartigen Versäumnis sei für eine Beweislastumkehr auf die Grundsätze zur unterlassenen Befunderhebung abzustellen. Es stehe außer Zweifel, dass die gebotene ergänzende Befunderhebung die Verletzung an der Lendenwirbelsäule offenbart und die sofortige medizinische Versorgung bewirkt hätte.⁴⁵³

BGH, Urteil vom 7.6.2011 – VI ZR 87/10⁴⁵⁴ („Thalamusinfarkt“)

Die Klägerin wurde am 31.10.1998 in tief somnolentem Zustand in ein Klinikum eingewiesen. Eine Computertomografie und eine Liquordiagnostik führten zur Diagnose eines psychogenen bzw. depressiven Stupors, woraufhin die Klägerin in eine Einrichtung der Beklagten verlegt

450 OLG Celle, VersR 2009, 500 (502).

451 OLG Koblenz, MedR 2009, 231.

452 OLG Koblenz, MedR 2009, 231 (232).

453 OLG Koblenz, MedR 2009, 231 (232).

454 BGH, NJW 2011, 2508.

wurde. Die Eingangsdiagnose wurde nicht überprüft. Bei einer Folgeuntersuchung in einer anderweitigen Einrichtung im März 1999 stellte sich heraus, dass die Klägerin am 31.10.1998 einen embolischen Thalamusinfarkt erlitten hatte.⁴⁵⁵

Der BGH befand, die Revision bemängele mit Recht, dass das Berufungsgericht die rechtlichen Grundsätze einer möglichen Beweislastumkehr für den Kausalitätszusammenhang zu Gunsten der Klägerin verkannt habe, da auch bei einem einfachen Befunderhebungsfehler eine Beweislastumkehr in Betracht komme.⁴⁵⁶ Eine Umkehr der Beweislast könne nur dann ausgeschlossen werden, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich sei.⁴⁵⁷

Der BGH führte weiter aus, dass es nicht zu den Voraussetzungen der Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers gehöre, dass die Verkennung des Befunds und das Unterlassen der gebotenen Therapie völlig unverständlich seien. Auch müsse der Patient nicht den Nachweis dafür erbringen, dass eine frühzeitigere Therapie das Schadensbild positiv verändert hätte. Vielmehr genüge für eine Haftung aus schweren Behandlungsfehlern, dass der grobe Verstoß des Arztes generell geeignet sei, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen.⁴⁵⁸

BGH, Urteil vom 13.9.2011 – VI ZR 144/10⁴⁵⁹ („Vorderwandinfarkt statt Angina pectoris“)

Der Kläger litt am 11.11.2004 an Herz- und Magenschmerzen. Nach dem telefonischen Hinweis durch die Ehefrau auf einen in der Familie aufgetretenen Herzinfarkt kam die beklagte Notärztin gegen 22:30 Uhr zu einem Hausbesuch. Die Beklagte stellte die Diagnose eines Verdachts auf Virusinfekt und Angina pectoris. Da die Beschwerden des Klägers unverändert blieben, begab er sich in ein Krankenhaus. Ein um 2:34 Uhr angefertigtes EKG zeigte einen akuten Vorderwandinfarkt.⁴⁶⁰

455 BGH, NJW 2011, 2508.

456 BGH, NJW 2011, 2508.

457 BGH, NJW 2011, 2508.

458 BGH, NJW 2011, 2508 (2508 f.).

459 BGH, NJW 2011, 3441.

460 BGH, NJW 2011, 3441.

Das Berufungsgericht hatte einen grob fehlerhaften Befunderhebungsfehler verneint, da es aus Sicht des Sachverständigen zwar naheliegender gewesen ist, an eine Herzbeteiligung zu denken und daher eine sofortige EKG-Untersuchung zu veranlassen, allerdings die geschilderten Symptome auch als Hinweise auf eine Virusinfektion gedeutet hätten werden können. Dennoch, so der BGH, seien vom Berufungsgericht keine Feststellungen dazu erfolgt, ob die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler vorliegen. Es lasse sich nämlich zumindest nicht ausschließen, dass die vom Sachverständigen geforderte ergänzende Diagnostik mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis im Sinne eines akuten koronaren Geschehens gezeigt hätte und sich die Nichtreaktion hierauf bzw. eine verspätete Reaktion als grob fehlerhaft dargestellt hätte. Vielmehr sei grundsätzlich mit höherer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Geschehen bei einer sofortigen Einweisung in das Krankenhaus einen anderen Verlauf genommen hätte.⁴⁶¹

OLG München, Urteil vom 6.10.2011 – 1 U 5220/10⁴⁶² („Angiographie“)

Die Klägerin suchte den Beklagten, ein Facharzt für Allgemein- und Sportmedizin 1991 wegen rechtsseitiger Schmerzen beim Gehen auf. Die bis März 1995 erfolgten Untersuchungen ergaben keinen wesentlichen Befund.⁴⁶³ Der Beklagte ging von einer orthopädischen Erkrankung aus. Im Mai 1995 wurde schließlich bei einer computertomographischen Untersuchung der Lendenwirbelsäule eine ausgeprägte degenerative Diskopathie im Segment L 5/S 1 festgestellt,⁴⁶⁴ weshalb das rechte Bein amputiert werden musste.⁴⁶⁵

Das OLG war der Ansicht, der Beklagte durfte nach jahrelanger erfolgloser Behandlung nicht mehr an seiner Diagnose einer orthopädischen Erkrankung festhalten, sondern hätte differenzialdiagnostisch auch eine Gefäßerkrankung selbst oder durch Überweisung an einen Facharzt

461 BGH, NJW 2011, 3441.

462 OLG München, RDG 2012, 31.

463 OLG München, RDG 2012, 31.

464 OLG München, RDG 2012, 31 (31 f.).

465 OLG München, RDG 2012, 31 (32).

abklären müssen. Dennoch wurden weder eine basale angiologische Untersuchung durch Tasten und Auskultieren der peripheren Pulse durchgeführt, noch eine Angiographie bei einem Facharzt veranlasst.⁴⁶⁶

Das Fehlverhalten sei als Befunderhebungsfehler und nicht als Diagnosefehler zu werten. Der Schwerpunkt des Fehlers liege nicht in der Diagnose einer orthopädischen Erkrankung, sondern darin, dass er, nachdem eine aussagekräftige bildgebende Diagnostik jahrelang keinen Befund in Richtung auf die von ihm angenommene orthopädische Ursache der Beschwerden erbracht hatte, nichts unternommen habe, um eine differenzialdiagnostisch zu erwägende Gefäßerkrankung auszuschließen.⁴⁶⁷ Allerdings sei das Fehlverhalten nicht als grober Befunderhebungsfehler zu werten.⁴⁶⁸

Die weiteren Voraussetzungen der Beweislastumkehr aufgrund eines einfachen Befunderhebungsfehlers lagen vor.⁴⁶⁹ In der Literatur wurde die Entscheidung des Gerichts als richtig empfunden.⁴⁷⁰

BGH, Urteil vom 2.7.2013 – VI ZR 554/12⁴⁷¹ („Hirnvenenthrombose“)

Nachdem die Patientin bereits mehrere Tage an Kopfschmerzen litt, suchte sie am 3.2.2002 das Krankenhaus der Beklagten auf. Der neurologische Untersuchungsbefund blieb unauffällig. Am 4.2.2002 trat bei der Patientin eine symptomatische Epilepsie auf. Daraufhin wurde eine Hirnvenenthrombose diagnostiziert. Schließlich erlitt sie im Rahmen der Epilepsie eine schwere hirndiffuse Schädigung und verstarb auf Grund der mit der Hirnvenenthrombose auftretenden Komplikationen. Kläger sind die Erben der Patientin.⁴⁷²

Der BGH urteilte, dass das Berufungsgericht trotz der Annahme eines einfachen Befunderhebungsfehlers und der bisher getroffenen Feststellungen zu Unrecht den Kausalzusammenhang verneine.⁴⁷³ Nach den

466 OLG München, RDG 2012, 31 (32).

467 OLG München, RDG 2012, 31 (32).

468 OLG München, BeckRS 2011, 23882.

469 OLG München, BeckRS 2011, 23882.

470 Baur, GesR 2011, 577 (578).

471 BGH, NJW 2013, 3094.

472 BGH, NJW 2013, 3094.

473 BGH, NJW 2013, 3094.

Grundsätzen des einfachen Befunderhebungsfehlers komme eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Klägerin in Betracht. Für die rechtliche Prüfung sei entsprechend den im Berufungsurteil festgestellten und tatsächlichen Umständen davon auszugehen, dass bei einer Verlaufskontrolle die Wirkungslosigkeit der verordneten Medikation festgestellt worden wäre, die sodann gebotene weitere Befunderhebung zur Feststellung der Hirnvenenthrombose am 3.2.2002 statt am 4.2.2002 geführt hätte und die Ärzte im Krankenhaus darauf sogleich mit der Gabe von Heparin reagieren hätten.⁴⁷⁴

Allerdings fänden die entwickelten Grundsätze über die Beweislastumkehr für den Kausalitätsbeweis grundsätzlich nur Anwendung, soweit durch den Fehler des Arztes unmittelbar verursachte haftungsbegründende Gesundheitsverletzungen (Primärschäden) in Frage stehen. Für den Kausalitätsnachweis von Folgeschäden (Sekundärschäden) gelten sie nur, wenn diese eine typische Folge des Primärschadens seien. Dies gelte auch für den Befunderhebungsfehler.⁴⁷⁵ Rechtsgutsverletzung (Primärschaden) sei vorliegend – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht die nicht rechtzeitige Erkennung einer bereits vorhandenen behandlungsbedürftigen Gesundheitsbeeinträchtigung, hier der Hirnvenenthrombose, sondern vielmehr die durch den Behandlungsfehler herbeigeführte gesundheitliche Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung.⁴⁷⁶

OLG Oldenburg, Urteil vom 21.5.2014 – 5 U 216/11⁴⁷⁷ („Minderwuchs“)

Am 22.3.2005 fand sich die damals achtjährige Klägerin bei einer Körperlänge von 124,5 cm und einem Gewicht von 31 kg wegen des Verdachts auf Pubertas praecox und Minderwuchs in der pädiatrischen – endokrinologischen Ambulanz im Haus der Beklagten ein. Obwohl keine abschließende Beurteilung der Klägerin möglich war, sahen die Ärzte keinen weiteren Handlungsbedarf und empfahlen eine abwartende Haltung. Am 3.4.2009 stellte sich die Klägerin erneut bei einem Kinderarzt vor. Inzwi-

474 BGH, NJW 2013, 3094 (3095).

475 BGH, NJW 2013, 3094 (3095).

476 BGH, NJW 2013, 3094 (3095).

477 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336.

schen war sie 144 cm groß. Wie sich herausstellte, war die Klägerin kleinwüchsig und entwicklungsbeschleunigt und zeigte Zeichen einer Hyperandrogenämie. Eine medikamentöse Therapie war wegen dem Schluss der Wachstumsfugen nicht mehr möglich.⁴⁷⁸

Das OLG war davon überzeugt, dass bereits im Krankenhaus der Beklagten der Kleinwuchs der Klägerin erkannt hätte werden müssen. Bei einem fachgerechten Vorgehen hätte eine Therapie mit einem GnRH-Agonisten empfohlen werden müssen und eine weitere diagnostische Abklärung oder wenigstens regelmäßige Verlaufskontrollen nahegelegen. Aufgrund der bekannten Befunde und des äußerlichen Erscheinungsbildes der Klägerin hätte sich im Rahmen einer kinderendokrinologischen Untersuchung eine auf die Körpergröße und das Knochenalter gestützte Wachstumsprognose anschließen müssen. Diese Berechnung hätte eine prospektive Endgröße von 148,6 cm ergeben. Somit sei bereits am 22.3.2005 der Kleinwuchs absehbar gewesen.⁴⁷⁹ Dann wären umgehend monatliche Injektionen eines GnRH-Agonisten veranlasst gewesen.⁴⁸⁰

Zwar könne kein grober Behandlungsfehler festgestellt werden,⁴⁸¹ allerdings könne eine Beweislastumkehr im Zusammenhang mit der haftungsbegründenden Kausalität auch bei einer einfach fehlerhaften Unterlassung der medizinisch gebotenen Befunderhebung eingreifen. Dies sei hier der Fall.⁴⁸² Bei Durchführung der gebotenen Maßnahmen hätten sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit so deutliche und gravierende Befunde gezeigt, dass sich deren Verkennung als fundamental und eine Nichtreaktion auf sie als grob fehlerhaft darstellen.⁴⁸³

OLG Koblenz, Urteil vom 28.5.2014 – 5 U 1244/13⁴⁸⁴ („übersehene Bursitis“)

Ohne äußerlich erkennbare Ursache traten bei dem Kläger plötzlich Beschwerden im rechten Ellenbogen auf, weswegen er am 15.7.2005 die Praxis des Beklagten aufsuchte. Dieser diagnostizierte eine operations-

478 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336 (1336 f.).

479 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336 (1337).

480 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336 (1339).

481 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336 (1340).

482 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336 (1340).

483 OLG Oldenburg, VersR 2014, 1336 (1340).

484 OLG Koblenz, VersR 2014, 1458.

pflichtige, chronische Schleimbeutelentzündung im rechten Ellenbogen-gelenk. Bei dem Termin unterblieben eine Messung der Körpertemperatur und die Bestimmung der Blutsenkungsgeschwindigkeit. Am 19.7.2005 erstellte der Beklagte schließlich ein Blutbild. Die am 21.7.2005 durchgeführte Bursitisoperation führte zu zahlreichen Komplikationen.⁴⁸⁵

Das Berufungsgericht war davon überzeugt, dass dem Beklagten ein Befunderhebungsversäumnis unterlaufen war, da er davon absah, Fieber zu messen und die Blutsenkungsgeschwindigkeit zu bestimmen.⁴⁸⁶ Das pflichtgemäße Vorgehen hätte zwingend offenbart, dass eine floride Bursitis vorlag, der durch sofortige Operation begegnet hätte werden müssen.⁴⁸⁷ Nach Ansicht des Sachverständigen wäre es zu den erheblichen Belastungen und Einschränkungen durch die Nachbehandlungen nicht gekommen, wenn der Beklagte am 15.7.2005 unverzüglich operiert hätte. Daher hielt das OLG eine Beweislastumkehr für gegeben.⁴⁸⁸

OLG Koblenz, Urteil vom 11.2.2015 – 5 U 747/14⁴⁸⁹ („Abklingen eines Abszesses“)

Die Klägerin begab sich am 1.11.2002 bei der Beklagten wegen zunehmender Analbeschwerden in Behandlung, die computertomographisch einen Abszess diagnostizierte. Da sich die Beschwerden besserten und eine Rektoskopie am 4.11.2002 nach einer wenig aufschlussreichen Untersuchung am Vortag keine Hinweise auf Fistelgänge ergab, waren die Ärzte von einer spontanen Perforation und Entleerung des Abszesses in das Rektum ausgegangen. Später stellte sich heraus, dass die Klägerin tatsächlich unter einer Analfistel litt.⁴⁹⁰

Das OLG wertete das Vorgehen der Beklagten als unzureichend. Richtigerweise hätte die Klägerin unter Narkose mittels einer operativen Nachschau auf den Abszess hin untersucht werden müssen. Dabei wäre ein operationsbedürftiger Abszess – perforiert oder nicht perforiert – festgestellt worden. Die alleinige Rektoskopie war weder diagnostisch, noch

485 OLG Koblenz, VersR 2014, 1458 (1458 f.).

486 OLG Koblenz, VersR 2014, 1458 (1459).

487 OLG Koblenz, VersR 2014, 1458 (1459 f.).

488 OLG Koblenz, VersR 2014, 1458 (1460).

489 OLG Koblenz, MedR 2016, 978.

490 OLG Koblenz, MedR 2016, 978.

therapeutisch ausreichend. Der Sachverständige schätzt die Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen eines behandlungsbedürftigen Abszesses auf 51 % und hielt es für einen groben Behandlungsfehler, auf den Befund – egal ob perforiert oder nicht – nicht zu reagieren.⁴⁹¹

BGH, Urteil vom 24.2.2015 – VI ZR 106/13⁴⁹² („Amisulprid ohne EKG-Kontrolle/EKG II“)

Der Sohn der Klägerin litt unter einer Psychose und einer bekannten bradykarden Herzaktion. Am 22.12.2004 erhielt der Patient vom Beklagten, der eine Praxis für Neurologie und Psychiatrie betrieb, 80 Tabletten Amisulprid 200. Kontrollen der Medikation wurden nicht angeordnet. Die Klägerin fand ihren Sohn am Morgen des 17.10.2005 leblos in seinem Bett.⁴⁹³

Der BGH erklärte, dass das Absehen von halbjährlichen EKG-Untersuchungen nur dann als Behandlungsfehler bewertet werden könne, wenn diese im Zeitpunkt der Behandlung zum medizinischen Standard gehört hätte.⁴⁹⁴ Der Sachverständige hatte halbjährliche EKG-Kontrollen medizinisch für geboten erachtet, da die Warnhinweise der Hersteller von Amisulprid darauf verweisen, dass das Medikament eine dosisabhängige Verlängerung des QT-Intervalls verursache und dieser Effekt insbesondere durch die Bradykardie verstärkt werde. Auch in den Leitlinien der DDPPN sowie der Fachliteratur werde die halbjährliche Durchführung eines EKG bei einer Amisulprid-Medikation empfohlen.⁴⁹⁵ Daher habe das Berufungsgericht auf Grundlage einer eigenen, vom Sachverständigen abweichenden Beurteilung zu Unrecht angenommen, dass es weder notwendig gewesen sei, den Patienten selbst mittels EKG zu untersuchen, noch eine Überweisung an einen anderen Arzt in Betracht zu ziehen.⁴⁹⁶

491 OLG Koblenz, MedR 2016, 978 (980).

492 BGH, NJW 2015, 1601.

493 BGH, NJW 2015, 1601.

494 BGH, NJW 2015, 1601 (1602).

495 BGH, NJW 2015, 1601 (1602).

496 BGH, NJW 2015, 1601 (1602).

LG Regensburg, Urteil vom 19.11.2015 – 40 1318/11⁴⁹⁷ („Nervenkontrolle“)

Die 1997 geborene Klägerin litt unter einer starken Rückgratverkrümmung, die bei der Beklagten durch eine Aufrichtung der Wirbelsäule behoben werden sollte. Zu Beginn der Operation wurde die Klägerin derart betäubt, dass eine Kontrolle einer möglichen Nervbeeinträchtigung während und unmittelbar nach der Operation nicht mehr möglich war. Während der Operation starb ein Nerv unbemerkt ab.⁴⁹⁸

Das LG sah in dem Vorgehen der Beklagten einen Behandlungsfehler. Eine Nervverletzung sei das typische Risiko beim Aufrichten der Wirbelsäule, weshalb der Operateur besonders sorgfältig darauf zu achten habe, dass im Falle der Schädigung eines Nervs schnell und adäquat reagiert werde. Der Operateur habe die Klägerin derart stark betäubt, dass eine Nervschädigung nicht mehr zuverlässig durch Aufwachtests oder Neuromonitoring festgestellt werden konnte. Dadurch sei eine während der OP notwenige Befunderhebung unmöglich geworden.⁴⁹⁹

Hierin liege ein Behandlungsfehler in Form eines Befunderhebungsfehlers. Wäre im Zeitpunkt der Schmerzreaktion der Klägerin eine Kontrolle der Nerven möglich gewesen, hätte diese mit großer Wahrscheinlichkeit die Schädigung eines Nervs gezeigt. Der Arzt hätte daraufhin umgehend die Spannung des Rückenmarks vermindern müssen, wodurch das Risiko einer Querschnittslähmung deutlich verringert worden wäre. Dies zu unterlassen wäre ein unvertretbares ärztliches Fehlverhalten.⁵⁰⁰

BGH, Urteil vom 26.1.2016 – VI ZR 146/14⁵⁰¹ („HELLP-Syndrom“)

Der Kläger warf dem Beklagten, einem niedergelassenen Frauenarzt, vor, in der Spätphase der Schwangerschaft der Mutter ein HELLP-Syndrom nicht erkannt zu haben, wodurch es zu einer Sauerstoffunversorgung und schwersten Gesundheitsschäden gekommen war.⁵⁰²

497 LG Regensburg, VersR 2016, 1056.

498 LG Regensburg, VersR 2016, 1056.

499 LG Regensburg, VersR 2016, 1056 (1057).

500 LG Regensburg, VersR 2016, 1056 (1057 f.).

501 BGH, NJW 2016, 1447.

502 BGH, NJW 2016, 1447 (1447 f.).

Der BGH war der Ansicht, dass das Oberlandesgericht ohne Rechtsfehler die Voraussetzungen einer Beweislastumkehr angenommen habe, da weitere Befunde zu erheben gewesen wären und diese mit einer Wahrscheinlichkeit von deutlich mehr als 50 Prozent auf ein HELLP-Syndrom schließen hätten lassen. Als Folge dessen wäre es grob fehlerhaft gewesen, die Schwangerschaft nicht sofort zu beenden.⁵⁰³

Da sich der Beklagte wegen der ihm bekannten Umstände nicht mit der Diagnose „leichte Blutdruckerhöhung“ zufrieden geben hätte dürfen, sondern dem naheliegenden Verdacht auf eine Gestose mit den üblichen, dem Standard entsprechenden Befunderhebungen nachgehen hätte müssen, ist ihm insoweit ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen.⁵⁰⁴

OLG Oldenburg, Urteil vom 18.05.2016 – 5 U 1/14⁵⁰⁵ („steigende PSA-Werte“)

Der Kläger war bei dem Beklagten im Juni 2004, November 2005 und Dezember 2006 zur Krebsvorsorge in Behandlung. Trotz steigender PSA-Werte sah der Beklagte keine Veranlassung für weitere Untersuchungen. Erst im April 2009 überwies der Beklagte den Kläger an einen Urologen. Tatsächlich litt der Kläger an der Prostata an einem Adenokarzinom mit kapselüberschreitendem Wachstum, als dessen Folge die Prostata entfernt werden musste.⁵⁰⁶

Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass der Beklagte den Befund vom Dezember 2006 nicht auf sich beruhen lassen hätte dürfen, sondern zum Anlass nehmen müssen, eine Kontrolluntersuchung im ersten Halbjahr 2007 zu veranlassen. Das besagte Versäumnis sei nicht lediglich als (einfach fehlerhafte) unzureichende Sicherungsaufklärung, sondern als unterlassene Befunderhebung zu qualifizieren. Die unterlassene Kontrolluntersuchung für das erste Halbjahr 2007 wäre generell geeignet gewesen, eine Prognoseverschlechterung herbeizuführen. Dem Kläger müsse insoweit eine Beweislastumkehr zu Gute kommen.⁵⁰⁷

503 BGH, NJW 2016, 1447 (1448).

504 BGH, NJW 2016, 1447 (1448).

505 OLG Oldenburg, RDG 2016, 242.

506 OLG Oldenburg, RDG 2016, 242.

507 OLG Oldenburg, RDG 2016, 242 (243).

b) grober Befunderhebungsfehler

OLG Celle, Urteil vom 9.1.1984 – 1 U 5/83⁵⁰⁸ („Staphylokokken nach Arthrotomie“)

Der Kläger begab sich wegen eines Meniskusrisses unter Bewegungsschmerzen im rechten Kniegelenk bei dem Beklagten in stationäre Behandlung. Eine am 1.6.1978 durchgeführte Athroskopie misslang wegen trüber Gelenkflüssigkeit. Eine bakteriologische Untersuchung der Flüssigkeit erfolgte nicht. Ab dem 8.6.1978 litt der Kläger unter heftigen Schmerzen, einer Schwellung im rechten Knie sowie erhöhter Temperatur. Eine Kniegelenkpunktuierung mit anschließender bakteriologischer Untersuchung am 12. bzw. 13.6.1978 zeigte eine Staphylokokkeninfektion aufgrund derer das Kniegelenk versteift werden musste.⁵⁰⁹

Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass der Beklagte die trübe Gelenkflüssigkeit bakteriologisch untersuchen hätte müssen.⁵¹⁰ Durch eine Punktionsam 8.6.1978 wäre sehr wahrscheinlich eine Infektion erkannt worden. Bei sofortiger Behandlung hätten gute Chancen auf die Erhaltung wesentlicher Gelenkfunktionen bestanden. In diesem Fall müsse eine Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers ausgesprochen werden, da der Beklagte in ungewöhnlich großem Maße die erforderliche Sorgfaltspflicht verletzt und außer Acht gelassen habe, was jedem hätte einleuchten müssen.⁵¹¹ Daher sei es nun Aufgabe des Beklagten zu beweisen, dass das Kniegelenk bereits bei Beginn der Therapie am 8.6.1978 nicht mehr zu retten gewesen sei.⁵¹²

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.1985 – 8 U 155/84⁵¹³ („Röteln I“)

Ein am 5.6.1978 durchgeführter Rötelntest ergab einen HAH-Titer der Klägerin von 1:16, weshalb der Beklagte eine Impfung für nicht erforder-

508 OLG Celle, VersR 1985, 1047.

509 OLG Celle, VersR 1985, 1047.

510 OLG Celle, VersR 1985, 1047.

511 OLG Celle, VersR 1985, 1047 (1048).

512 OLG Celle, VersR 1985, 1047 (1048).

513 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414.

lich erachtete. Die am 22.2.1980 geborene Tochter der Klägerin wies dennoch typische Zeichen einer Rötelnembryopathie auf und ist Zeit Lebens schwerstbehindert.⁵¹⁴

Das OLG entschied, der Beklagte habe schuldhaft versäumt, eine mögliche Schädigung der Leibesfrucht durch eine Rötelninfektion der Klägerin durch weitere Befunderhebung hinreichend auszuschließen. Die Klägerin hatte den Beklagten am 27.6.1980 auf eine nur wenige Tage zurückliegende Hauterkrankung hingewiesen, aufgrund welcher der Beklagte eine Rötelninfektion gar für möglich gehalten hatte. Daher hätte er einen erneuten Rötelntest veranlassen müssen. Dabei hätte sich herausgestellt, dass es sich bei dem ermittelten HAH-Titer um einen falsch-positiven Titer gehandelt haben musste.⁵¹⁵

Aufgrund der Hauterkrankung sei es pflichtwidrig gewesen, von einer erneuten Bestimmung des Immunstatus der Klägerin abzusehen. Daher konnten den Beklagten auch die damals geltenden Mutterschaftsrichtlinien, wonach bei einem HAH-Titer von mindestens 1:16 ein ausreichender Schutz gegen Rötelnembryopathie gegeben war, nicht entlasten.⁵¹⁶

OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.10.1986 – 13 U 52/84⁵¹⁷ („Ösophagusstenose nach Chemotherapie“)

Mittels Knochenmarkpunktion wurde beim Patienten am 9.3.1978 im Krankenhaus der Beklagten eine akute lymphatische Leukämie diagnostiziert. Der Patient wurde nicht auf die Gefahr hingewiesen, dass es infolge der geplanten chemotherapeutischen Behandlung zu einer Stenose oder einem völligen Verschluss der Speiseröhre kommen könnte. Am 10.3.1978 begannen die Ärzte mit einer Induktionstherapie nach dem Riehmschen Therapieprotokoll.⁵¹⁸ Durch die Behandlung kam es beim Patienten zu erheblichen Beschwerden (u. a. Ösophagitis, Stenose). Am 18.11.1982 starb der Patient in Folge eines Leukämierückfalls.⁵¹⁹

514 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414.

515 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414 (415).

516 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414 (415).

517 OLG Karlsruhe, NJW 1987, 718.

518 OLG Karlsruhe, NJW 1987, 718.

519 OLG Karlsruhe, NJW 1987, 718 (719).

Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass die Beklagte schuldhaft erforderliche Diagnosemaßnahmen unterließ, die Klarheit über das Vorhandensein, das Ausmaß und die genaue Ursache der Ösophagitis gebracht hätten. In Folge dessen seien geeignete Therapiemaßnahmen unterblieben, weshalb die Ösophagitis schließlich zur Stenose geführt habe. Mittels Röntgenkontrastdarstellung und/oder Ösophaguskopie hätte zweifelsfrei diagnostiziert werden können, ob eine Ösophagitis vorlag, wie schwer sie war, ob eine Stenose bereits im Entstehen war und was die Ursache für die Ösophagitis war.⁵²⁰

Zwar sei nicht mehr aufzuklären, welche Ursache schließlich die zur Stenose führende Ösophagitis gehabt habe und ob bei rechtzeitiger Erkennung der drohenden Stenose diese durch eine Therapie tatsächlich hätte vermieden werden können. Diese Unklarheiten, aber auch die Unklarheit, ob eine Therapie nach genauer Diagnose die Stenose tatsächlich verhindert hätte, sei jedoch gerade eine Folge der von der Beklagten unterlassenen Diagnosemaßnahmen. Dies rechtfertige eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der Beklagten, da dieser Fehler aufgrund der Ausführungen der Sachverständigen als grober Behandlungsfehler gewertet werden müsse.⁵²¹

BGH, Urteil vom 10.11.1987 – VI ZR 39/87⁵²² („übersehene Koxitis“)

Die Klägerin klagte im Krankenhaus der Beklagten über starke Schmerzen in der linken Hüfte. Ein Chirurg stellte am 22.1.1981 eine Stauchungsempfindlichkeit der Hüfte fest. Schließlich wurde die Klägerin am 2.2.1981 schmerzfrei entlassen. Tatsächlich litt sie unter einer eitrigen Hüftgelenksentzündung (Koxitis) im fortgeschrittenen Stadium, durch die der Knorpelbelag von Hüftpfanne und Hüftgelenk bereits völlig zerstört worden war.⁵²³

Der BGH wertete das Unterlassen dringend gebotener Befunderhebungen als groben Behandlungsfehler. Insbesondere sei eine weitere diagnostische Abklärung der Beschwerden trotz der ergebnislosen ersten

520 OLG Karlsruhe, NJW 1987, 718 (719).

521 OLG Karlsruhe, NJW 1987, 718 (719).

522 BGH, NJW 1988, 1513.

523 BGH, NJW 1988, 1513.

klinischen Untersuchung und Röntgenaufnahme unterblieben. Die Ärzte der Beklagten durften sich nicht mit der Verdachtsdiagnose einer Lumboago begnügen, sondern hätten von vornherein an einen entzündlichen Prozess denken müssen. Bereits eine einfache Blutsenkung, eine medizinische Routineuntersuchung, hätte hierüber weiterführende Erkenntnisse erbracht.⁵²⁴

Der BGH führte aus, dass vorliegend nicht die Fehlinterpretation von Befunden, sondern deren Nichterhebung und die Einleitung einer gezielten Therapie im Vordergrund stünden.⁵²⁵ Somit sei das Geschehen unter dem Gesichtspunkt der „neueren Rechtsprechung des erkennenden Senats“ zu den beweisrechtlichen Konsequenzen bei schuldhaft unterlassenen, medizinisch zweifelsfrei gebotenen Befunden zu bewerten. Die Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Unterlassen einer rechtzeitigen Therapie und der weitgehenden Zerstörung des Hüftgelenks müsse dementsprechend zu Lasten der Beklagten gehen.⁵²⁶

BGH, Urteil vom 29.3.1988 – VI ZR 185/87⁵²⁷ („Kreatinin II“)

Die Beklagte stellte beim Kläger mehrfach erheblich erhöhte Blutdruckwerte fest, ohne deswegen weitere diagnostische Maßnahmen zu veranlassen. Eine Blutuntersuchung im Oktober 1981 ergab schließlich einen Plasma-Kreatininwert von 2,4 g Promille. Dennoch stellte die Beklagte erst im August 1982 bei einem Kreatininwert von 6,3 g Promille die Verdachtsdiagnose einer Nephritis. Der Kläger erlitt als Folge einer Niereninsuffizienz einen totalen Nierenfunktionsausfall.⁵²⁸

Der BGH bestätigte die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach die Beklagte bereits zu Beginn der Behandlung die naheliegenden diagnostischen Maßnahmen treffen hätte müssen, um den Ursachen der festgestellten Hypertonie nachzugehen. Von noch größerem Gewicht sei jedoch das Versäumnis, den Laborbefund vom Oktober 1981 nicht zum Anlass

524 BGH, NJW 1988, 1513.

525 BGH, NJW 1988, 1513 (1514).

526 BGH, NJW 1988, 1513 (1514).

527 BGH, NJW 1988, 2303.

528 BGH, NJW 1988, 2303.

genommen zu haben, in irgendeiner Weise auf die offensichtlich gestörte Nierenfunktion zu reagieren.⁵²⁹

Die Beklagte habe durch das Unterlassen gegen elementare Behandlungsregeln verstößen, so dass ihr ein grober Behandlungsfehler zur Last falle.⁵³⁰ Zwar wäre auch bei einer rechtzeitigen Diagnostizierung des Nierenschadens zunächst ungeklärt geblieben, ob eine Glomerulonephritis oder eine maligne Hypertonie vorlag. Aufgrund des Fehlers sei jedoch die Aufklärung des hypothetischen Krankheitsverlaufs erschwert. Dies rechtfertige eine „Beweislastverminderung“ zugunsten des Patienten, da sich ohne das Fehlverhalten herausgestellt hätte, ob ihm durch eine gezielte Behandlung des Nierenschadens die Dialyse-Behandlung hätte erspart bleiben können.⁵³¹

BGH, Urteil vom 28.6.1988 – VI ZR 210/87⁵³² („Tuberkulose“)

Im März 1973 begab sich der Kläger wegen dauerhaften Übermüdungserscheinungen beim Beklagten in Behandlung, der ihn zur Röntgenuntersuchung in ein Krankenhaus überwies. In dem von dem Krankenhaus übermittelten Befundbericht wurde eine Röntgenkontrolle der Lunge nach vier Wochen angeraten. Der Beklagte informierte den Kläger darüber nicht und veranlasste auch von sich aus keine Nachuntersuchung. Im Dezember 1973 berichtete der Kläger dem Beklagten wiederum von Übermüdungserscheinungen und klagte ferner auch über Husten. Auch daraufhin veranlasste der Beklagte keine Röntgenkontrolle. Erst nachdem der Kläger im März 1974 an einer stark schmerzhaften Schwellung des linken Hodens mit hohem Fieber erkrankt war, wurde im Mai 1974 eine röntgenologische Lungenuntersuchung durchgeführt. Sie brachte eine cavernöse (offene) Lungentuberkulose im rechten Lungenoberlappen zum Vorschein.⁵³³

Der BGH bestätigte die Ansicht des Berufungsgerichts, dass der Beklagte dadurch einen Behandlungsfehler begangen habe, dass er es sowohl

529 BGH, NJW 1988, 2303 (2304).

530 BGH, NJW 1988, 2303 (2304).

531 BGH, NJW 1988, 2303 (2304).

532 BGH, NJW 1988, 2948.

533 BGH, NJW 1988, 2948.

im April als auch im Dezember 1973 unterlassen habe, bei dem Kläger eine Röntgenkontrolluntersuchung der Lunge zu veranlassen bzw. ihn darüber zu informieren, obwohl eine dahingehende ausdrückliche Empfehlung vorlag. Es werte das Unterlassen auch richtigerweise als groben Behandlungsfehler.⁵³⁴ Der von dem Kläger nicht mehr zu erbringende Nachweis, dass es aufgrund des zu späten Erkennens der Lungentuberkulose zu einem tuberkulösen Prozess im Hodenbereich gekommen sei, betreffe den zum Haftungsgrund gehörenden Kausalzusammenhang.⁵³⁵ Die Feststellungen, ob und inwieweit das Krankheitsgeschehen des Hodens mit der Lungen-Tbc zusammenhänge, sei gerade wegen der zu späten röntgenärztlichen Kontrolle und der erforderlichen Therapie erschwert, so dass dem Kläger wegen des darin liegenden groben Behandlungsfehlers des Arztes Beweiserleichterungen zu Gute kämen.⁵³⁶

OLG Hamm, Urteil vom 6.3.1989 – 3 U 201/88⁵³⁷ („Phlebographie I“)

Am 9.11.1984 stolperte der Kläger und knickte mit dem linken Fuß um. Der Kläger wurde ab dem 12.11.1984 von dem Beklagten, einem Orthopäden, mit der Arbeitsdiagnose „Muskelfaserriss“ ambulant behandelt. Tatsächlich litt der Kläger unter einen tiefen Beinvenenthrombose.⁵³⁸

Das OLG gelangte zu der Überzeugung, der Beklagte hafte wegen des vorwerfbaren Nichterkennens einer tiefen Thrombose des linken Beins, da er bei Beachtung des erforderlichen medizinischen Standards die spätestens ab dem 19.11.1984 bestehende Thrombose als Verdachtsdiagnose in Betracht ziehen und sogleich die notwendigen Schritte einleiten hätte müssen.⁵³⁹ Der Sachverständige habe dargelegt, dass etwa eine Woche bis zehn Tage nach dem Unfallereignis vom 9.11.1984 eine manifeste, tiefe Beinvenenthrombose links vorhanden gewesen sei.⁵⁴⁰ Aufgrund der geschilderten Symptome hätte der Beklagte seine erste Arbeitsdiagnose „Muskelfaserriss“ spätestens am 19.11.984 überdenken und spätestens an

534 BGH, NJW 1988, 2948.

535 BGH, NJW 1988, 2948 (2948 f.).

536 BGH, NJW 1988, 2948 (2949).

537 OLG Hamm, VersR 1990, 660.

538 OLG Hamm, VersR 1990, 660 (660 f.).

539 OLG Hamm, VersR 1990, 660 (661).

540 OLG Hamm, VersR 1990, 660 (661).

diesem Tag selbstverständlich eine Phlebographie vorgenommen werden müssen.⁵⁴¹

OLG Oldenburg, Urteil vom 26.6.1990 – 5 U 32/90⁵⁴² („OP in infiziertem Gebiet“)

Der Kläger begab sich beim Beklagten wegen einer stenosierenden Sehnenscheidenentzündung des vierten Fingerbeugers der linken Hand in Behandlung. Nachdem eine konservative Behandlung nicht anschlug, führte der Beklagte am 23. und 25.7.1984 je eine Infiltration der Sehnenscheide und am 31.7.1984 operativ eine Ringbandspaltung durch. Schließlich kam es im August zu einer Wundinfektion, die in eine Hohlhandphlegmone mit Beugesehnenbeteiligung überging. Der Finger musste schließlich teilamputiert werden musste.⁵⁴³

Das Berufungsgericht sah eine Haftung des Beklagten als gegeben an, da er unter Verstoß gegen elementare medizinische Behandlungsregeln in ein Gebiet infiltrierte und operierte, ohne davor abzuklären, ob dort bakterielle Entzündungsprozesse abliefen.⁵⁴⁴ Stehe wie vorliegend fest, dass der Patient unter einer noch nicht abgeklungenen Entzündung leide, habe der Arzt die Art der Entzündung bzw. ihr vollständiges Abklingen abzuklären, bevor er eine Behandlung wählt, die nicht bei jeder Entzündungsart fehlerfrei sei.⁵⁴⁵ Für die Kontraktur und den Verlust des Fingers sei aller Wahrscheinlichkeit nach die Phlegmone als Ursache anzusehen. Etwaige Zweifel gingen wegen des Vorwurfs, medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde nicht erhoben und dadurch grob gegen medizinische Behandlungsregeln verstoßen zu haben, zu Lasten des Beklagten.⁵⁴⁶

541 OLG Hamm, VersR 1990, 660 (661).

542 OLG Oldenburg, VersR 1992, 184.

543 OLG Oldenburg, VersR 1992, 184.

544 OLG Oldenburg, VersR 1992, 184.

545 OLG Oldenburg, VersR 1992, 184 (185).

546 OLG Oldenburg, VersR 1992, 184 (185).

BGH, Urteil vom 27.11.1990 – VI ZR 30/90⁵⁴⁷ („Röntgen II“)

Die am 1.2.1981 erlittene Unterschenkelfraktur des Klägers wurde am 9.2.1981 im Krankenhaus der Beklagten mit einem im distalen Drittel versiegelten Tibiamarknagel fixiert. Am 16.3.1981 und 23.3.1981 stellte sich der Kläger vereinbarungsgemäß wieder im Krankenhaus vor. Die erstellten Röntgenaufnahmen wurden vom Radiologen jeweils als unauffällig eingestuft.⁵⁴⁸ Der vom Kläger aufgesuchte Hausarzt stellte am 21.4.1981 einen Drehfehler des Beins fest, der zur Amputation führte.⁵⁴⁹

Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass bereits bei den ambulanten Nachuntersuchungen am 16. und 23.3.1981 Behandlungsfehler in Betracht kämen.⁵⁵⁰ Zwar sei den Röntgenaufnahmen vom 16. und 23.3.1981 nicht unmittelbar ein Drehfehler des Beines zu entnehmen gewesen. Allerdings habe auf dem Röntgenbild vom 23.3.1981 aus dem Hervortreten des Marknagels auf eine Einstauchung des Bruches und eine Verkürzung des Beines geschlossen werden müssen, weshalb weitere klinische Untersuchungen veranlasst gewesen wären.⁵⁵¹ Da ein erheblicher Drehfehler nach Ansicht des Sachverständigen leicht festgestellt werden könne, müsse das Unterlassen der Abklärung möglicherweise sogar als schwerer Behandlungsfehler gewertet werden.⁵⁵²

OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.1.1991⁵⁵³ („Toxoplasmose“)

Aufgrund einer konnatalen Toxoplasmose litt die Klägerin seit der Geburt an schweren Hirnschädigungen. Der Beklagte war der die Schwangerschaft betreuende Frauenarzt. Dieser hatte zwar als Vorsichtsmaßnahme am 27.6.1983 eine serologische Untersuchung auf Toxoplasmoseantikörper veranlasst, jedoch trotz des Ergebnisses auf Verdacht einer frischen Toxoplasmose keine weiteren Untersuchungen unternommen.⁵⁵⁴

547 BGH, NJW 1991, 748.

548 BGH, NJW 1991, 748.

549 BGH, NJW 1991, 748 (748 f.).

550 BGH, NJW 1991, 748 (749).

551 BGH, NJW 1991, 748 (749).

552 BGH, NJW 1991, 748 (749).

553 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494.

554 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494 (495).

Das OLG sah eine Haftung des Beklagten als gegeben an, da er es unterlassen habe, das ihm mitgeteilte Ergebnis der serologischen Untersuchung kontrollieren zu lassen.⁵⁵⁵ Zwar habe der Beklagte die Untersuchung aus reiner Vorsicht veranlasst, da weder ein konkreter Verdacht auf eine Toxoplasmose bestand, noch ein dahingehender Wunsch der Mutter geäußert wurde, noch in den damals geltenden Mutterschaftsrichtlinien eine derartige Untersuchung vorgesehen war. Aufgrund einer Garantenstellung aus vorangegangenem Tun sei der Beklagte jedoch verpflichtet gewesen, eine frische Toxoplasmose auszuschließen.⁵⁵⁶ Die Beweisaufnahme habe im Übrigen ergeben, dass die Körperschäden der Klägerin ohne Zweifel Folgen einer konnatalen Toxoplasmoseinfektion sind.⁵⁵⁷ Etwaige Zweifel seien vorliegend im Übrigen unbeachtlich, da die Unterlassung medizinisch zweifelsfrei gebotener Untersuchungen zu einer Umkehr der Beweislast zum Nachteil des beklagten Arztes führe.⁵⁵⁸

OLG Koblenz, Urteil vom 26.2.1991 – 3 U 290/88⁵⁵⁹ („Röteln II“)

Der Beklagte stellte bei der schwangeren Klägerin einen Titerwert von 1:256 fest. Dennoch erfolgten keine weiteren Untersuchungen. Das geborene Kind wies die typischen Folgen einer Rötelnembryopathie auf. Die Klägerin erklärte, sie hätte bei einem Hinweis auf die Möglichkeit einer Erkrankung des Embryos eine Abtreibung vorgenommen.⁵⁶⁰

Das Berufungsgericht sah ein Fehlverhalten des Beklagten darin, dass er trotz der sich aufdrängenden Annahme einer Rötelnkrankung weder eigene Maßnahmen zur Abklärung dieser Frage unternommen, noch eine Eintragung in die Behandlungskarte vorgenommen hatte.⁵⁶¹ Da der festgestellte Titerwert von 1:256 keine sichere Aussage darüber zugelassen habe, ob bei der Klägerin eine frische oder eine früher abgelaufene Rötelninfektion vorgelegen habe, hätten weitere Untersuchungen nur unterbleiben dürfen, wenn sich durch gezielte Befragung Rötelnkontakte-

555 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494 (495).

556 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494 (495).

557 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494 (496).

558 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494 (496).

559 OLG Koblenz, VersR 1992, 359.

560 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (359 f.).

561 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (360).

te oder das Auftreten typischer Symptome hierfür verneinen hätten lassen.⁵⁶² Die Ursächlichkeit des Fehlverhaltens für die Rötelnembryopathie stehe mit der erforderlichen Sicherheit fest.⁵⁶³ Im Übrigen habe die Klägerin glaubhaft vorgetragen, dass sie nach gehöriger Aufklärung über mögliche Schädigungen das Kind abgetrieben hätte.⁵⁶⁴

OLG Köln, Urteil vom 12.6.1991 – 27 U 25/90⁵⁶⁵ („Staphylokokken“)

Der Kläger begab sich wegen Schmerzen im linken Knie beim Beklagten in Behandlung. Die dabei durchgeführte Punktion ergab 80 ml seröse Flüssigkeit. Obwohl spätere Punktions ebenfalls seröse Flüssigkeit förderten, erfolgte keine bakteriologische Abklärung. Wegen eines Staphylokokkus aureus musste das Kniegelenk schließlich versteift werden.⁵⁶⁶

Das Berufungsgericht urteilte, dass der Beklagte verpflichtet gewesen sei, die trübe Flüssigkeit bakteriologisch untersuchen zu lassen. Die Sachverständigen erklärten dazu, dass jedes trübe Punktat bakteriologisch untersucht werden müsse und zwar unabhängig davon, ob lokale oder allgemeine Entzündungszeichen vorlägen.⁵⁶⁷

Das Gericht führte dazu weiter aus, dass zwar nicht auszuschließen sei, dass auch ohne Behandlungsfehler der Körperschaden nicht vermieden worden wäre, allerdings müssten jegliche Zweifel an der Ursächlichkeit Lasten des Beklagten gehen.⁵⁶⁸ Nach Ansicht des Sachverständigen sei es im Sinne einer elementaren Diagnostik medizinisch zweifelsfrei geboten gewesen, zumindest eines der trüben Punktate auf eine bakterielle Kontamination zu untersuchen. Das Berufungsgericht kam aufgrund dessen zu dem Ergebnis, dass das Unterlassen als grob fehlerhaft zu bewerten sei, da kein vernünftiger Grund bestanden habe, von dieser Klärung abzusehen.⁵⁶⁹

562 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (360).

563 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (360).

564 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (360).

565 OLG Köln, VersR 1992, 1003.

566 OLG Köln, VersR 1992, 1003 (1003f.).

567 OLG Köln, VersR 1992, 1003 (1004).

568 OLG Köln, VersR 1992, 1003 (1004).

569 OLG Köln, VersR 1992, 1003 (1004).

OLG Oldenburg, Urteil vom 19.11.1991 – 5 U 4/91⁵⁷⁰ („fetale Retardierung“)

Der Beklagte betreute die Schwangerschaft der Mutter des am 10.11.1984 geborenen Klägers. Anlässlich der Untersuchungen vom 10.9., 1.10., 22.10. sowie 8.11.1984 trug er als Fundusstand „Fundus am Rippenbogen“ ein. Nachdem am 10.11.1984 Geburtswehen aufgetreten waren, begab sich die Mutter in ein Krankenhaus, wo eine schwere intrauterine Mangelentwicklung des Klägers festgestellt wurde. Daher wurde der Kläger gegen 11:00 Uhr mittels Kaiserschnitt auf die Welt gebracht. In der Nacht vom 12. auf den 13.11. 1984 setzten bei ihm Hirnblutungen ein, welche eine dauerhafte hirnorganische Schädigung zur Folge hatten.⁵⁷¹

Das OLG sah es als erwiesen an, dass es der Beklagte unterlassen hatte, spätestens bei der Untersuchung am 8.11.1984 weitere Kontrollbefunde mittels einer Ultraschalluntersuchung vorzunehmen.⁵⁷²

Die Ultraschalluntersuchung sei geeignet, die Anzeichen für eine eventuelle Mangelentwicklung und Unterversorgung des ungeborenen Kindes festzustellen und weitere Überwachungsmaßnahmen einzuleiten.⁵⁷³ Die versäumte Befunderhebung sei aller Voraussicht zu einem nicht unerheblichen Teil ursächlich für die beim Kläger festgestellten hirnorganischen Leiden gewesen. Daher sei unerheblich, dass auch andere Faktoren mitursächlich gewesen sein könnten.⁵⁷⁴

OLG Bamberg, Urteil vom 7.5.1992 – 1 U 133/86⁵⁷⁵ („Malaria“)

Der Patient begab sich am 20.10.1981 bei seinem Hausarzt wegen Müdigkeit und Abgeschlagenheit in Behandlung, der einen „grippalen Infekt“ diagnostizierte. Dass er bis zum 12.10.1981 in Westafrika gewesen war, verschwieg der Patient. Am 25.10.1981 wurde der Patient bewusstlos. Im Krankenhaus der Beklagten wurde trotz der Kenntnis vom Westafrika-

570 OLG Oldenburg, VersR 1993, 229.

571 OLG Oldenburg, VersR 1993, 229.

572 OLG Oldenburg, VersR 1993, 229 (230).

573 OLG Oldenburg, VersR 1993, 229 (230).

574 OLG Oldenburg, VersR 1993, 229 (230).

575 OLG Bamberg, VersR 1993, 1019.

aufenthalt keine Malariainfektion abgeklärt. Der Patient verstarb an den Folgen einer „Malaria tropica“.⁵⁷⁶

Das OLG hatte zuvor per Teilurteil eine Haftung des Hausarztes abgelehnt. Zwar habe er die Erkrankung einer „Malaria tropica“ nicht diagnostiziert, allerdings konnte er mangels Kenntnis vom Auslandsaufenthalt behandlungsfehlerfrei von einer üblichen Erkältungskrankheit ausgehen und musste keine Untersuchungen zur Abklärung einer möglichen Malariainfektion veranlassen.⁵⁷⁷ Bei der Beklagten hätte hingegen eine Malariainfektion umgehend abgeklärt werden müssen. Aufgrund der allgemein bekannten Gefährlichkeit einer Malariainfektion stelle das Unterlassen weiterer diagnostischer Maßnahmen trotz eines Malariaverdachts und keiner anderen schlüssigen Diagnose einen groben Behandlungsfehler dar.⁵⁷⁸

OLG Oldenburg, Urteil vom 29.3.1994 – 5 U 132/93⁵⁷⁹ („Phlebographie II“)

Die Klägerin spürte ab dem 5.12.1991 Schmerzen in der Leistengegend des rechten Beins, welches darüber hinaus am 8.12.1991 begann anzuschwellen. Am 9.12.1991 suchte sie daher den Beklagten auf. Dieser verordnete bei einem erneuten Termin am 10.12.1991 Salben und Pflaster, am 11.12.1991 Gehkrücken, wassertreibende Tabletten, eine elastische Bande sowie Acetylsalicylsäure. Tatsächlich hatte sich bei der Klägerin eine tiefe Venenthrombose gebildet.⁵⁸⁰

Nach Ansicht des OLG hat der Beklagte einen Behandlungsfehler begangen. Aufgrund der daraus folgenden Beweislastverteilung war davon auszugehen, dass die jetzigen Beschwerden der Klägerin durch den Behandlungsfehler verursacht wurden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei das Unterlassen einer gebotenen Phlebographie nämlich als grober Behandlungsfehler einzustufen.⁵⁸¹

576 OLG Bamberg, VersR 1993, 1019 (1019 f.).

577 OLG Bamberg, VersR 1992, 578.

578 OLG Bamberg, VersR 1993, 1019 (1020 f.).

579 OLG Oldenburg, VersR 1994, 1241.

580 OLG Oldenburg, VersR 1994, 1241.

581 OLG Oldenburg, VersR 1994, 1241 (1242).

Bei einem Thromboseverdacht gehöre es zu den elementaren Behandlungsregeln, eine Phlebographie durchzuführen. Zwar habe die Klägerin, als der Beklagte sie untersuchte, einige typische Symptome für eine Thrombose nicht gezeigt, dennoch habe nach dem gesamten Verlauf und dem Beschwerdebild keine andere Diagnose gestellt werden können.⁵⁸² In Anbetracht des erheblichen Risikos, das mit einer Thrombose verbunden ist, wäre es unbedingt geboten gewesen, beim Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte auch die dem ärztlichen Standard entsprechenden Diagnosemaßnahmen zu ergreifen.⁵⁸³

OLG Stuttgart, Urteil vom 15.12.1994 – 14 U 37/94⁵⁸⁴ („postmenopausale Blutung“)

Wegen genitaler Blutungen hatte die Klägerin den beklagten Frauenarzt vom 8.1.1991 bis zum 16.3.1992 regelmäßig aufgesucht. Das erst am 16.3.1992 erkannte Korpuskarzinom von ca. 4,5 cm Durchmesser, das die Gebärmutter ca. 0,5 cm infiltriert hatte, wurde am 18.3.1992 operativ entfernt.⁵⁸⁵

Das Berufungsgericht teilte die Ansicht des Ausgangsgerichts, dass es der Beklagte behandlungsfehlerhaft unterlassen hatte, spätestens Anfang März 1991 die Ursache der bei der Klägerin immer wieder aufgetretenen uterinen Blutungen nach der Menopause durch eine Abrasio abzuklären.⁵⁸⁶ Wegen der Nichterhebung zweifelsfrei erforderlicher Untersuchungsbefunde wurde unterstellt, dass bei Durchführung der im März 1991 nicht erfolgten Gewebeentnahme ein bereits vorliegendes Korpuskarzinom diagnostiziert worden wäre.⁵⁸⁷

582 OLG Oldenburg, VersR 1994, 1241 (1242).

583 OLG Oldenburg, VersR 1994, 1241 (1242).

584 OLG Stuttgart, VersR 1995, 1441.

585 OLG Stuttgart, VersR 1995, 1441.

586 OLG Stuttgart, VersR 1995, 1441.

587 OLG Stuttgart, VersR 1995, 1441 (1442).

BGH, Urteil vom 14.02.1995 – VI ZR 272/93⁵⁸⁸ („Eklampsie zu Weihnachten“)

Zur Entbindung des Klägers begab sich die Mutter am Vormittag des 26.12.1976 beim Beklagten in Behandlung. Nachdem er gegen 11:15 Uhr die Mutter untersucht hatte, verließ der Beklagte in Rufbereitschaft das Krankenhaus. Regelmäßige Blutdruckmessungen wurden während des gesamten stationären Aufenthalts weder durchgeführt noch angeordnet. Gegen 0:15 Uhr und 0:30 Uhr der Folgenacht erlitt die Mutter einen Krampfanfall, woraufhin der Kläger in asphyktischem Zustand entbunden wurde.⁵⁸⁹

Der BGH urteilte, das Berufungsgericht habe ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Krampfanfälle, die die Mutter am 27.12.1976 kurz vor der Geburt des Klägers erlitten hatte, Eklampsien gewesen seien, die zu der Hirnschädigung geführt hatten. Zur rechtzeitigen Vorbeugung solcher Krampfanfälle, seien regelmäßige Blutdruckmessungen und Urinkontrollen auf Eiweiß erforderlich gewesen.⁵⁹⁰

Deren Unterlassung stelle einen groben Behandlungsfehler dar und habe eine Beweislastumkehr zur Folge.⁵⁹¹ Da eine sich anbahnende Eklampsie im Regelfall von einer in Stunden und Tagen sich entwickelnden massiven Blutdruckerhöhung begleitet werde, sei es nicht unwahrscheinlich, dass der Blutdruck der Mutter des Klägers bereits am 26.12.1976 gegen 11:15 erhöht gewesen war, so dass bei Messung eines derartigen Wertes krampfprophylaktische Maßnahmen hätten ergriffen und die Krampfanfälle abgewandt werden hätten können.⁵⁹²

OLG Hamm, Urteil vom 15.5.1995 – 3 U 287/93⁵⁹³ („Retinopathie“)

Bei der am 14.11.1989 geborenen Klägerin erfolgte bei der Beklagten zu 1 bis zum 15.12.1989 eine inspiratorische Sauerstoffzufuhr. Wegen der behandlungsimmanenten Gefahr einer Netzhautablösung wurde am

588 BGHZ 129, 6 = NJW 1995, 1611.

589 BGHZ 129, 6 (6 f.) = NJW 1995, 1611.

590 BGHZ 129, 6 (9) = NJW 1995, 1611 (1611 f.).

591 BGHZ 129, 6 (12) = NJW 1995, 1611 (1612).

592 BGHZ 129, 6 (12 f.) = NJW 1995, 1611 (1612 f.).

593 OLG Hamm, VersR 1996, 756.

29.12.1989 eine Augenuntersuchung veranlasst. Ohne weitere Kontrolluntersuchung wurde die Klägerin am 17.2.1990 entlassen. Am 28.2.1990 suchte die Klägerin die Beklagte zu 3, eine Augenärztin auf. Eine Kontrolluntersuchung konnte mangels Pupillenweiterung nicht vorgenommen werden. Eine erneute Wiedervorstellung erfolgte schließlich am 26.4.1990, bei der tatsächlich eine bestehende Netzhautablösung festgestellt wurde. Trotz mehreren Operationen erblindete die Klägerin.⁵⁹⁴

Das Berufungsgericht gelangte zu der Überzeugung, dass es die Beklagte zu 3 schuldhaft unterlassen hatte, in geeigneter Weise die dringend gebotene Untersuchung der Augennetz haut zu veranlassen. Die Klägerin sei wegen der langdauernden Sauerstofftherapie bezüglich der Entwicklung einer Frühgeborenen-Retinopathie ein Hochrisikokind gewesen, weshalb die Durchführung von Screening-Untersuchungen dringend geboten gewesen ist.⁵⁹⁵ Zwar sei wahrscheinlich, dass sich die Krankheit vor dem Untersuchungstermin am 28.2.1990 im Stadium III befand, weshalb nicht auszuschließen sei, dass eine Kryotherapie bereits Ende Februar nicht mehr erfolgversprechend durchgeführt hätte werden können. Da das Verhalten der Beklagten zu 3 jedoch als grob pflichtwidrig zu werten ist, müsse der Klägerin eine Beweislastumkehr zu Gute kommen.⁵⁹⁶

Ebenso stelle es ein Fehlverhalten im Krankenhaus der Beklagten zu 1 dar, dass keine zweite Untersuchung der Netzhaut der Klägerin veranlasst worden sei. Dies hätte laut Aussage des Sachverständigen auch bei den damals geltenden Standards allerspätestens vier Wochen nach der Erstuntersuchung erfolgen müssen. Ferner sei davon auszugehen, dass die Krankheit schon im Zeitpunkt der Entlassung der Klägerin vorhanden gewesen war. Auch dieses Fehlverhalten sei als grob pflichtwidrig zu werten mit der Folge, dass die fehlende Kausalität von der Beklagten zu 1) zu beweisen sei.⁵⁹⁷

594 OLG Hamm, VersR 1996, 756 (756 f.).

595 OLG Hamm, VersR 1996, 756 (757).

596 OLG Hamm, VersR 1996, 756 (757).

597 OLG Hamm, VersR 1996, 756 (757 f.).

OLG Hamm, Urteil vom 23.4.1997 – 3 U 10/96⁵⁹⁸ („Asphyxie“)

Der Kläger wurde am 25.9.1982 um 1:00 Uhr im Krankenhaus der Beklagten auf natürlichem Weg geboren. Die Anästhesistin fand ihn „blau, bradykard, schlaff“ vor. Der Kläger ist seit Geburt schwerstbehindert.⁵⁹⁹

Das Berufungsgericht bewertete die Behandlung im Krankenhaus der Beklagten als behandlungsfehlerhaft. Ab 0:20 Uhr waren die Aufzeichnungen des Kardiogramms (CTG) wegen der schlechten Qualität des Aufzeichnungsgeräts bei externer Ableitung nicht mehr auswertbar. Nach Ansicht der Sachverständigen hätte der die Geburt betreuende Arzt darauf mit dem Anlegen einer Kopfschwartenelektrode an der Mutter reagieren müssen und sich nötigenfalls durch eine Mikroblutgasanalyse Gewissheit über den Zustand des Feten verschaffen müssen.⁶⁰⁰

Die Erkenntnisse aus diesen diagnostischen Maßnahmen hätten mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit eine geburtshilfliche Reaktion im Sinne einer Beschleunigung der Geburt geboten erscheinen lassen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts müsse die diesbezügliche Ungewissheit wegen der Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten gehen, da medizinisch gebotene, einfache und unschwer mögliche diagnostische Maßnahmen unterblieben, so dass der Fehler als grob zu bewerten sei.⁶⁰¹

OLG Stuttgart, Urteil vom 29.7.1997 – 14 U 20/96⁶⁰² („Staphylokokken nach Arthroskopie“)

Bei der Klägerin wurde eine Arthroskopie des rechten Kniegelenks durchgeführt. Am Folgetag klagte sie über starke Schmerzen im operierten Knie.⁶⁰³ Am 19.7.1990 wurde das Kniegelenk der Klägerin punktiert. Die blutige bis bernsteinfarbige Ergussflüssigkeit wies am 20.7.1990 den Erreger „Staphylococcus aureus“ auf, der eine Gehbehinderung zur Folge hatte.⁶⁰⁴

598 OLG Hamm, VersR 1999, 488.

599 OLG Hamm, VersR 1999, 488 (489).

600 OLG Hamm, VersR 1999, 488 (489).

601 OLG Hamm, VersR 1999, 488 (489).

602 OLG Stuttgart, VersR 1998, 1550.

603 OLG Stuttgart, VersR 1998, 1550 (1551).

604 OLG Stuttgart, VersR 1998, 1550 (1551).

Das Berufungsgericht teilte die Auffassung des Landgerichts, dass die Punktionszeit des Kniegelenks nicht erst am 19.7.1990, sondern bereits am 17.7.1990 erfolgen hätte müssen. Zwar sei zweifelhaft, ob bei rechtzeitiger Punktionszeit und einer vor dem 21.7.1990 vorgenommenen Revision des Kniegelenks eine Ausheilung des Knieinfekts erreicht werden hätte können. Allerdings gehe diese Ungewissheit zu Lasten der Beklagten, da die Punktionszeit des Knies bereits am 17.7.1990 medizinisch zweifelsfrei geboten war und spätestens am 19.7.1990 zu einem reaktionspflichtigen positiven Befund geführt hätte, dessen Verkennung grob fehlerhaft gewesen wäre.⁶⁰⁵

Bei der Punktionszeit handele es sich um einen elementaren Kontrollbefund, weil nur durch die nachfolgende Abstrichuntersuchung ein Keimnachweis möglich ist. Daher sei in der unterlassenen Punktionszeit eines sich arthroskopisch trüb darstellenenden Kniegelenkergusses trotz Schmerzen und einer erhöhten BSG ein grober Fehler zu sehen.⁶⁰⁶

OLG Oldenburg, Urteil vom 25.11.1997 – 5 U 66/97⁶⁰⁷ („Phlebographie III“)

Die Klägerin suchte am 25.5.1994 den beklagten Internisten wegen einer nicht abheilenden Kniestellenschwellung auf. Dieser überwies sie am 27.5.1994 zur weiteren Abklärung an einen Hautarzt. Der Dermatologe stellte bei der Vorstellung am 2.6.1994 richtigerweise eine Beinvenenthrombose fest. Trotz einer im Folgenden fehlerfreien Behandlung muss die Klägerin seitdem Kompressionsstrümpfe tragen und leidet an einer chronischen Leitveneninsuffizienz.⁶⁰⁸

Das OLG stufte bereits die mangelhafte Befunderhebung als groben Behandlungsfehler ein. Dabei betonte es ausdrücklich, dass es sich bei dem vorwerfbaren Verhalten nicht um einen haftungsprivilegierten Diagnosefehler handelte. Eine Begründung dieser Einschätzung blieb es jedoch gänzlich schuldig.⁶⁰⁹ Aufgrund des groben Befunderhebungsfehlers sprach das Berufungsgericht der Klägerin schließlich Beweiserleich-

605 OLG Stuttgart, VersR 1998, 1550 (1551).

606 OLG Stuttgart, VersR 1998, 1550 (1552).

607 OLG Oldenburg, VersR 1999, 318.

608 OLG Oldenburg, VersR 1999, 318.

609 OLG Oldenburg, VersR 1999, 318 (319).

terungen zu und ging auf deren Grundlage davon aus, dass die eingetretenen Beschwerden auf den Befunderhebungsfehler und damit auf den verspäteten Beginn der Therapie zurückzuführen sind.⁶¹⁰

BGH, Urteil vom 27.1.1998 – VI ZR 339/96⁶¹¹ („Kernspintomogramm I“)

Nachdem beim Kläger Lähmungserscheinungen an den Beinen aufgetreten waren, wurde u. a. eine Polyneuropathie diagnostiziert. Danach wurde er vom Beklagten ärztlich betreut. Der hinzugezogene Nervenarzt schrieb in seinem Befundbericht vom 9.1.1992, dass die schlaffe vollständige Lähmung beider Beine für eine periphere Neuropathie ungewöhnlich sei und empfahl eine Kernspin der HWS, wie auch eine stationäre neurologische Abklärung. Dennoch veranlasste der Beklagte erst am 12.5.1992 die Einlieferung des Klägers in ein Krankenhaus. Dort wurde eine spastische Parese beider Beine mit Blasen- und Mastdarmlähmung diagnostiziert.⁶¹²

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kam der BGH zu dem Ergebnis, dass dem Beklagten ein grober Behandlungsfehler unterlaufen war. Die beim Kläger festgestellten schweren Störungen der Gefühlswahrnehmung und die positiven Babinski'schen Zeichen links seien ebenso ungewöhnlich gewesen wie die vollständige Lähmung beider Beine. Die Symptome des Klägers seien ohne zusätzliche Untersuchungen nicht erklärbar gewesen, sondern mussten den Verdacht auf eine Rückenmarks-erkrankung lenken, so dass eine kernspintomographische Untersuchung erforderlich gewesen wäre. Ein Unterlassen einer weiteren Abklärung sei unvertretbar und unverständlich gewesen.⁶¹³ Als Konsequenz müsse dem Kläger eine Beweislastumkehr für die Kausalitätsfrage nach den für grobe Behandlungsfehler geltenden Grundsätzen zugesprochen werden, soweit ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang zwischen dem Fehler und dem Gesundheitsschaden nicht äußerst unwahrscheinlich ist,⁶¹⁴ da das Meningo- als reaktionspflichtiger Befund bei Durch-

610 OLG Oldenburg, VersR 1999, 318 (319).

611 BGH, NJW 1998, 1782.

612 BGH, NJW 1998, 1782.

613 BGH, NJW 1998, 1782 (1783).

614 BGH, NJW 1998, 1782 (1784).

führung der Kernspintomographie bereits im Januar 1992 entdeckt worden wäre.⁶¹⁵

OLG Hamm, Urteil vom 4.2.1998 – 3 U 143/97⁶¹⁶ („Kernspintomogramm II“)

Die Patientin begab sich am 2.5.1994 wegen einer tiefen Beinvenenthrombose in die stationäre Behandlung bei der Beklagten und wurde vom Aufnahmetag an intravenös mit Heparin behandelt. Dennoch erfolgte lediglich am Aufnahmetag eine Kontrolle des Blutbilds und der üblichen Gerinnungsparameter. Die Patientin klagte ab dem 7.5.1994 über Kopfschmerzen und Sehstörungen. Es wurde ein Hypophysentumor vermutet, weshalb die Patientin am 9.5.1994 der Neurochirurgie vorgestellt wurde.⁶¹⁷ Obwohl sich der Verdacht bestätigte, wurde der Tumor erst am 27.5.1994 extirpiert. Eine Sehnervenbesserung trat nicht ein. Kläger ist der Ehemann der inzwischen verstorbenen Patientin.⁶¹⁸

Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass es grob fehlerhaft zu werten sei, dass nach Einleitung der Heparinbehandlung und einer erstmaligen Erhebung der Laborwerte am 2.5.1994 bis zum 9.5.1994 keinerlei Kontrolle der Gerinnungsparameter erfolgt war. Geboten wäre nach dem Standard des Jahres 1994 eine engmaschige, d. h. zumindest in überschaubaren Zeitabständen durchzuführende Kontrolle gewesen.⁶¹⁹

Ebenso sei das Behandlungsmanagement der Beklagten nach Auftreten der Sehstörungen ab dem 9.5.1994 als grob behandelungsfehlerhaft zu werten. So habe der bekannte und revidierende Kopfschmerz zusammen mit den am 9.5.1994 auftretenden Sehstörungen Veranlassung gegeben, ohne jede Verzögerung tätig zu werden und nach ausreichender Diagnose des Hypophysentumors ohne Zeitverlust die Verstorbene in der Neurochirurgie vorzustellen. Nach Aussage des Sachverständigen sei eine eintretende Sehstörung ein absolutes Alarmzeichen für einen neurologischen Vorgang und erfordere eine unverzügliche Reaktion.⁶²⁰ Ferner sei es in

615 BGH, NJW 1998, 1782 (1784).

616 OLG Hamm, VersR 1999, 622.

617 OLG Hamm, VersR 1999, 622 (622 f.).

618 OLG Hamm, VersR 1999, 622 (623).

619 OLG Hamm, VersR 1999, 622 (623).

620 OLG Hamm, VersR 1999, 622 (623).

einem solchen Fall eine Selbstverständlichkeit, zur weiteren diagnostischen Abklärung zusätzlich ein Kernspintomogramm anzuhören. Im Anschluss daran hätte wiederum unverzüglich die erforderliche Hirnoperation durchgeführt werden können. Das therapeutisch nicht zu erklärende Zuwarten stelle sich als grob fehlerhaft dar, da es trotz der Alarmzeichen aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheine.⁶²¹

Es sei auch nicht „äußerst unwahrscheinlich“, dass eine frühere Operation die Erblindung verhindert hätte. Der Sachverständige quantifizierte die Chancen einer zumindest geringgradigen Verbesserung der Sehstärke auf 10 bis 20 Prozent. Diese Wahrscheinlichkeit sei nicht als so gering einzuschätzen, dass der Ursachenzusammenhang zwischen groben Behandlungsfehler und Schaden äußerst bzw. gänzlich unwahrscheinlich sei.⁶²²

OLG Köln, Urteil vom 22.4.1998 – 5 U 12/96⁶²³ („Urographie“)

Wegen erheblicher Schmerzen in der rechten Leiste und der Blasenregion wurde die Klägerin am 28.12.1991 mit der Diagnose Verdacht auf Nierenkolik in das Krankenhaus der Beklagten eingeliefert.⁶²⁴ Für den 29.12.1991 war eine Kontrollultraschalluntersuchung des Oberbauchs vorgesehen, die jedoch auf den 30.12.1991 verschoben wurde.⁶²⁵ Da die Klägerin ab dem 30.12.1991 deutliche Anzeichen einer Sepsis zeigte, musste in einer Notoperation die rechte Niere entfernt werden.⁶²⁶

Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass die Behandlung bei der Beklagten grob fehlerhaft gewesen war. Zwar sei es noch vertretbar gewesen, die gebotenen diagnostischen Maßnahmen bezüglich des Nierenzustands auf den 30.12.1991 zu verschieben.⁶²⁷

Aufgrund der Zeugenaussagen habe sich die Klägerin jedoch bereits am 29.12.1991 in dem klinischen Zustand einer beginnenden Sepsis befunden, weshalb zwingend weitere Untersuchungen erfolgen hätten müs-

621 OLG Hamm, VersR 1999, 622 (623 f.).

622 OLG Hamm, VersR 1999, 622 (624).

623 OLG Köln, VersR 1999, 491.

624 OLG Köln, VersR 1999, 491.

625 OLG Köln, VersR 1999, 491 (491 f.).

626 OLG Köln, VersR 1999, 491 (492).

627 OLG Köln, VersR 1999, 491 (492).

sen.⁶²⁸ Somit stehe fest, dass bei der Behandlung der Klägerin von der Beklagten elementar gebotene Befunderhebungen unterlassen worden seien, und zwar gerade solche im Hinblick auf das Risiko, das sich später bei der Klägerin realisiert habe.⁶²⁹ Es könne mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Urosepsis bei der Klägerin bereits am 29.12.1991 begonnen hatte. Daher sei davon auszugehen, dass bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt und der gebotenen Maßnahmen sich ein reaktionspflichtiger Befund ergeben hätte.⁶³⁰ Ob hierdurch die spätere Entfernung der Niere zu verhindern gewesen wäre, lasse sich zwar nicht feststellen, allerdings gehe die Beweislosigkeit hinsichtlich der Kausalität zu Lasten der Beklagten.⁶³¹

OLG Oldenburg, Urteil vom 20.4.1999 – 5 U 188/98⁶³² („Makrocephalie“)

Bei den Untersuchungen U 6 und U 7 stellte der beklagte Kinderarzt bei den Messungen des Klägers jeweils einen deutlich oberhalb der 97er Perzentile liegenden Kopfumfang fest. Dennoch nahm der Beklagte keine weiteren diagnostischen Maßnahmen vor. Der Kläger litt an einem Hydrozephalus (Wasserkopf), welcher zu schwersten Behinderungen führte.⁶³³

Sachverständig beraten nahm das Berufungsgericht an, dass die Unterlassung weiterer Diagnostik im Anschluss an die U 6 als schwerer ärztlicher Fehler zu qualifizieren ist. Es seien engmaschige Nachkontrollen des Kopfumfangs geboten gewesen, um festzustellen, ob es sich lediglich um einen relativ großen Kopfumfang handelt oder ob eine pathologische Makrozephalie vorliegt. Das Unterlassen jeglicher Maßnahmen sei in keiner Weise nachvollziehbar und als grober Behandlungsfehler zu werten.⁶³⁴ Daher müsse dem Kläger eine Beweislastumkehr zugutekommen.⁶³⁵

628 OLG Köln, VersR 1999, 491 (492).

629 OLG Köln, VersR 1999, 491 (492).

630 OLG Köln, VersR 1999, 491 (492).

631 OLG Köln, VersR 1999, 491 (492 f.).

632 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423.

633 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423.

634 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423.

635 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423 (1423 f.).

Diese folge zudem auch aus den zum einfachen Befunderhebungsfehler geschaffenen Rechtsgrundsätzen. Eine fiktive Befunderhebung hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit ein positives Befundergebnis hervorgebracht, dessen Verkennung bzw. eine Nichtreaktion hierauf fundamental fehlerhaft gewesen wäre.⁶³⁶ Eine Beweislastumkehr entfalle auch nicht deshalb, weil die Schädigungen auf einen angeborenen Hirnschaden zurückzuführen sein könnten. Der Ursachenzusammenhang sei nicht abgrenzbar, so dass die unterlassene Befunderhebung als Ursache für die Schädigung nicht äußerst unwahrscheinlich sei.⁶³⁷

OLG Stuttgart, Urteil vom 24.8.1999 – 14 U 11/99⁶³⁸ („Phlebographie IV“)

Die Klägerin zeigte Anzeichen eines Kompartmentsyndroms wie auch einer möglichen Beinvenenthrombose. Weder bei der Behandlung durch den Beklagten zu 1 am 1.10.1993, noch bei der durch den Beklagten zu 2 am 21.10.1993 wurden eine sonographische oder phlebographische Abklärung vorgenommen. Wie sich später herausstellte litt die Klägerin tatsächlich unter einer Thrombose.⁶³⁹

Sachverständig beraten kam das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass eine weitere Abklärung der Symptome der Klägerin medizinisch geboten gewesen wäre. Obwohl der Beklagte zu 1 bei der Behandlung am 1.10.1993 einen Verdacht auf ein Kompartmentsyndrom gehabt habe, hatte er keine weitere Abklärung durch Sonographie oder Phlebographie vorgenommen.⁶⁴⁰ Die Durchführung dieser Befunderhebung stelle eine elementare Pflicht dar. Die Nichtvornahme sei daher ein Verstoß, der aus ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich ist, und muss deswegen als grober Behandlungsfehler gewertet werden. Da der Ursachenzusammenhang nicht äußerst unwahrscheinlich sei, ist der Beklagte zu 1 beweispflichtig, dass die unterlassene Befunderhebung nicht zur Schädigung der Klägerin geführt habe.⁶⁴¹

636 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423 (1424).

637 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423 (1424).

638 OLG Stuttgart, VersR 2001, 190.

639 OLG Stuttgart, VersR 2001, 190.

640 OLG Stuttgart, VersR 2001, 190 (191).

641 OLG Stuttgart, VersR 2001, 190 (191).

Auch der Beklagte zu 2 unterließ eine weitere zwingend gebotene diagnostische Abklärung. Das Berufungsgericht urteilte, dass dies ebenso einen groben Behandlungsfehler darstelle, der eine Umkehr der Beweislast zur Folge habe. Den Gegenbeweis könne auch er nicht führen.⁶⁴²

OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.6.2001 – 13 U 70/00⁶⁴³ („Röteln III“)

Die Klägerin begab sich wegen ihrer Schwangerschaft beim Beklagten in gynäkologische Behandlung. Dabei wurden ihr vier Blutproben entnommen und labordiagnostisch auf Röteln-Antikörper untersucht. Die ersten drei Proben zeigten einen Verdacht auf eine neue Rötelninfektion. Wegen Ungenauigkeiten bei der Namensbeschriftung und dem Laborauftrag konnte die vierte Blutprobe nicht mit den vorangegangenen Ergebnissen verglichen werden. Ohne Berücksichtigung der Vorbefunde teilte das Labor zutreffend mit, dass eine Immunität gegen Röteln anzunehmen sei. Die fehlende Bezugnahme zu den vorangegangenen Ergebnissen fiel in der Praxis des Beklagten nicht auf. Das Kind wurde schwer geschädigt geboren.⁶⁴⁴

Das Berufungsgericht führte aus, dass nach dem Ergebnis der dritten Blutprobe entsprechend dem laborärztlichen Befundbericht eine weitere Blutuntersuchung medizinisch indiziert gewesen wäre. Demnach wären zur weiteren Abklärung die Titerkonstellation und auch der IgM-Titer zu überprüfen gewesen, um dann zu entscheiden, ob eine pränatale Diagnostik des Fötus erforderlich ist.⁶⁴⁵ Aufgrund des Verschuldens des Beklagten sei es durch die unsachgemäße Beschriftung der vierten Probe nicht zu einer ordnungsgemäßen Befunderhebung gekommen. Der Beklagte hatte die Blutprobe handschriftlich beschriftet und nicht das dafür vorgesehene Formular verwendet. Durch Verwendung des Laborformulars wäre eine fehlerhafte Beschriftung der Blutprobe vermeidbar gewesen.⁶⁴⁶ Da der Befund gerade zur Ermittlung des IgM-Titers in Auftrag gegeben worden war und der Untersuchungsbericht diese Untersu-

642 OLG Stuttgart, VersR 2001, 190 (191).

643 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426.

644 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426.

645 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

646 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

chung nicht enthielt, sei es nach Ansicht des Gerichts schlicht nicht nachvollziehbar, dass dieser Umstand dem Beklagten nicht auffiel; der Fehler sei daher als grober Behandlungsfehler zu werten.⁶⁴⁷

Da es wahrscheinlich sei, dass der Fehler dazu beigebracht hatte, dass die Klägerin ihr Kind austrug, müsse ihr eine Beweislastumkehr zugesprochen werden.⁶⁴⁸ Eine korrekte Befunderhebung hätte zur Empfehlung einer pränatalen Diagnostik geführt, bei der wohl eine fetale Infektion festgestellt worden wäre und die Klägerin einen empfohlenen Schwangerschaftsabbruch durchgeführt hätte.⁶⁴⁹

OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.3.2003 – 8 U 22/02⁶⁵⁰ („Mammographie“)

Die Klägerin suchte am 7.7.1997 die beklagte Frauenärztin wegen Veränderungen im Bereich der rechten Brustwarze auf. Die Beklagte diagnostizierte eine Mamillitis. Bis zum 24.3.1998 hielt die Beklagte an ihrer Diagnose fest und überwies die Klägerin ebendann zwecks einer Mammographie an eine Radiologin. Dieser Untersuchung unterzog sich die Klägerin jedoch nicht.⁶⁵¹ Bei einer schließlich erst am 14.9.1998 durchgeföhrten Mammographie bestätigte sich der Verdacht eines Mammakarzinoms. In der Folge wurde ein multizentrischer Tumor entdeckt.⁶⁵²

Das OLG nahm an, dass der Beklagten bei der Behandlung schwerwiegende, grobe Versäumnisse unterlaufen waren.⁶⁵³ Die oberflächlich gerötete, blutende Mamille stelle einen im Hinblick auf ein mögliches tumoröses Geschehen Besorgnis erregenden Befund dar. Deshalb bestehe kein Zweifel daran, dass der Befund der rechten Brust bei der Vorstellung am 7.7.1997 der diagnostischen Abklärung bedurfte.⁶⁵⁴ Aufgrund des vorliegenden Krankheitsbildes wäre spätestens bei einer Kontrolluntersuchung eine zwingend erforderliche histologische Gewebeuntersuchung

647 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

648 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

649 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

650 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310.

651 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310.

652 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310.

653 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310.

654 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310 (1311).

durchzuführen gewesen.⁶⁵⁵ Die Beklagte könne sich auch nicht durch die Überweisung zur Mammographie entlasten, da diese von vornherein keine eine histologische Untersuchung entbehrlich machende Diagnosemaßnahme sei.⁶⁵⁶ Ferner sei es nicht unwahrscheinlich, dass die rechte Brust bei einer in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang stehenden Diagnose gerettet werden hätte können, da die Wahrscheinlichkeit einer brusterhaltenden Operation mit etwa 20 % zu bemessen ist, was zwar keine hohe aber dennoch realistische Möglichkeit der Erhaltung darstelle.⁶⁵⁷

OLG Brandenburg, Urteil vom 8.4.2003 – 1 U 26/00⁶⁵⁸ („Hüftsonographie“)

Die Klägerin wurde am 22.6.1995 im Krankenhaus der Beklagten geboren. Bei der Entlassungsuntersuchung am 2.7.1995 wurde eine „sehr straffe Hüfte“ festgestellt. Dennoch wurde der Mutter der Klägerin lediglich empfohlen, das Kind breit zu wickeln, die Mütterberatung bei einem nachbehandelnden Kinderarzt wahrzunehmen und das Kind bei einem Orthopäden vorzustellen.⁶⁵⁹ Es stellte sich heraus, dass die Klägerin eine sehr kleine Hüftpfanne mit ausgeprägter Relaxationstendenz hatte.⁶⁶⁰

Das Berufungsgericht sah einen Behandlungsfehler der Beklagten darin, dass bei der Entlassungsuntersuchung weder für eine umgehende sonographische Hüftuntersuchung Sorge getragen wurde, noch die Mutter auf das dringende Erfordernis einer alsbaldigen Vorstellung bei einem Orthopäden sowie einer sonographischen Hüftkontrolle hingewiesen wurde.⁶⁶¹ Nach den Regeln der ärztlichen Kunst sei eine sonographische Hüftuntersuchung bei Vorliegen des Verdachts einer Hüftdysplasie oder Hüftgelenksluxation geboten.⁶⁶² Spätestens 15 Tage nach der Geburt hätte eine sonographische Kontrolle erfolgen müssen. Dieses Versäumnis

655 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310 (1311).

656 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310 (1311).

657 OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1310 (1312).

658 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050.

659 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050.

660 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050 (1051).

661 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050 (1052).

662 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050 (1052).

sei als grober Behandlungsfehler zu werten.⁶⁶³ Daher komme es zu einer Beweislastumkehr zu Gunsten der Klägerin.⁶⁶⁴

Die Beweislastumkehr entfalle vorliegend auch nicht wieder wegen eines ganz unwahrscheinlichen Kausalzusammenhangs. Zwar führte der Sachverständige aus, dass die Wahrscheinlichkeit eines Behandlungserfolgs einer konservativen Therapie nur bei bis zu 10 Prozent läge. Allerdings rechtfertige dies nicht die Annahme, dass die Kausalität im Rechts Sinn ganz unwahrscheinlich sei.⁶⁶⁵

OLG Köln, Urteil vom 13.2.2002 – 5 U 95/01⁶⁶⁶ („EKG III“)

Kläger sind die Hinterbliebenen der am 28.7.1992 verstorbenen Patientin. Zur Durchführung einer Koloskopie begab sich die Patientin am 24.7.1992 in das Krankenhaus der Beklagten. Kurze Zeit nach Abschluss der Koloskopie zeigte das Pulsoxymeter einen Abfall der Sauerstoffsättigung an. Nach einer vorübergehenden Besserung kam es zu einer neu erlichen Ateminsuffizienz mit Atemstillstand und gleichzeitigem Herz-Kreislauf-Versagen.⁶⁶⁷ Nach einer mechanischen Reanimation wurde die Patientin von dem Untersuchungsraum in die Intensivstation gebracht, wo sie an ein Beatmungsgerät und einen EKG-Monitor ange schlossen wurde. Dieser zeigte ein Kammerflimmern, woraufhin die Pati entin dort schließlich defibrilliert wurde. Am 28.7.1992 wurde der Hirntod festgestellt.⁶⁶⁸

Es konnte nicht mehr festgestellt werden, ab wann bei der Patientin das Kammerflimmern tatsächlich eingesetzt hatte. Das OLG führte dazu aus, dass die Ungewissheit bezüglich des Kammerflimmerns auf einem Befunderhebungsfehler beruhe. Da durch die Ärzte der Beklagten bei der Patientin nicht unmittelbar nach dem ersten Zwischenfall ein EKG angelegt wurde, müsse zugunsten der Kläger ein reaktionspflichtiges Befundergebnis vermutet werden.⁶⁶⁹ Bei Vorliegen von Kammerflim

663 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050 (1052).

664 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050 (1052).

665 OLG Brandenburg, VersR 2004, 1050 (1052).

666 OLG Köln, VersR 2004, 1459.

667 OLG Köln, VersR 2004, 1459.

668 OLG Köln, VersR 2004, 1459.

669 OLG Köln, VersR 2004, 1459.

mern hätte zweifellos defibrilliert werden müssen.⁶⁷⁰ Es sei schlechterdings nicht nachvollziehbar, wieso nicht wenigstens die Intensivmediziner noch im Koloskopieraum versucht hatten, den Befund abzuklären, sondern stattdessen eine fünfminütige Zeitverzögerung durch die Verlegung in die Intensivstation in Kauf nahmen.⁶⁷¹ Da das Auftreten des Kammerflimmerns bereits im Untersuchungsraum zu unterstellen ist, stelle sich das Unterlassen der Defibrillation als grober Fehler dar, so dass der Nachweis, dass das Unterlassen am weiteren Kausalverlauf nichts geändert hätte, der Beklagten obliege.⁶⁷²

OLG Hamm, Urteil vom 6.11.2002 – 3 U 50/02⁶⁷³ („Hepatitis-B-Serologie“)

Der aus einem Hepatitis-B-Risikogebiet stammende Patient war beim Beklagten in ärztlicher Behandlung. Dieser hatte es trotz pathologischer Leberwerte unterlassen, das Vorliegen einer Hepatitis-B-Infektion abzuklären. Beim Patienten entwickelte sich in der Folge eine Leberzirrhose, an der er schließlich verstarb. Die Kläger waren die Erben des Verstorbenen.⁶⁷⁴

Das Berufungsgericht führte aus, dass der Beklagte es trotz pathologischer Leberwerte unterließ, diese durch Leberpunktion oder eine serologische Untersuchung näher abzuklären. Der Beklagte habe weder die medizinisch zweifelsfrei gebotenen Befunde erhoben, noch den Patienten alternativ an einen Spezialisten überwiesen.⁶⁷⁵ Das OLG wertete das ärztliche Fehlverhalten als grob.⁶⁷⁶ Ergänzend wies es außerdem darauf hin, dass auch bei Annahme eines einfachen Fehlers die Voraussetzungen der neueren Rechtsprechung des BGH zur unterbliebenen Befunderhebung anzuwenden wären. Der Beklagte habe es unterlassen, einen zweifelsfrei gebotenen Befund zu erheben. Dieser hätte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein positives, reaktionspflichtiges Ergebnis

670 OLG Köln, VersR 2004, 1459 (1459 f.).

671 OLG Köln, VersR 2004, 1459 (1460).

672 OLG Köln, VersR 2004, 1459 (1460).

673 OLG Hamm, VersR 2004, 1321.

674 OLG Hamm, VersR 2004, 1321.

675 OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1322).

676 OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1322).

gebracht. Angesichts dieses Befundes wäre es grob fehlerhaft gewesen, auf diesen Befund nicht entsprechend zu reagieren.⁶⁷⁷

Der Sachverständige schätzt zwar, dass bereits zu Beginn der Behandlung mit 90 prozentiger Wahrscheinlichkeit eine Leberzirrhose vorlag,⁶⁷⁸ allerdings müssten dahingehende Zweifel zu Lasten des Beklagten gehen.⁶⁷⁹ Da eine 10 prozentige Wahrscheinlichkeit bestehe, dass im Zeitpunkt der ersten Behandlung noch keine Leberzirrhose bestand und der Patient gerettet hätte werden können, liege keine äußerste Unwahrscheinlichkeit vor.⁶⁸⁰

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.4.2003 – I-8 U 38/02⁶⁸¹ („Kernspintomogramm III“)

Der wegen einer atopischen Dermatitis in stationärer Behandlung befindliche Kläger klagte am 3.2.1998 über Schmerzen im Bereich der Brustwirbelsäule. Röntgenaufnahmen vom 5.2.1998 wiesen ausgeprägte degenerative Veränderungen der Brustwirbelsäule auf. Am 6.2.1998 wurde beim Kläger eine Bronchopneumonie diagnostiziert.⁶⁸² Eine Kernspintomographie am 10.3.1998 zeigte einen infiltrativen Prozess in Höhe des 5./6. Brustwirbelkörpers mit betonter intraspinaler Ausdehnung. Der Kläger wurde am Abend des gleichen Tages notfallmäßig operiert. Dennoch konnte eine vollständige Lähmung beider Beine sowie die Beeinträchtigung der Blasen- und Mastdarmfunktion nicht mehr verhindert werden.⁶⁸³

Das OLG sah es als erwiesen an, dass die Ärzte der Beklagten den Kläger fehlerhaft behandelt hatten, da sie der Ursache der am 3.2.1998 geklagten Rückenschmerzen nicht ausreichend nachgegangen waren. Es führte dazu aus, dass der Arzt, auch wenn er in vertretbarer Weise eine Diagnose getroffen habe, diese im weiteren Behandlungsverlauf überprüfen hätte müssen. Dies gelte ganz besonders, wenn die begonnene

677 OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1322).

678 OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1322).

679 OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1322 f.).

680 OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1323).

681 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117.

682 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117.

683 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117.

Therapie keine Wirkung zeige.⁶⁸⁴ Während des gesamten Zeitraums vom 3.2 bis zur Entlassung am 27.2.1998 wurden dem Beklagten immer wieder Schmerzmittel gegen die Rückenschmerzen verabreicht, ohne jedoch den Ursachen nachzugehen und differentialdiagnostische Maßnahme zur Abklärung vorzunehmen.⁶⁸⁵ Das Berufungsgericht wertete dieses Fehlverhalten als grob.⁶⁸⁶ Es führte dazu aus, dass es nicht völlig unwahrscheinlich sei, dass bei einem frühzeitigen Erkennen des Epiduralabszesses eine vollständige Heilung des Klägers möglich gewesen wäre.⁶⁸⁷

OLG Jena, Urteil vom 23.5.2007 – 4 U 437/05⁶⁸⁸ („Biopsie bei Mammakarzinom“)

Die damals 25jährige Patientin ließ sich im September 1998 wegen eines Knotens in der linken Brust vom Beklagten zu 1 behandeln. Bei einer am 21.10.1998 durchgeführten Mammasonographie und einer Mammographie wurden zwei Verhärtungen festgestellt.⁶⁸⁹ Eine weitere Mammographie und eine Mammasonographie am 1.3.1999 brachten Mastopathieherde mit unscharf begrenzter Struktur und mit kaum vorhandener Abgrenzbarkeit vom übrigen Drüsenkörper zum Vorschein. Auch der hinzugezogene Beklagte zu 2 stellte zwei Herde fest, die er als offensichtliche Fibroadenome diagnostizierte.⁶⁹⁰ Trotz eines festgestellten, kontinuierlichen Wachstums wurde der Knoten erst am 20.11.2000 entfernt. Die Patientin verstarb an den Folgen einer Krebserkrankung.⁶⁹¹

Das OLG ging davon aus, dass spätestens aufgrund der im März 1999 vorliegenden Befunde eine weitere Befunderhebung durch eine histologische Abklärung des Tumorgewebes entweder durch Stanz- oder Feinnadelbiopsie zwingend erforderlich gewesen war.⁶⁹² Der Behandlungsfehler des Beklagten zu 1 sei darin zu sehen, dass er sich trotz der Vorbefunde, des Größenwachstums und der bestehenden Anzeichen für

684 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117.

685 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117 (117 f.).

686 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117 (118).

687 OLG Düsseldorf, VersR 2005, 117 (118).

688 OLG Jena, VersR 2008, 401.

689 OLG Jena, VersR 2008, 401.

690 OLG Jena, VersR 2008, 401.

691 OLG Jena, VersR 2008, 401.

692 OLG Jena, VersR 2008, 401.

eine Malignität des Tumors auf die vom Beklagten zu 2 allein aufgrund der Mammasonographie gestellten Diagnose verlassen und keine Gewebeuntersuchung veranlasst hatte.⁶⁹³

Der Beklagte zu 2 hafte über seinen Diagnosefehler hinaus auch selbst für die unterlassene histologische Befunderhebung, da der Beklagte zu 1 für ihn erkennbar auch um eine Mitbeurteilung des verdächtigen Tumors gebeten hatte und somit auch er dazu verpflichtet war, unter Berücksichtigung der Vorbefunde die weitere notwendige Befunderhebung vorzunehmen bzw. zu verlassen.⁶⁹⁴

Das Unterlassen der zwingend gebotenen histologischen Abklärung seitens beider Beklagter erscheine objektiv besonders unverständlich und damit grob fehlerhaft.⁶⁹⁵ Das Unterlassen der histologischen Abklärung sei geeignet gewesen, den Schaden herbeizuführen. Es sei zwar grundsätzlich möglich, dass bereits im März 1999 nicht klinisch erfassbare okkulte Fernmetastasen vorhanden gewesen waren. Allerdings sei es nicht unwahrscheinlich, dass eine Metastasierung noch nicht eingetreten war.⁶⁹⁶

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.5.2008 – 7 U 158/07⁶⁹⁷ („CT II“)

Während der Behandlung in der Klinik der Beklagten hatte sich der Kläger versehentlich den für die Behandlung eines Schädel-Hirn-Traumas gelegten Katheter herausgezogen. Dennoch wurde nicht daraufhin untersucht, ob ein Rest des Katheters im Schädel verblieben war.⁶⁹⁸ In der Folgezeit erkrankte der Kläger an einer Meningitis. Seitdem muss er zur Regulierung des Hirndrucks eine Shunt-Anlage tragen. Außerdem trug er schwere Hirnschädigungen davon.⁶⁹⁹

Das Berufungsgericht führte dazu aus, dass die Anfertigung eines CT erfolgen müsse, wenn nicht anderweitig überprüft werden könne, ob bei einer Selbstentfernung der Katheter vollständig gezogen worden war. Da

693 OLG Jena, VersR 2008, 401 (402).

694 OLG Jena, VersR 2008, 401 (402).

695 OLG Jena, VersR 2008, 401 (403).

696 OLG Jena, VersR 2008, 401 (403).

697 OLG Karlsruhe, VersR 2009, 831.

698 OLG Karlsruhe, VersR 2009, 831 (832).

699 OLG Karlsruhe, VersR 2009, 831.

der Gutachter das Vorgehen als „absoluten Grundstandard“ ansehe, handle es sich bei dem Unterlassen um einen groben Fehler.⁷⁰⁰ Bei einer CT wäre der Katheterrest entdeckt worden. Der Katheterrest sei außerdem geeignet, eine bakterielle Infektion, hier die Meningitis, hervorzurufen. Diese wiederum sei geeignet, die eingetretene Liquorabflussstörung mit der damit verbundenen Erhöhung des Hirndrucks herbeizuführen.⁷⁰¹ Zugunsten des Klägers müsse daher eine Beweislastumkehr für die Kausalität des Behandlungsfehlers für den erlittenen Schaden ausgesprochen werden.⁷⁰²

BGH, Urteil vom 29.9.2009 – VI ZR 251/08⁷⁰³ („Augenklinik bei Sehstörung“)

Kurz nach einer am 19.5.1998 erfolgten Bypass-Operation bei der Beklagten traten beim Kläger Sehstörungen am linken Auge auf. Eine am 22.5.1998 durchgeführte neurologische computertomografische Untersuchung des Schädelns (Nativ-CCT) ergab keinen reaktionspflichtigen Befund. Der Kläger konnte am 23.5.1998 auf dem linken Auge schließlich überhaupt nichts mehr sehen; auf dem rechten Auge litt er plötzlich ebenfalls an Sehstörungen. Der Kläger wurde dennoch erst am 24.5.1998 augenärztlich und neurologisch untersucht. Der Kläger erblindete schließlich.⁷⁰⁴

Das OLG sah es als behandlungsfehlerhaft an, dass der Kläger nicht sofort am Tag des Auftretens der ersten Sehstörung augenärztlich untersucht wurde. Obwohl das OLG den Fehler für grob hielt,⁷⁰⁵ verneinte es jedoch einen groben Behandlungsfehler.⁷⁰⁶

Der BGH stellte klar, dass das Unterlassen der gebotenen Therapie im Fall der Nichterhebung medizinisch gebotener Befunde nicht Voraussetzung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers sei. Vielmehr reiche es aus, dass die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstelle, der gene-

700 OLG Karlsruhe, VersR 2009, 831 (832).

701 OLG Karlsruhe, VersR 2009, 831 (832).

702 OLG Karlsruhe, VersR 2009, 831 (832).

703 BGH, VersR 2010, 115.

704 BGH, VersR 2010, 115.

705 BGH, VersR 2010, 115.

706 BGH, VersR 2010, 115.

rell geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.⁷⁰⁷ Da es das Berufungsgericht darüber hinaus immerhin für möglich erachte, dass mit einer postoperativen Behandlung die Erblindung des rechten Auges verhindert hätte werden können, könne eine Umkehr der Beweislast auch nicht aus Rechtsgründen versagt werden.⁷⁰⁸

In diesem Urteil hat der BGH klargestellt, dass der schwerwiegende Befunderhebungsfehler einen groben Behandlungsfehler darstellen kann, ohne dass zusätzlich ein Therapieversäumnis vorliegen muss, um einen groben Behandlungsfehler zu bejahen.⁷⁰⁹

OLG Koblenz, Urteil vom 25.8.2011 – 5 U 670/10⁷¹⁰ („CT III“)

Der Patient wurde am 14.4.2003 um 10:45 wegen der Verdachtsdiagnose einer transitorischen ischämischen Attacke in das Krankenhaus der Beklagten zu 1 eingeliefert. Zunächst wurden ein EEG und ein Blutbild angefertigt. Gegen 12:30 ordnete die Beklagte zu 2 die Anfertigung eines Computertomogramms (CT) an.⁷¹¹ Um 15:00 krampfte der Patient, woraufhin die Beklagte zu 2 ein weiteres EEG veranlasste und auf dessen Grundlage auf einen kleineren rechtsseitigen Infarkt schloss.⁷¹² Nach dem klinischen Bild boten sich eine brachiofaziale Hemiparese rechts sowie ein Medianinfarkt rechts. Eine Dopplersonographie am 16.4.2003 zeigte eine subtotale Stenose der Arteria carotis. Der Patient war infolge dessen schwerbehindert und verstarb. Der Kläger war dessen Erbe.⁷¹³

Das Berufungsgericht sah eine Haftung der Beklagten gegeben, da nach der stationären Aufnahme des Patienten längerfristig kein craniales CT gefertigt wurde. Die Einweisungsdiagnose habe auf einen iktalen und postiktalen Zustand hingedeutet. Daher hätte nach Ansicht des Sachverständigen zur differentialdiagnostischen Abklärung eine schnellstmögliche zerebrale Bildgebung angefertigt werden müssen.⁷¹⁴

707 BGH, VersR 2010, 115 (116).

708 BGH, VersR 2010, 115 (116).

709 Jaeger, MedR 2010, 494 (496).

710 OLG Koblenz, VersR 2013, 111.

711 OLG Koblenz, VersR 2013, 111.

712 OLG Koblenz, VersR 2013, 111 (111 f.).

713 OLG Koblenz, VersR 2013, 111 (112).

714 OLG Koblenz, VersR 2013, 111 (112).

Zwar sei es fraglich, ob eine adäquate Befunderhebung den Insult auf der linken Seite offenbart hätte bzw. eine aufgrund einer entsprechenden Kenntnis indizierte medikamentöse Therapie die späteren Schäden abgewendet hätte, allerdings sei es Aufgabe der Beklagten, den Kausalzusammenhang zu widerlegen, da das Befunderhebungsversäumnis als grober Fehler einzustufen sei. Durch die indizierte medikamentöse Behandlung hätte eine reelle Möglichkeit bestanden, den später rechtsseitigen Insult abzuwenden.⁷¹⁵

BGH, Urteil vom 5.11.2013 – VI ZR 527/12⁷¹⁶ („Infektionsstatus“)

Der am 15.7.1994 geborene Kläger stürzte am Morgen des 27.7.1996 mit einem Plastiklöffel im Mund und erlitt dabei Pfahlungsverletzungen im Rachen. Nach der stationären Aufnahme im Krankenhaus der Beklagten entwickelten sich eine Mediastinitis und ein sich vergrößernder retropharyngealer Abszess, der nach mehreren Revisioneingriffen zu einer Schädigung des zentralen Nervensystems führte.⁷¹⁷ Das Berufungsgericht gelang zu der Ansicht, dass es spätestens am 29.7.1996 indiziert gewesen wäre, eine zusätzliche Untersuchung des C-reaktiven Proteins (CrP) durchzuführen. Aufgrund dieser Erkenntnis hätten entweder eine Umstellung der antibiotischen Therapie oder weitere Untersuchungen vorgenommen werden müssen, um die Halsschwellung abzuklären. Dadurch hätte die Bildung eines Abszesses weitestgehend verhindert werden können.⁷¹⁸

Der BGH bestätigte die Rechtsansicht des Berufungsgerichts. Es habe sich die Beweislast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität zu Gunsten des Klägers umgekehrt,⁷¹⁹ da bei Durchführung der notwendigen Diagnostik mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Befund zu Vorschein gekommen wäre, der eine Reaktionspflicht im Sinne einer Umstel-

715 OLG Koblenz, VersR 2013, 111 (112).

716 BGH, NJW 2014, 688.

717 BGH, NJW 2014, 688.

718 BGH, NJW 2014, 688.

719 BGH, NJW 2014, 688 (688 f.).

lung der Behandlung ausgelöst hätte, bei der die Nichtreaktion als nicht mehr verständlich und damit grob fehlerhaft zu bewerten gewesen wäre.⁷²⁰

BGH, Urteil vom 21.1.2014 – VI ZR 78/13⁷²¹ („Differentialdiagnostik bei Hirninfarkt“)

Die Klägerin erlitt am Abend des 12.11.2003 eine Thrombose in den inneren Hirnvenen und begab sich in ein Krankenhaus. Der dort konsiliaisch tätige Beklagte erkannte die Thrombose nicht. Nach Durchführung weiterer Untersuchungen erfolgte am nächsten Tag eine Verlegung in ein Universitätsklinikum. Unstreitig infolge der Hirnvenenthrombose erlitt die Klägerin schwerste Behinderungen.⁷²²

Der BGH wertete das Versäumnis des Beklagten als Befunderhebungsfehler.⁷²³ Nach Ansicht der Sachverständigen hätte der Beklagte nicht die Empfehlung aussprechen dürfen, die Klägerin in diesem Krankenhaus zu behandeln, da die angeordneten Untersuchungen für ihn erkennbar erst am nächsten Tag realisiert hatten werden können. Daher wäre eine sofortige Überweisung in ein Neurozentrum geboten gewesen.⁷²⁴ Dies sei nicht als Diagnosefehler, sondern als Befunderhebungsfehler zu werten, da aufgrund des erkennbaren CT-Befunds, der Liquoruntersuchung und des unklaren Beschwerdebilds erkennbar eine sofortige weitere Hirndiagnostik zwingend erforderlich gewesen war.⁷²⁵

Nach Ansicht des BGH war sowohl unter dem Gesichtspunkt des groben, als auch des einfachen Befunderhebungsfehlers zu Gunsten der Klägerin eine Beweislastumkehr auszusprechen, da selbst wenn der Befunderhebungsfehler nicht als grob anzusehen sei, sich bei der gebotenen Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte, dessen Verkennung sich als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde.⁷²⁶

720 BGH, NJW 2014, 688 (689).

721 BGH, VersR 2014, 374.

722 BGH, VersR 2014, 374.

723 BGH, VersR 2014, 374 (374f.).

724 BGH, VersR 2014, 374 (375f.).

725 BGH, VersR 2014, 374 (376).

726 BGH, VersR 2014, 374 (376).

OLG Hamm, Urteil vom 4.12.2015 – 26 U 33/14⁷²⁷ („Röntgen III“)

Die Klägerin fiel im März 2006 auf das Gesäß. Der Beklagte behandelte die Klägerin ab dem 21.03.2006 und diagnostizierte ohne Röntgenbefundung einen Knochenhautreizzustand an der Steißbeinspitze. Tatsächlich litt die Klägerin an einer Fraktur des Beckens im Bereich des Os sacrum.⁷²⁸

Das OLG urteilte, dass dem Beklagten ein grober Befunderhebungsfehler unterlaufen sei. Da die gewählte Behandlung keinen Erfolg brachte, sei eine weitergehende bildgebende Befundung in Richtung auf eine mögliche Fraktur auch im Bereich des Os Sacrum zwingend geboten gewesen.⁷²⁹

Ob die bildgebende Befundung tatsächlich das Vorliegen einer Fraktur erbracht hätte, erscheine zwar zweifelhaft, wegen der Einordnung des Fehlers als grob sei dies jedoch irrelevant. Eine röntgenologische Befundung müsse nämlich in einem derartigen Fall als absoluter Standard angesehen werden. Daher komme der Klägerin eine Beweislastumkehr zu Gute.⁷³⁰

2. Befunderhebungsfehler ohne Beweislastumkehr

BGH, Urteil vom 19.5.1987 – VI ZR 167/86⁷³¹ („Leberwertdiagnostik nach Halothan“)

Der Kläger wurde mittels Kaiserschnitt entbunden. Die Geburt verlief ohne Komplikationen. Am Abend des 16.7.1979 erlitt die Mutter Fieberschübe bis 40,6 Grad Celsius. Außerdem traten am ganzen Körper kleine fleckige Exantheme auf. Sie wurde als dessen Folge vom Beklagten behandelt. In der Folgezeit litt die Patientin immer wieder an hohen Fieberschüben und verfärbte sich zunehmend gelb. Am 3.9.1979 verstarb sie schließlich an Leberversagen. Kläger war der Sohn der Patientin.⁷³²

727 OLG Hamm, RDG 2016, 130.

728 OLG Hamm, RDG 2016, 130 (130 ff.).

729 OLG Hamm, RDG 2016, 130 (132).

730 OLG Hamm, RDG 2016, 130 (132).

731 BGH, NJW 1987, 2293.

732 BGH, NJW 1987, 2293.

Nach Ansicht des BGH sei dem Beklagten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen, da er den Fieberschub vom 16.7.1979 nicht zum Anlass genommen habe, seine Ursache durch laborchemische Untersuchungen zu klären.⁷³³ Allerdings seien die Feststellungen des Berufungsgerichts derzeit nicht ausreichend, um eine Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr für den Kläger zu rechtfertigen. Dem Beklagten könne nur vorgeworfen werden, eine mögliche Lebererkrankung nicht durch diagnostische Mittel erkannt und sie deshalb nicht rechtzeitig behandelt zu haben. Die Schwere dieses Vorwurfs könne jedoch insbesondere hinsichtlich der Erschwernis der Aufklärbarkeit und der Wahrscheinlichkeit der Schadensverhinderung nicht ausreichend bestimmt werden.⁷³⁴

OLG Hamm, Urteil vom 21.11.1988 – 3 U 74/88⁷³⁵ („Röteln IV“)

Die schwangere Klägerin wurde vom Beklagten zu 1, einem praktischen Arzt am 29. und 31.5.1979 wegen eines generalisierten Erythems mit Juckreiz der Haut behandelt. Des Weiteren wurde die Schwangerschaft ab dem 7.9.1979 vom Beklagten zu 2) als Frauenarzt betreut. Die am 9.2.1980 geborene Tochter litt an den typischen Folgen einer Rötelnembryopathie.⁷³⁶

Das Berufungsgericht führte aus, dass die Mutterschaftsrichtlinien erst im Jahr 1980 dahingehend geändert wurden, dass nicht nur während einer feststehenden Schwangerschaft, sondern unabhängig davon eine präventive Rötelndiagnostik durchzuführen gewesen wäre. Zum Zeitpunkt der Behandlung beim Beklagten zu 1 habe die Klägerin jedoch selbst noch gar nicht gewusst, dass sie schwanger war.⁷³⁷ Selbst wenn man einen Behandlungsfehler des Beklagten zu 1 annehme, ergebe sich bei einem praktischen Arzt unter diesen Umständen allenfalls ein leichtes Diagnoseversäumnis, weshalb kein grob fehlerhaftes Unterlassen angenommen werden könne. Ferner sei das leichte Versäumnis für die spätere Entwicklung des Kindes nicht kausal geworden. Eine Unterbrechung

733 BGH, NJW 1987, 2293 (2294).

734 BGH, NJW 1987, 2293 (2294).

735 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

736 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

737 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

des Kausalzusammenhangs sei nämlich dann gegeben, wenn sich der Fehler des Erstbehandelnden auf den weiteren Verlauf nicht mehr ausgewirkt hätte, weil die Erstursache durch ein weiteres Ereignis völlig in den Hintergrund gedrängt wird.⁷³⁸ Ein solches weiteres Ereignis stelle der grobe Behandlungsfehler des Beklagten zu 2) dar, der keine Rötelndiagnostik betrieben habe, obwohl er als der die Schwangerschaft betreuende Frauenarzt nach den damals schon geltenden Mutterschafts-Richtlinien dazu verpflichtet gewesen sei.⁷³⁹

OLG Köln, Urteil vom 18.4.1990 – 27 U 171/89⁷⁴⁰ („Röntgen IV“)

Der Kläger wurde mit multiplen Frakturen und Körperprellungen im Krankenhaus der Beklagten eingeliefert. Bei der Einlieferung wurden weder eine Schultergelenkssprengung noch die Frakturen des Mittelfußknochens rechts mit Absplitterungen aus den Keilbeinen und dem Würfelbein erkannt. Der Kläger blieb dauerhaft beeinträchtigt.⁷⁴¹

Nach Ansicht des Berufungsgerichts sei dem Sachverständigen zwar soweit zu folgen, dass es aufgrund des Schwellungszustands des rechten Fußes erforderlich gewesen wäre, den Fuß alsbald zu röntgen, um eine eventuelle Fraktur festzustellen.⁷⁴² Dennoch müsse der Beklagte nicht haften. Der Sachverständige führte dazu aus, dass er sich im vorliegenden Fall auch bei einer rechtzeitigen Diagnose der Fraktur nicht zu einer Operation entschlossen hätte, weil die ausgedehnte Fraktur an dem Erfolg einer Operation zweifeln lasse und sich um das Operationsfeld eine sogenannte Knochenmuffe aus Kallus gebildet habe.⁷⁴³ Zugunsten des Klägers könne daher nicht angenommen werden, dass die Ärzte eine operative Behandlung des Fußes vorgenommen oder veranlasst hätten.⁷⁴⁴

738 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

739 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

740 OLG Köln, VersR 1991, 930.

741 OLG Köln, VersR 1991, 930.

742 OLG Köln, VersR 1991, 930.

743 OLG Köln, VersR 1991, 930 (930f.).

744 OLG Köln, VersR 1991, 930 (931).

OLG Hamm, Urteil vom 27.1.1992 – 3 U 189/91⁷⁴⁵ („Nahtinsuffizienz“)

Die Patientin wurde im Krankenhaus der Beklagten am Darm operiert. Sie erlitt postoperativ eine Nahtinsuffizienz im Bereich des Dünndarms, an deren Folge sie verstarb. Der Kläger war ihr Gesamtrechtsnachfolger.⁷⁴⁶

Nach Ansicht des OLG sei bei der Beklagten die Erhebung gebotener Befunde unterblieben, da eine weitere Abklärung des Krankheitsbildes durch eine Röntgenkontrastdarstellung der Dünndarmanastomose mittels wasserlöslichen Kontrastmittels geboten gewesen wäre.⁷⁴⁷ Allerdings habe der Kläger den ihm obliegenden Schadensbeweis nicht geführt, da der Sachverständige ein längeres Überleben zwar für möglich, aber nicht einmal für sehr wahrscheinlich gehalten habe. Die Überlebenschancen wären bei einer früheren Behandlung allenfalls verbessert worden.⁷⁴⁸ Beweiserleichterungen könnten dem Kläger nicht zugute kommen. Von einem groben Behandlungsfehler könne nicht die Rede sein, weil die Behandlung im Wesentlichen richtig war und das schwere septische Krankheitsbild infolge der Nahtinsuffizienz zunächst chirurgisch und intensivmedizinisch beherrscht werden konnte. Hinzu komme, dass die Differentialdiagnose entzündlicher Komplikationen, die im Krankheitsverlauf bei Intensivpatienten auftrete, schwierig sei. Daher könne ein Fehlverhalten in einer Situation, bei dem viele Diagnosemöglichkeiten nicht wahrgenommen werden, nicht als grob gewertet werden.⁷⁴⁹

BGH, Urteil vom 23.3.1993 – VI ZR 26/92⁷⁵⁰ („Röntgen V“)

Der Kläger erlitt am 2.5.1984 Brüche und Prellungen am linken Fußgelenk sowie am linken Rippenbogen. Im Zentralkrankenhaus der Beklagten wurde der Lokalbefund „Schwellung des linken oberen Sprunggelenks“ und „Druckschmerz am Außenknöchel“ erhoben.⁷⁵¹ Am 9.10.1984

⁷⁴⁵ OLG Hamm, VersR 1993, 440.

⁷⁴⁶ OLG Hamm, VersR 1993, 440.

⁷⁴⁷ OLG Hamm, VersR 1993, 440.

⁷⁴⁸ OLG Hamm, VersR 1993, 440.

⁷⁴⁹ OLG Hamm, VersR 1993, 440.

⁷⁵⁰ BGH, NJW 1993, 2375.

⁷⁵¹ BGH, NJW 1993, 2375.

wurde erstmals die Diagnose eines Sudeck-Verdachts im linken Unterschenkel gestellt.⁷⁵²

Der BGH erklärte, dass nicht auf einen zur Beweislastumkehr führenden groben Befunderhebungsfehler geschlossen werden könne, weil bei der Beklagten keine Abschlussuntersuchungen vorgenommen worden seien.⁷⁵³

Der gesamte letzte Behandlungsabschnitt weise keinen groben Behandlungsfehler aus. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liege dieser auch nicht darin, dass der Differentialdiagnose „Sudeck“ nicht durch eine zwingende Befundüberprüfung nachgegangen worden sei. Dieser Umstand könne nicht als Diagnoseirrtum gewertet werden, da es nicht um die Fehlinterpretation erhobener Befunde gehe, sondern um die Frage, ob es grob fehlerhaft unterlassen wurde, einer sich aufdrängenden Verdachtsdiagnose durch übliche Befunderhebungen nachzugehen.⁷⁵⁴ Vorliegend fehlten jedoch sowohl tatsächliche Feststellungen als auch Ausführungen durch den Sachverständigen, die zu speziellen Untersuchungen auf ein Sudeck-Syndrom genötigt hätten.⁷⁵⁵

BGH, Urteil vom 4.10.1994 – VI ZR 205/93⁷⁵⁶ („vaginale Untersuchung bei vorzeitigen Wehen“)

Die Schwangerschaft der Mutter des Klägers wurde vom Beklagten betreut. Am 2.1.1985 suchte sie ihn wegen vaginaler Blutungen auf. Der Beklagte diagnostizierte eine Zervixverkürzung und Harnwegsinfektion. Trotz anhaltender Beschwerden nahm der Beklagte keine vaginale Untersuchung vor. Am 30.1.1985 wurde der Kläger in der 26. Schwangerschaftswoche mit weniger als 1.000 Gramm Körpergewicht geboren.⁷⁵⁷

Nach Ansicht des BGH sei dem Beklagten keine falsche Diagnose vorzuwerfen, da er nicht die von ihm erhobenen Befunde falsch interpretiert habe, sondern eine aufgrund der Beschwerden und des Harnsediment-

752 BGH, NJW 1993, 2375 (2376).

753 BGH, NJW 1993, 2375 (2377).

754 BGH, NJW 1993, 2375 (2377).

755 BGH, NJW 1993, 2375 (2377).

756 BGH, NJW 1995, 778.

757 BGH, NJW 1995, 778.

mentbefunds erforderliche vaginale Untersuchung unterlassen hatte. Es gehe daher also nicht um die Fehlinterpretation von Befunden, sondern um deren Nichterhebung.⁷⁵⁸

Der Sachverständige habe sich jedoch nicht eindeutig zu der Schwere der Pflichtverletzung geäußert. So habe er in einem Ergänzungsgutachten die Notwendigkeit einer vaginalen Untersuchung verneint. Bei seinem zweiten Ergänzungsgutachten hingegen hielt er eine Untersuchung bei ziehenden Schmerzen im Unterbauch für geboten. Bei der Befragung vor dem Berufungsgericht habe er schließlich eine vaginale Untersuchung als lässlich bezeichnet.⁷⁵⁹ Den Angaben könne somit nicht entnommen werden, dass der Beklagte eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstößen und einen Fehler begangen habe, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheine, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfe.⁷⁶⁰

BGH, Urteil vom 2.12.1997 – VI ZR 386/96⁷⁶¹ („psychiatrische Exploration“)

Die Klägerin litt seit Jahren an einer schizoaffektiven Psychose und befand sich deshalb mehrmals in psychiatrischer Behandlung. Nachdem bei der Klägerin eine starke motorische Unruhe mit Verwirrtheitszuständen aufgetreten war, wandte sich die Mutter an den Beklagten, der bei einem Hausbesuch intramuskulär eine Ampulle Haldol injizierte. Daraufhin ging die Klägerin in Begleitung ihres Vaters in das Schlafzimmer im ersten Stock. Nachdem ihr Vater das Zimmer verlassen hatte, sprang sie aus dem Fenster und stürzte sechs Meter in die Tiefe.⁷⁶²

Zwar teilte der BGH die Ansicht des Berufungsgerichts, dass dem Beklagten ein Behandlungsfehler unterlaufen sei, indem er es unterlassen habe, trotz der akuten und ungeklärten Verschlechterung des psychischen Zustandes der Klägerin für deren Schutz Sorge zu tragen.⁷⁶³

758 BGH, NJW 1995, 778.

759 BGH, NJW 1995, 778 (778 f.).

760 BGH, NJW 1995, 778 (779).

761 BGH, NJW 1998, 814.

762 BGH, NJW 1998, 814.

763 BGH, NJW 1998, 814 (815).

Allerdings habe die Beweisaufnahme zu der Annahme eines groben Fehlers keine ausreichende Grundlage geboten. Zum einen behauptete der Beklagte unter Beweisantritt, dass er die Eltern der Klägerin auf die Notwendigkeit einer Klinikeinweisung hingewiesen habe.⁷⁶⁴ Zum anderen beruhe der Hinweis des Beklagten nach Ansicht des Sachverständigen nicht auf der Annahme, dass die Klägerin suizidgefährdet sei. Der Sachverständige führte lediglich aus, der Beklagte habe aufgrund der Feststellung des schlechten psychischen Zustands der Klägerin an eine Suizidgefährdung denken müssen. Der BGH befand daher, dass die gutachterliche Stellungnahme nicht rechtfertige, einen groben Behandlungsfehler anzunehmen.⁷⁶⁵

OLG Zweibrücken, Urteil vom 10.2.1998 – 5 U 65/96⁷⁶⁶ („HNO-Untersuchung bei Hörsturz“)

Der Kläger unterzog sich am 10.11.1993 im Krankenhaus der Beklagten einer Gallenoperation. Nach der Operation nahm er ein Druckgefühl im Bereich des linken Ohrs wahr, worüber er das Personal der Beklagten am 12.11.1993 informierte. Bei einer Untersuchung am 16.11.1993 wurde eine mittel- bis hochgradige Hörminderung festgestellt, die auf einen cochlearen Schaden zurückgeführt worden war. Der Arzt veranlasste daher eine Infusionsbehandlung. Tatsächlich litt der Kläger an der Meniere-Krankheit.⁷⁶⁷

Das OLG wertete es als Befunderhebungsfehler, dass es bei der Beklagten unterlassen wurde, den Patienten trotz der geäußerten Beschwerden umgehend einem HNO-Facharzt vorzustellen. Hinsichtlich der qualitativen Bewertung des Fehlers war das OLG unentschlossen,⁷⁶⁸ entschied jedoch, dass die Frage ohnehin nicht erörtert werden müsse, da die Beweisaufnahme ergeben habe, dass die schicksalhaft eingetretene Erkrankung des Klägers durch eine rechtzeitige Diagnose und Therapie ohnehin nicht

764 BGH, NJW 1998, 814 (815).

765 BGH, NJW 1998, 814 (815).

766 OLG Zweibrücken, VersR 1998, 590.

767 OLG Zweibrücken, VersR 1998, 590.

768 OLG Zweibrücken, VersR 1998, 590 (591).

positiv beeinflusst hätte werden können.⁷⁶⁹ Das OLG meinte dazu, dass sowohl die Kausalität, als auch die Therapie bei dieser Krankheit bis dato weltweit nicht bekannt sei. Jedenfalls sei die medikamentöse Therapie nicht standardisiert. Die Behandlung mittels rheologischer Infusionstherapie stehe deshalb vollständig im Ermessen des Arztes.⁷⁷⁰

OLG Braunschweig, Urteil vom 25.3.1999 – 1 U 61/98⁷⁷¹ („Bakteriologische Untersuchung nach Cerclage“)

Die mit der Klägerin schwangere Mutter wurde vom Beklagten behandelt. Eine am 20.1.1994 durchgeführte Amnionzentese erbrachte keinen Anhalt auf eine Fehlbildung der Klägerin.⁷⁷² Bei den Kontrolluntersuchung ab dem 8.3.1994 erfolgte keine mikroskopische oder bakteriologische Untersuchung des Scheideninhalts.⁷⁷³ Die Klägerin wurde mit einem Gewicht von 870 Gramm geboren.⁷⁷⁴

Nach Auffassung des OLG stelle es einen Behandlungsfehler dar, ab dem 8.3.1994 keinen Scheidenabstrich mit mikroskopischer Untersuchung vorzunehmen. Das Versäumnis wurde jedoch nicht als grober Behandlungsfehler gewertet.⁷⁷⁵ Darüber hinaus sei keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein positives Befundergebnis gegeben, da es völlig offen ist, ob die mikroskopische Untersuchung die Entwicklung und Vermehrung pathologischer Keime hätte erkennen lassen oder nicht.⁷⁷⁶

769 OLG Zweibrücken, VersR 1998, 590 (591).

770 OLG Zweibrücken, VersR 1998, 590 (591).

771 OLG Braunschweig, VersR 2000, 454.

772 OLG Braunschweig, VersR 2000, 454 (455).

773 OLG Braunschweig, VersR 2000, 454 (455).

774 OLG Braunschweig, VersR 2000, 454 (455).

775 OLG Braunschweig, VersR 2000, 454 (455).

776 OLG Braunschweig, VersR 2000, 454 (455 f.).

BGH, Urteil vom 29.5.2001 – VI ZR 120/00⁷⁷⁷ („Infektionskontrolle nach Arthrotomie“)

Nach einer am 14.8.1987 durch den Beklagten durchgeführte Arthroskopie erlitt die Klägerin eine Infektion des betroffenen Kniegelenks. Nachdem ab dem 17.8.1987 erhebliche Beschwerden aufgetreten waren, leitete der Beklagte ohne Maßnahmen zur Erregerbestimmung eine antibiotische Behandlung ein. Am 21.8.1987 entleerte sich bei einer Wundspreizung nach Ansicht der Klägerin Eiter, nach Ansicht des Beklagten ein klares Serum. Es wurde wiederum keine Keimbestimmung vorgenommen.⁷⁷⁸

Der BGH sah eine Haftung des Beklagten wegen eines Befunderhebungsfehlers nicht als gegeben an. In der Zeit zwischen dem 17.8.1987 und dem 21.8.1987 mangle es bereits am Vorliegen einer Befunderhebungspflicht. Zur Anlegung einer Erregerbestimmung sei eine Punktion des Kniegelenks nötig. Diese berge nach Ansicht des Sachverständigen ihrerseits wiederum Gefahrenmomente für den Patienten, so dass sie nicht vorschnell vorgenommen werden sollte.⁷⁷⁹

Erst ab dem 21.8.1987 hätte zwingend eine Bakterienkultur anhand der an diesem Tag bei der Wundspreizung zutage getretenen Flüssigkeit angelegt werden müssen. Insoweit liege ein Befunderhebungsfehler vor. Allerdings sei auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht hinreichend wahrscheinlich, dass eine Erregerbestimmung ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis erbracht hätte.⁷⁸⁰

BGH, Urteil vom 19.6.2001 – VI ZR 286/00⁷⁸¹ („Hausbesuchspflicht“)

Die Klägerin suchte am 8.8.1995 die Beklagte wegen psychischer Probleme auf. Am Nachmittag desselben Tages berichtete der Ehemann der Klägerin, dass sie wahrscheinlich Schlaftabletten eingenommen habe. In der Nacht rief er erneut bei der Beklagten an und erklärte, dass die Klä-

777 BGH, NJW 2001, 2792.

778 BGH, NJW 2001, 2792.

779 BGH, NJW 2001, 2792 (2793).

780 BGH, NJW 2001, 2792 (2793).

781 BGH, NJW 2001, 2794.

gerin wegläufen wolle. Die Beklagte meinte, er solle die Klägerin am Fortgehen hindern und am Morgen mit ihr in der Praxis vorstellig werden. Dennoch konnte die Klägerin am Morgen aus dem Haus entfliehen und unternahm einen erfolglosen Suizidversuch.⁷⁸²

Der BGH nahm wie das OLG an, dass sich die Beklagte nicht lediglich darauf beschränken hätte dürfen, dem Ehemann zu empfehlen, auf die Klägerin aufzupassen und am nächsten Morgen in die Sprechstunde zu kommen.⁷⁸³ Allerdings sah der BGH in dem Vorgehen der Beklagten lediglich einen einfachen Behandlungsfehler.⁷⁸⁴

Eine Beweislastumkehr könne auch nicht aus den Besonderheiten des Befunderhebungsfehlers hergeleitet werden. Dem Berufungsurteil seien keine hinreichenden Anhaltspunkte zu entnehmen, die eine Beweislastumkehr unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler rechtfertigen würden, da es nicht ersichtlich sei, dass sich bei einem nächtlichen Hausbesuch der Beklagten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so gravierender Befund ergeben hätte, dass sofort Maßnahmen zur Verhinderung des weiteren Geschehens hätten ergriffen werden müssen.⁷⁸⁵

OLG Dresden, Urteil vom 6.6.2002 – 4 U 3112/01⁷⁸⁶ („Zytologie bei mehrmonatiger erfolgloser Antimykotikumtherapie“)

Ab dem 12.3.1998 behandelte die beklagte Gynäkologin die Klägerin wegen einer juckenden Entzündung der Vulva. Die Beklagte verschrieb lediglich eine Salbenbehandlung. Befunde wurden nicht erhoben. Im September 1998 dokumentierte die Beklagte eine Hautveränderung an der linken Labie. Am 30.9.1998 ließ die Klägerin eine Probeexzision durchführen. Die histologische Untersuchung brachte eine Paget-Erkrankung mit Entwicklung eines Adenokarzinoms zu Vorschein.⁷⁸⁷

782 BGH, NJW 2001, 2794.

783 BGH, NJW 2001, 2794.

784 BGH, NJW 2001, 2794 (2794 f.).

785 BGH, NJW 2001, 2794 (2795).

786 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

787 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

Das OLG stellte zunächst fest, dass das Verhalten der Beklagten kein Diagnosefehler gewesen sei. Dies sei nämlich nur der Fall, wenn der Arzt die erhobenen Befunde vorwerfbar fehlinterpretiere.⁷⁸⁸ Die Beklagte habe es allerdings schuldhaft unterlassen, medizinisch erforderliche Befunde zu erheben. Ohne Konzept und weitere Ursachenerforschung habe die Beklagte ab April 1998 der Klägerin Salben verschrieben. Allerdings habe die Klägerin weder bewiesen, dass die fehlerhafte Behandlung ihren Krankheitszustand verschlechtert, noch, dass die verzögerte Feststellung Einfluss auf die Therapie gehabt hätte.⁷⁸⁹

Zu Gunsten der Klägerin kämen auch keine Beweiserleichterungen wegen eines Befunderhebungsfelchers in Betracht.⁷⁹⁰ Die unterlassene Befunderhebung stelle keinen groben Fehler dar. Sachverständig beraten ergebe sich, dass die Beklagte nicht gegen elementare medizinische Erkenntnisse oder Behandlungsstandards verstößen habe.⁷⁹¹

Ebenso könne auch nicht angenommen werden, dass eine Biopsie bereits im Mai/Juni 1998 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Paget-Karzinom-Erkrankung hervorgebracht hätte. Der Sachverständige schätze die Wahrscheinlichkeit nur auf 50 %. Zwar habe der BGH bislang noch nicht entschieden, was genau unter einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu verstehen sei. Nach Ansicht des Senats könne eine solche jedoch nicht angenommen werden, wenn das mutmaßliche Ergebnis des Befunds völlig offen und die Wahrscheinlichkeit nicht höher als mit 50 % anzusetzen sei.⁷⁹²

OLG Köln, Urteil vom 28.5.2003 – 5 U 77/01⁷⁹³ („Infektionskontrolle bei Vaginose“)

Der Beklagte betreute ab dem 15.4.1993 die Schwangerschaft der Klägerin. Im Laufe der Behandlung untersuchte er sie u. a. wegen eines Ausflusses durch Nativpräparat sowie auf den Verdacht einer Sprosspilzinfektion. Die Untersuchungen ergaben keine Befunde. Später zeigten sich

788 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

789 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

790 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

791 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

792 OLG Dresden, VersR 2004, 648 (648 f.).

793 OLG Köln, VersR 2004, 247.

erhöhte Leukozytenwerte, woraufhin der Beklagte die Klägerin für den 15.7.1993 erneut einbestellte.⁷⁹⁴ Am 5.7.1993 setzten die Wehen ein. Beim Blasensprung ging ein übelriechender Fluor ab. Bei der Klägerin hatte sich ein Amnioninfektionssyndrom entwickelt, das auf einem bakteriellen Befall der Scheide beruhte.⁷⁹⁵

Nach Ansicht des OLG ging die Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs zu Lasten der Klägerin. Nach Ansicht der Sachverständigen habe es im Jahr 1993 noch nicht dem allgemeinen, fachärztlichen Standard entsprochen, Zusammenhänge zwischen Vaginose, Keimaszension und Frühgeburt herzustellen und deswegen routinemäßig mikroskopische Untersuchungen durchzuführen.⁷⁹⁶ Da es bereits zweifelhaft sei, ob überhaupt ein Behandlungsfehler vorliege, könne keinesfalls ein grober Behandlungsfehler angenommen werden.⁷⁹⁷

Gleiches gelte bei Zugrundelegung der vom BGH entwickelten Rechtsprechung zum einfachen Befunderhebungsfehler. Den vom BGH bislang nicht näher konkretisierten Begriff der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ deute der Senat entsprechend der bei § 287 ZPO oder § 294 ZPO vertretenen Wertung als „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, also als eine jedenfalls über 50 Prozent liegende Wahrscheinlichkeit.⁷⁹⁸ Ein geringeres Maß führe zu unerträglichen Wertungswidersprüchen.⁷⁹⁹ Im zu entscheidenden Fall müsse von einer mindestens 50 prozentigen Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden, dass sich bei dem Scheidenabstrich kein positiver Befund ergeben hätte. Somit könne auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Befunderhebungspflicht keine Beweiserleichterung für die Klägerin begründet werden.⁸⁰⁰

⁷⁹⁴ OLG Köln, VersR 2004, 247.

⁷⁹⁵ OLG Köln, VersR 2004, 247.

⁷⁹⁶ OLG Köln, VersR 2004, 247.

⁷⁹⁷ OLG Köln, VersR 2004, 247.

⁷⁹⁸ OLG Köln, VersR 2004, 247.

⁷⁹⁹ OLG Köln, VersR 2004, 247.

⁸⁰⁰ OLG Köln, VersR 2004, 247 (248).

OLG Köln, Urteil vom 26.5.2008 – 5 U 175/07⁸⁰¹ („Biopsie nach Mammakarzinom“)

Die Klägerin, die selbst Fachärztin für Radiologie war, wurde wegen eines Mammakarzinoms von Oktober 2000 bis zum 7.10.2002 im Krankenhaus der Beklagten behandelt. Nach einer Selbstdiagnose am 28.11.2002 wurden ihr wegen eines Mammakarzinoms links beide Brüste amputiert.⁸⁰²

Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Es könne bereits dahinstehen, ob auf der Grundlage der erhobenen Befunde eine Stanzbiopsie aus der linken Brust geboten gewesen wäre.⁸⁰³ Nach Ansicht der Sachverständigen könne keinesfalls von einer mehr als 50-prozentigen Wahrscheinlichkeit für die Entdeckung eines Karzinoms die Rede sein. Es sei rein spekulativ, ob sich ein positiver Befund ergeben hätte. Es lasse sich vielmehr nicht einmal sicher sagen, dass der später festgestellte bösartige Tumor mit dem sonographischen und durch Tasten erhobenen Befund identisch gewesen ist. Eine Beweislastumkehr komme daher nicht in Betracht.⁸⁰⁴

OLG Koblenz, Beschluss vom 7.5.2009 – 5 U 478/09⁸⁰⁵ („Diagnostik nach erstem Schlaganfall“)

Der Kläger behauptete, während eines stationären Krankenhausaufenthalts bei der Beklagten im April/ Mai 2006 einen leichten Schlaganfall erlitten zu haben. Dieser sei übersehen worden, so dass die gebotene Therapie versäumt wurde. Dies habe Ausfälle und Beschwerden mitverursacht, die nach einem zweiten Schlaganfall im Dezember 2006 eingetreten sind.⁸⁰⁶

Das OLG wertete die dem ärztlichen Dienst der Beklagten angelasteten Versäumnisse nicht als groben Diagnosefehler. Ferner konnte die

801 OLG Köln, VersR 2009, 1543.

802 OLG Köln, VersR 2009, 1543.

803 OLG Köln, VersR 2009, 1543.

804 OLG Köln, VersR 2009, 1543.

805 OLG Koblenz, VersR 2010, 1184.

806 OLG Koblenz, VersR 2010, 1184

Ursächlichkeit der behaupteten Versäumnisse der Beklagten für die Schädigung nicht festgestellt werden.⁸⁰⁷

OLG Koblenz, Beschluss vom 26.9.2011 – 5 W 537/11⁸⁰⁸ („Krebsverdacht bei Gynäkomastie“)

Der Antragsteller (ASt) begab sich im März 2010 wegen erheblich vergrößerter Brustwarzen bei dem Antragsgegner (AG) in Behandlung. Dieser überwies den ASt mit der Diagnose „Gynäkomastie aufgrund hormoneller Störung“ an einen weiteren Arzt, von dem er operiert wurde. Im weiteren Verlauf stellte sich heraus, dass der ASt an Hodenkrebs litt.⁸⁰⁹

Das LG hatte einen Befunderhebungsfehler des Antragsgegners verneint, da dieser den ASt zur Weiterbehandlung und damit auch zur weiteren Befunderhebung überwiesen hatte.⁸¹⁰ Das OLG hob das Urteil auf, da das Landgericht über den behaupteten Befunderhebungsfehler nicht ohne eine Vernehmung der Zeugin, Anhörung der Parteien und ohne Sachverständigutachten hätte urteilen dürfen.⁸¹¹

OLG Koblenz, Beschluss vom 12.11.2012 – 5 U 594/12⁸¹² („Umfang der Diagnostik bei Hausbesuch“)

Die Kläger lasten dem Beklagten an, die Patientin am 29.7.2007 im ärztlichen Bereitschaftsdienst trotz stärkster Kopfschmerzen nur unvollständig untersucht und mit einer unzutreffenden Diagnose entlassen zu haben. Nachdem sich die Kopfschmerzen und die Allgemeinsymptomatik in der darauf folgenden Nacht erheblich verschlechtert hatten, wurde am 31.7.2007 in einem Universitätsklinikum ein Aneurysma der Arteria carotis interna links entfernt.⁸¹³

807 OLG Koblenz, VersR 2010, 1184.

808 OLG Koblenz, VersR 2012, 1564.

809 OLG Koblenz, VersR 2012, 1564 (1565).

810 OLG Koblenz, VersR 2012, 1564 (1565).

811 OLG Koblenz, VersR 2012, 1564 (1565).

812 OLG Koblenz, VersR 2013, 1049.

813 OLG Koblenz, VersR 2013, 1049.

Der Senat wies die Berufung durch Beschluss zurück. Der Beklagte habe am Nachmittag des 29.7.2007 die geschilderten Beschwerden der Patientin fehlinterpretiert. Angesichts der Schwierigkeit der Diagnosestellung zum allein maßgeblichen Zeitpunkt der Befunderhebung sei jedoch die Einschätzung des Beklagten nicht als völlig unvertretbar anzusehen.⁸¹⁴

Der Beklagte habe jedoch eine unvollständige Befunderhebung vorgenommen, indem er auf eine körperliche Untersuchung der Patientin verzichtete.⁸¹⁵ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine bedeutsame Verschlechterung erst deutlich später in den Nachtstunden eintrat, spreche jedoch vieles dafür, dass die versäumten Befunderhebungen noch keinen reaktionspflichtigen Befund mit sofortigem Handlungsbedarf ergeben hätten.⁸¹⁶ Ebenso wenig könne davon ausgegangen werden, dass eine vom Beklagten vorwerfbare vereiterte frühzeitige Krisenintervention dazu geführt hätte, dass der heutige Zustand der Patientin besser wäre. Dies sei rein spekulativ.⁸¹⁷

OLG Köln, Beschluss vom 17.12.2012 – 5 U 68/12⁸¹⁸ („EKG IV“)

Die Beklagten haben die Patientin am dritten Tag nach einem Herzinfarkt, ohne weitere Untersuchung von der Intensiv- auf die Normalstation verlegt. Dort starb sie an Herzversagen.⁸¹⁹

Nach Ansicht des Gerichts komme eine Haftung selbst dann nicht in Betracht, wenn das Unterlassen einer spezifischen kardiologischen Diagnostik behandlungsfehlerhaft gewesen wäre. Nach Ansicht der Sachverständigen sei ein anderer Verlauf selbst bei weiterer intensivmedizinischer Überwachung oder weiterer kardiologischer Diagnostik sehr unwahrscheinlich gewesen.⁸²⁰

Eine Beweislastumkehr komme ebenso nicht in Betracht. Es könne nicht festgestellt werden, dass eine weitere kardiologische Diagnostik mit

814 OLG Koblenz, VersR 2013, 1049.

815 OLG Koblenz, VersR 2013, 1049.

816 OLG Koblenz, VersR 2013, 1049 (1050).

817 OLG Koblenz, VersR 2013, 1049 (1050).

818 OLG Köln, VersR 2013, 1313.

819 OLG Köln, VersR 2013, 1313.

820 OLG Köln, VersR 2013, 1313.

hinreichender Wahrscheinlichkeit einen reaktionspflichtigen Befund hervorgebracht hätte.⁸²¹ Des Weiteren stelle das Unterlassen keinen groben Behandlungsfehler dar, da die Diagnostik die Überlebenswahrscheinlichkeit nicht erhöht und keinerlei Therapiemöglichkeit eröffnet hätte.⁸²²

OLG Koblenz, Beschluss vom 5.5.2014 – 5 U 44/14⁸²³ („Röntgen VI“)

Der Kläger befand sich vom 5.3. bis zum 16.4.2009 in der Rehabilitationseinrichtung der Beklagten. Nachdem der Kläger von Beginn der Behandlung an über diverse Beschwerden geklagt hatte, wurde auf Grundlage einer Röntgenaufnahme eine Kniegelenksdistorsion diagnostiziert. Tatsächlich litt der Kläger an einer Infraktion und einem Bone bruise.⁸²⁴

Das OLG wies die Berufung durch Beschluss zurück. Es sei bereits zweifelhaft, ob es angezeigt war, die Röntgenuntersuchung früher zu veranlassen, da der Sachverständige dieses Vorgehen lediglich als wünschenswert erachtet hatte.⁸²⁵ Selbst bei Bejahung eines Befunderhebungsfehlers scheide eine Beweislastumkehr aus. Zum einen sei das mögliche Fehlverhalten nicht als grober Fehler zu werten, zum anderen hätte eine raschere röntgenologische Untersuchung keine Maßnahme herausgefordert, deren Versäumnis im Hinblick auf den zu erwartenden Röntgenbefund als schwerwiegender Fehler einzustufen wäre.⁸²⁶

OLG Köln, Beschluss vom 19.5.2014 – 5 U 1/14⁸²⁷ („multiple Sklerose“)

Der Beklagte hatte beim Kläger eine „multiple Sklerose“ nicht erkannt. Dennoch kam nach Ansicht des OLG eine Haftung weder wegen eines Diagnose- noch eines Befunderhebungsfehlers in Betracht. Zwar hätte nach Ansicht des Sachverständigen die Diagnose „multiple Sklerose“ tat-

821 OLG Köln, VersR 2013, 1313.

822 OLG Köln, VersR 2013, 1313 (1314).

823 OLG Koblenz, VersR 2015, 454.

824 OLG Koblenz, VersR 2015, 454.

825 OLG Koblenz, VersR 2015, 454 (455).

826 OLG Koblenz, VersR 2015, 454 (455).

827 OLG Köln, VersR 2015, 455.

sächlich bereits im Jahr 1997 gestellt werden können.⁸²⁸ Allerdings komme zugunsten des Klägers keine Beweislastumkehr in Frage, da mangels einer den Krankheitsverlauf beeinflussenden Basistherapie ohnehin keine therapeutische Reaktion veranlasst gewesen wäre.⁸²⁹

OLG Köln, Urteil vom 23.7.2014 – 5 U 113/13⁸³⁰ („Liquoruntersuchung“)

Wegen eines Querschnittsyndroms mit vorangegangenem Fieber begab sich der Kläger vom 14.8. bis zum 5.10.1992 zur stationären Behandlung in die Klinik des Beklagten, in welcher die Diagnose Querschnittsmyleitis gestellt wurde. Am 18.8.1992 und am 4.9.1992 war der Liquor des Klägers untersucht worden, ohne dass daraufhin eine antibiotische Behandlung eingeleitet wurde.⁸³¹

Die Annahme eines groben Fehlers – so das OLG – scheide ersichtlich aus. Nach den Feststellungen des Sachverständigen könne das Unterlassen einer Antibiose auf Verdacht hin nicht als grober Fehler bewertet werden, insbesondere, da es im Jahr 1992 unter Medizinern gewissermaßen herrschende Meinung und Handhabe gewesen war, mit einer Antibiose wegen der potentiellen Nebenwirkungen erst zu beginnen, wenn die Diagnose gesichert war.⁸³² Ebenso könne keine Beweislastumkehr zugesprochen werden. Eine mehr als 50 prozentige Wahrscheinlichkeit für einen reaktionspflichtigen Befund könne ebenso wenig angenommen werden wie eine grob fehlerhafte Nichtreaktion auf einen eventuellen reaktionspflichtigen Befund.⁸³³

OLG Köln, Urteil vom 28.10.2015 – 5 U 16/15⁸³⁴ („CT IV“)

Der Patient mit erhöhtem Schlaganfallrisiko wurde am 30.3.2008 mit Kopfschmerzen, Schwindel, Übelkeit und Erbrechen in das Krankenhaus

828 OLG Köln, VersR 2015, 455.

829 OLG Köln, VersR 2015, 455 (456).

830 OLG Köln, VersR 2015, 989.

831 OLG Köln, VersR 2015, 989.

832 OLG Köln, VersR 2015, 989 (990).

833 OLG Köln, VersR 2015, 989 (990).

834 OLG Köln, MedR 2016, 434.

der Beklagten eingeliefert. Das CT des Schädelns wurde als unauffällig bewertet und der Patient unter der Diagnose einer hypertensiven Herz-erkrankung bis zum 19.4.2008 ohne weitere Diagnostik konservativ behandelt. Bei der Weiterbehandlung in einer anderen Klinik wurde eine Kleinhirnblutung festgestellt. Kläger sind die Erben des Patienten.⁸³⁵

Die Berufung war unbegründet. Die Sachverständige erklärte, dass eine Wiederholung der CT zwar angezeigt gewesen wäre, da die bestehende Symptomatik nicht geklärt gewesen sei und der Patient ein erhöhtes Risiko für einen kardioembolischen Insult gehabt habe. Allerdings hätte selbst eine durch eine weitere CT erkannte Blutung keine abweichende Therapie zur Folge gehabt.⁸³⁶ In Anbracht dessen komme keine Beweislastumkehr in Betracht.⁸³⁷

OLG Koblenz, Urteil vom 13.1.2016 – 5 U 747/14⁸³⁸ („Telefonberatung“)

Die Klägerin kontaktierte am 14.12.2008, einem Sonntag, telefonisch den augenärztlichen Notdienst wegen Augenbeschwerden. Der Beklagte hatte der Klägerin am Telefon empfohlen, am Folgetag ihren Augenarzt zu kontaktieren. Bei der Untersuchung am 15.12.2008 stellte der Augenarzt eine beidseitige Regenbogenhautentzündung (Iritis) fest.⁸³⁹

Das OLG urteilte, dass in dem Vorgehen des Beklagten ein Befunderhebungsfehler zu sehen sei. Allerdings sei eine Beweislastumkehr ausgeschlossen, da der haftungsbegründende Kausalzusammenhang gänzlich ausgeschlossen oder wenigstens „äußerst unwahrscheinlich“ sei. Der Sachverständige habe klargestellt, dass er keine Anhaltspunkte für einen Kausalzusammenhang zwischen dem um einen Tag verzögerten Behandlungsbeginn und den gesundheitlichen Folgebeeinträchtigungen gebe. Vielmehr noch habe er die Verzögerung als irrelevant bezeichnet.⁸⁴⁰

835 OLG Köln, MedR 2016, 434 (435).

836 OLG Köln, MedR 2016, 434 (435).

837 OLG Köln, MedR 2016, 434 (436).

838 OLG Koblenz, MedR 2016, 893.

839 OLG Koblenz, MedR 2016, 893.

840 OLG Koblenz, MedR 2016, 893 (894f.).

3. Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers abgelehnt

BGH, Urteil vom 28.6.1988 – VI ZR 217/87⁸⁴¹ („CTG“)

Der Kläger wurde am 11.3.1981 um 17:50 Uhr im Krankenhaus der Beklagten durch Kaiserschnitt geboren. Dabei erlitt er hirnorganische Schäden, die er auf eine zu spät durchgeföhrte Schnittentbindung zurückführte. Eine CTG-Kontrollmessung war nicht angeordnet worden.⁸⁴²

Zunächst führte der BGH aus, dass dem Kläger eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt mangelhafter Befunderhebung wegen der Nichtenanordnung kontinuierlicher CTG-Kontrollmessungen ab 13:20 Uhr nicht zugesprochen werden könnten.⁸⁴³ Es fehle bereits an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen, die eine mangelhafte Befunderhebung möglich erscheinen ließen.⁸⁴⁴

OLG Hamm, Urteil vom 6.7.1988 – 3 U 341/87⁸⁴⁵ („Audiometrie unter Gentamycin“)

Während der gesamten Behandlung (1982) erhielt der Kläger im Krankenhaus der Beklagten das Antibiotikum „R“ in einer Gesamtmenge von 4080 mg. Am 18.11.1982 stellte der Kläger einen bleibenden Hörverlust fest. Unstreitig wurden während der gesamten Behandlung keine audiometrischen Kontrollen durchgeföhrte, obwohl dies auf dem Beipackzettel von „R“ empfohlen wurde.⁸⁴⁶

Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass die ärztliche Behandlung nicht fehlerhaft war. Richtig sei zwar, dass in dem Beipackzettel des Herstellers für das Jahr 1982 die Kontrolle der Hörfähigkeit empfohlen wurde. Jedoch gehörte diese nicht zum ärztlichen Standard und würde selbst in Universitätskliniken nicht durchgeföhrt werden.⁸⁴⁷ Sämtliche Kreatininbestimmungen hätten darüber hinaus normale Nierenwerte

841 BGH, VersR 1989, 80.

842 BGH, VersR 1989, 80.

843 BGH, VersR 1989, 80.

844 BGH, VersR 1989, 80 (81).

845 OLG Hamm, VersR 1989, 594.

846 OLG Hamm, VersR 1989, 594.

847 OLG Hamm, VersR 1989, 594.

erbracht. Gerade wegen dieser Nierenfunktionskontrollen mit guten Ergebnissen sei es nicht fehlerhaft gewesen, derartige audiometrische Kontrollen zu unterlassen. Die Empfehlung im Beipackzettel stelle außerdem lediglich eine Selbstschutzmaßnahme des Herstellers dar.⁸⁴⁸

OLG Celle, Urteil vom 8.5.1989 – 1 U 53/88⁸⁴⁹ („Röteln V“)

Die Klägerin wurde im Frühjahr 1982 schwanger. Der Frauenarzt veranlasste serologische Vorsorgeuntersuchungen, die u. a. einen positiven Lues- und Röteln-Titer ergaben. Der Röteln-Titer zeigte einen Wert von 1:256. Am 3.6. überwies der Frauenarzt die Klägerin in das Krankenhaus der Beklagten und vermerkte am Überweisungsschein „Ausschluss einer frischen luetischen Infektion“. Die durchgeführte Syphilis-Grunddiagnostik ergab, dass eine ausreichend behandelte oder spontan ausgeheilte Treponemainfektion vorlag und eine Interruptio oder eine Antibiotikabehandlung nicht erforderlich waren. Am 14.11.1982 brachte die Klägerin einen wegen einer Rötelninfektion schwer behinderten Sohn auf die Welt.⁸⁵⁰

Die Berufung hatte keinen Erfolg. Da der Frauenarzt der Klägerin die Beklagte nicht ausdrücklich darum gebeten hatte, die Indikation für eine Interruptio auch im Hinblick auf die Gefahr einer Rötelnembryopathie zu prüfen, habe sie es nicht pflichtwidrig unterlassen, Untersuchungen vorzunehmen oder zu veranlassen.⁸⁵¹ Aufgrund des Behandlungsvertrags sei es zwar geboten, sämtliche Erkenntnisse zu berücksichtigen. Dazu gehöre jedoch ausweislich der Mutterschaftsrichtlinien in der Fassung vom Dezember 1985 der Röteln-Titer von 1:256 nicht.⁸⁵² Allein der Titerwert von 1:256 habe im Jahr 1982 keinem Frauenarzt Veranlassung geben müssen, weitere Laboruntersuchungen zu veranlassen.⁸⁵³

848 OLG Hamm, VersR 1989, 594.

849 OLG Celle, VersR 1990, 1012.

850 OLG Celle, VersR 1990, 1012 (1012 f.).

851 OLG Celle, VersR 1990, 1012 (1013).

852 OLG Celle, VersR 1990, 1012 (1013).

853 OLG Celle, VersR 1990, 1012 (1014).

OLG Oldenburg, Urteil vom 18.12.1990 – 5 U 82/90⁸⁵⁴ („Laryngoskopie“)

Der Beklagte diagnostizierte beim Kläger eine chronische Mandelentzündung sowie eine Verspannung und Verkrampfung der Stimmbänder und empfahl die operative Entfernung der Gaumenmandeln. Am 12.8.1985 stellte der Beklagte außerdem ein Granulom am Stimmband vorne rechts fest. Am 13.8.1985 und 16.10.1985 wurden die Stimmbandpolypen und die Restmandeln entfernt. Die pathologische Gewebeuntersuchung ergab einen „ödematösen Stimmband-Schleimhautpolypen“ sowie „beidseitige chronische Tonsillitis und Peritonsillitis der Resttonsillen“.⁸⁵⁵

Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass dem Beklagten kein Verhalten vorgeworfen werden könne, dass nicht dem ärztlichen Standard entspreche.⁸⁵⁶ Insbesondere könne kein Unterlassen weiterer gebotener differential-diagnostischer Maßnahmen festgestellt werden. Dem Sachverständigen zufolge sei die vorgenommene Spiegelung im Sinne einer indirekten Laryngoskopie bei dem gegebenen Beschwerdebild ausreichend.⁸⁵⁷

OLG Schleswig, Urteil vom 18.1.1991 – 4 U 32/89⁸⁵⁸ („Appendizitis-Tastbefund“)

Der Hausarzt überwies den Kläger am 26.10.1981 wegen dem Verdacht auf eine Appendizitis in ein Krankenhaus. Der Beklagte tastete den Bauch ab und konnte keine Anhaltspunkte für eine Appendizitis feststellen. Am 29.10.1981 verschlechterte sich der Zustand des Klägers erheblich. Eine durch den Beklagten am selben Tag durchgeföhrte Notfallopoperation brachte zu Vorschein, dass die Darmschlingen deutlich peritonitisch verändert waren und dünnflüssiger gelber Eiter abfloss. Der Blinddarm war hingegen nicht entzündet.⁸⁵⁹

Das OLG war der Ansicht, dass kein Behandlungsfehler darin zu sehen sei, dass der Beklagte am 26.10.1981 lediglich den Bauch des Klägers abtastete.

854 OLG Oldenburg, VersR 1991, 1141.

855 OLG Oldenburg, VersR 1991, 1141.

856 OLG Oldenburg, VersR 1991, 1141.

857 OLG Oldenburg, VersR 1991, 1141.

858 OLG Schleswig, VersR 1992, 1097.

859 OLG Schleswig, VersR 1992, 1097.

tete und, nachdem er lediglich den Verdacht der Appendizitis verneint hatte, keine positive Diagnose gestellt hatte. Aufgrund der vom Kläger geschilderten Beschwerden sei das Betasten des Bauchs als Untersuchung ausreichend gewesen.⁸⁶⁰

OLG Nürnberg, Urteil vom 12.11.1991 – 3 U 2562/91⁸⁶¹ („Rektumkarzinom“)

Der Patient, der sich bereits mehreren Bandscheibenoperationen hatte unterziehen müssen, stellte sich am 8.7.1986 wegen Beschwerden im Lendenwirbelsäulenbereich in einer Klinik, deren Chefarzt der Beklagte war, vor. Dort wurde eine computertomographische und neurologische Untersuchung durchgeführt. Aufgrund der gestellten Diagnose führte der Beklagte am 18.7.1986 eine Bandscheibenoperation durch. Tatsächlich litt der Patient an einem tief sitzenden Rektumkarzinom. Am 8.12.1986 musste das Rektum amputiert werden. Klägerin ist seine Alleinerbin.⁸⁶²

Das OLG wies die Berufung zurück. Die Sachverständigen führten aus, dass es wegen des medizinischen Befundes, des geschilderten Beschwerdebilds und der medizinischen Vorgesichte nicht erforderlich gewesen sei, eine urologische-proktologische Untersuchung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Ferner hätten alle Symptome für Bandscheibenprobleme gesprochen.⁸⁶³ Es erscheine zwar möglich, dass gleichzeitig zwei sich überlappende Krankheitsbilder vorgelegen hatten. Es sei jedoch auch bei etwa ¼ aller Bandscheibenpatienten üblich, über Beschwerden beim Stuhlgang und beim Wasserlassen zu klagen.⁸⁶⁴ Das OLG meinte, dass da der Beklagte keine offensichtlich gebotene und auf der Hand liegende Kontrolluntersuchung unterlassen habe, auch kein Behandlungsfehler angenommen werden könne.⁸⁶⁵

860 OLG Schleswig, VersR 1992, 1097 (1098).

861 OLG Nürnberg, VersR 1993, 104.

862 OLG Nürnberg, VersR 1993, 104.

863 OLG Nürnberg, VersR 1993, 104.

864 OLG Nürnberg, VersR 1993, 104.

865 OLG Nürnberg, VersR 1993, 104 (104 f.).

OLG München, Urteil vom 17.2.1994 – VI ZR 155/94⁸⁶⁶ („EKG V“)

Die 1961 geborene Patientin suchte am 14.3.1989 zwischen 7:30 und 8:00 Uhr den Beklagten in dessen internistischen Praxis auf. Nach der Anamnese und Befundung kam er zu der Diagnose „Schulter-Arm-Syndrom“. Ein vorsorglich erstelltes EKG, auf dem der wohl am Vortag erlittene Herzinfarkt erkennbar gewesen wäre, hatte er nicht sofort ausgewertet. An dessen Folgen verstarb die Patientin.⁸⁶⁷

Das Berufungsgericht kam sachverständig beraten zu dem Ergebnis, dass dem Beklagten kein Befunderhebungsfehler unterlaufen ist. Da ein Infarkt in dem Alter der Patientin (28) extrem selten sei, sei es nicht angezeigt gewesen, dahingehend irgendwelche Befunde zu erheben oder Diagnosemittel einzusetzen. Daher sei es auch nicht veranlasst gewesen, ein routinemäßiges EKG sogleich auszuwerten.⁸⁶⁸ Jedenfalls sei dies, wenn überhaupt, lediglich ein gewöhnlicher, keinesfalls aber ein grober Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten gewesen sei.⁸⁶⁹

Dies rechtfertigte keine Haftung des Beklagten, da nicht feststehe, dass die Patientin bei sofortiger Auswertung länger gelebt hätte. Es fehle insofern an einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁸⁷⁰ Sodann erläuterte das Berufungsgericht jedoch, dass feststehe, dass bei zeitnaher Auswertung des EKG der zurückliegende Infarkt zweifelsfrei erkannt hätte werden können und die Patientin vom Beklagten umgehend in ein Krankenhaus eingewiesen hätte werden müssen.⁸⁷¹ Nach Ansicht des Gutachters war die Überlebenswahrscheinlichkeit der Patientin bei sofortiger klinischer Behandlung geringer als 80 Prozent.⁸⁷²

866 OLG München, VersR 1995, 417.

867 OLG München, VersR 1995, 417.

868 OLG München, VersR 1995, 417 (417f.).

869 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

870 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

871 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

872 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

OLG Oldenburg, Urteil vom 18.3.1997 – 5 U 3/96⁸⁷³ („Hüftkopfnekrose/ Röntgen VII“)

Der Kläger erlitt am 9.3.1990 einen Oberschenkelbruch. Wegen anhaltender Schmerzen im Hüftbereich stellte er sich in der Folgezeit mehrmals bei dem Beklagten vor. Eine Vielzahl von Untersuchungen einschließlich der Anfertigung von Röntgenaufnahmen blieb ergebnislos. Am 21.8.1991 veranlasste der Beklagte daraufhin eine neurologische Untersuchung mit Tomographie, die ebenfalls ohne Befund blieb. Tatsächlich litt der Kläger an einer Teilnekrose des Hüftkopfs, aufgrund dessen ein neues Hüftgelenk eingesetzt werden musste.⁸⁷⁴

Die Ansprüche des Klägers scheiterten bereits daran, dass dem Beklagten kein Behandlungsfehler unterlaufen war. Der Sachverständige war der Ansicht, dass die schwere Verletzung durch eine korrekte Osteosynthese erstklassig versorgt worden sei und auch die später aufgetretene Hüftkopfnekrose nicht schuldhaft zu spät erkannt wurde. Insbesondere sei es kein Versäumnis, dass bei der Vorstellung des Klägers am 21.8.1991 keine weitere Röntgenaufnahme angefertigt, sondern stattdessen eine neurologische Abklärung der geklagten Beschwerden mit einer Tomographie der Bandscheibensegmente vorgenommen worden.⁸⁷⁵

OLG Hamm, Urteil vom 28.4.1997 – 3 U 153/96⁸⁷⁶ („Aortenstenose“)

Am Morgen des 7.1.1991 stellte sich der Kläger beim Beklagten wegen pektanginösen Beschwerden mit Druckgefühl und Übelkeit vor. Ein EKG sowie körperliche Untersuchungen ergaben unauffällige Befunde. Für den nächsten Tag wurde ein Belastungs-EKG verordnet. Um 21 Uhr des selben Tages erlitt der Kläger einen Herz-Kreislaufstillstand.⁸⁷⁷

Das OLG sah einen ursächlichen Behandlungsfehler als nicht erwiesen an. Nach Ansicht des Sachverständigen sei eine umgehende stationäre Einweisung zwar wünschenswert, das Unterlassen bezogen auf das Jahr 1991 jedoch kein Verstoß gegen den ärztlichen Standard gewesen.

⁸⁷³ OLG Oldenburg, VersR 1998, 636.

⁸⁷⁴ OLG Oldenburg, VersR 1998, 636 (636 f.).

⁸⁷⁵ OLG Oldenburg, VersR 1998, 636 (637).

⁸⁷⁶ OLG Hamm, VersR 1998, 982.

⁸⁷⁷ OLG Hamm, VersR 1998, 982.

Das aufgrund der Diagnose des Beklagten durchgeführte Ruhe-EKG habe keine Auffälligkeiten gezeigt.⁸⁷⁸ Ein Herzinfarkt habe aufgrund dieser Umstände am 7.1.1991 mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht vorgelegen.⁸⁷⁹ Ebenso sei die Veranlassung eines Belastungs-EKG erst für den Folgetag nicht behandlungsfehlerhaft gewesen. Wenn bereits das Ruhe-EKG während einer akuten Beschwerdephase ohne Auffälligkeiten verlaufe, sei das Krankheitsbild praktisch ausgeschlossen. Aufgrund dessen sei die Durchführung eines Belastungs-EKG schon nicht geboten gewesen.⁸⁸⁰

OLG Oldenburg, Urteil vom 28.10.1997 – 5 U 191/96⁸⁸¹ („Dopplersonografie bei Hodentrauma“)

Der Kläger litt ab dem 10.8.1991 unter Schmerzen in den Hoden und begab sich daher am 17.8.1991 in das Krankenhaus der Beklagten. Die Ärzte gelangten zu dem Ergebnis, dass eine Hodentorsion äußert unwahrscheinlich sei, jedoch selbst bei ihrem Vorliegen der Zeitpunkt zur Retorquierung bereits verpasst wäre. Daher wurde auf eine operative Freilegung des Hodens verzichtet. Tatsächlich war eine Hodentorsion abgelaufen.⁸⁸²

Das OLG wies die Berufung des Klägers zurück. Es könne dahingestellt bleiben, ob es einen schuldhaften Behandlungsfehler darstelle, dass eine operative Freilegung des linken Hodens nicht erfolgte. Ein Ersatzanspruch scheide bereits deshalb aus, weil der Kläger den Beweis dafür, dass ein eventuelles Fehlverhalten für den Schaden ursächlich geworden war, nicht erbracht habe.⁸⁸³

Dem Kläger komme auch nicht eine Beweislastumkehr aufgrund eines Befunderhebungsfilters zu Gute. Die beiden weiteren zur Verfügung gestandenen Untersuchungsmethoden – Dopplersonographie und die Perfusions-Szintigraphie – seien nach Ansicht des Sachverständigen nur

878 OLG Hamm, VersR 1998, 982.

879 OLG Hamm, VersR 1998, 982.

880 OLG Hamm, VersR 1998, 982 (983).

881 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1284.

882 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1284 (1284 f.).

883 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1284 (1285).

dazu geeignet gewesen, die Annahme wahrscheinlicher zu machen, dass keine Torsion vorlag.⁸⁸⁴

BGH, Urteil vom 25.11.2003 – VI ZR 8/03⁸⁸⁵ („Ultraschall bei vorzeitigem Blasensprung“)

Die Mutter des Klägers kam am 21.1.1990 mit einem vorzeitigen Blasensprung in das Belegkrankenhaus der Beklagten zu 2. Der Kläger erlitt bei der vom Beklagten zu 1 betreuten Geburt eine Schulterdystokie, nachfolgend eine Clavikulafraktur und eine Erb'sche Lähmung. Vor der Entbindung wurde keine fachärztliche Eingangsumtersuchung durchgeführt.⁸⁸⁶

Der BGH führte aus, dass die Mutterschaftsrichtlinien in der 1990 geltenden Fassung lediglich bis zur 36. Schwangerschaftswoche sonographische Untersuchungen verlangten. Daher könne eine Verpflichtung zur Ultraschalluntersuchung aus den 1990 geltenden Mutterschaftsrichtlinien nicht hergeleitet werden.⁸⁸⁷ Des Weiteren sei anzunehmen, dass eine Makrosomie angesichts der beschränkten Erkenntnismöglichkeiten im Jahr 1990 möglicherweise nicht erkannt worden wäre. Daher sei eine Beweislastumkehr wegen des äußerst unwahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs ausgeschlossen.⁸⁸⁸

OLG München, Urteil vom 1.3.2007 – 1 U 4028/06⁸⁸⁹ („Zusammentreffen von Bandscheibenvorfall und Schlaganfall“)

Wegen Rückenschmerzen und Taubheitsgefühlen im kleinen Finger der linken Hand begab sich der Kläger bei der Beklagten in Behandlung. Der hinzugezogene Orthopäde stellte am 11.1.2002 mittels CT einen Bandscheibenvorfall fest. Der Neurologe deutete die Beschwerden des kleinen

884 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1284 (1285 f.).

885 BGH, NJW 2004, 1452.

886 BGH, NJW 2004, 1452.

887 BGH, NJW 2004, 1452 (1454).

888 BGH, NJW 2004, 1452 (1454).

889 OLG München, VersR 2007, 652.

Fingers am 8.2.2002 als Läsion des Nevus ulnaris im linken Unterarm. Blutdruckmessungen sind in der Patientenakte nicht vermerkt. Am 29.3.2002 erlitt der Kläger einen Schlaganfall.⁸⁹⁰

Die Berufung hatte keinen Erfolg. Weder aus den Ausführungen des Sachverständigen noch aus den Sachverständigenunterlagen ergebe sich eine Pflicht zur vorsorglichen Blutdruckmessung ungeachtet der geklagten Beschwerden und der persönlichen Konstitution eines Patienten zu Beginn oder im Verlauf einer Behandlung.⁸⁹¹ Zwar sei eine Blutdruckmessung sinnvoll und wünschenswert, das Unterlassen dieser Untersuchung jedoch nicht behandlungsfehlerhaft gewesen. Des Weiteren seien die vom Kläger geschilderten Beschwerden keine Symptome gewesen, die auf Bluthochdruck oder einen sich anbahnenden Schlaganfall hätten schließen lassen.⁸⁹²

OLG Naumburg, Urteil vom 13.3.2008 – 1 U 83/07⁸⁹³ („Phlebographie V“)

Die Klägerin begab sich am 17.2.2002 wegen starker Schmerzen im ange schwollenen linken Unterschenkel in die Notaufnahme der Beklagten. Nach einer internistischen Untersuchung wurde eine tiefe Venenthrombose (TVT) ausgeschlossen.⁸⁹⁴ Am 27.2.2002 begab sich die Klägerin wegen anhaltender Schmerzen erneut in Behandlung. Bei dieser wurde eine Thrombosierung des linken Beins festgestellt.⁸⁹⁵

Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass bei der Beklagten alle medizinisch notwenigen Untersuchungen durchgeführt worden waren. Da sämtliche Tests negativ ausgefallen seien, könne eine Thrombose mit 95 bis 100 prozentiger Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.⁸⁹⁶ Insbesondere habe keine medizinische Rechtfertigung für eine aszendierende Phlebographie bestanden, da dies eine deutlich invasive-

890 OLG München, VersR 2007, 652.

891 OLG München, VersR 2007, 652.

892 OLG München, VersR 2007, 652 (653).

893 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073.

894 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073.

895 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073 (1074).

896 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073 (1074).

re, also für den Patienten belastendere und risikoreichere Diagnosemaßnahme dargestellt hätte.⁸⁹⁷

Aufgrund der durchwegs negativen Testergebnisse spreche außerdem eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass am 17.2.2002 noch keine TVT vorlag, da deren Ausbildung und Weiterentwicklung zu einer Lungenembolie innerhalb weniger Tage erfolgen könne.⁸⁹⁸

OLG Koblenz, Urteil vom 23.4.2014 – 5 U 1427/13⁸⁹⁹ („MRT“)

Die Klägerin wurde wegen einer „Fistelbildung nach zweimaliger Bartholomäischer Zystenentfernung“ vom 27.7.2009 bis März 2010 im Krankenhaus der Beklagten behandelt. Nach einem in einem anderweitigen Krankenhaus im August 2010 durchgeführten Fistelverschluss gelang die Ausheilung des entzündlichen Geschehens.⁹⁰⁰

Das Berufungsgericht sah den Schwerpunkt des Vorwurfs in einer fehlerhaften Diagnose, die den Blick auf eine möglicherweise gegebene Öffnung der Fistel zum Rektum hin verstellt haben könnte. Auf Grundlage der Befunde sei die Beklagte allerdings vertretbar nicht davon ausgegangen, dass eine Verbindung zum Rektum bestehe. Es handele sich somit um eine unzutreffende, jedoch nicht vorwerfbare Diagnose.⁹⁰¹

Des Weiteren sei man der Auffassung, dass die Beklagte eine ausreichende Befunderhebung vorgenommen habe. Selbst wenn damals bereits eine Verbindung bestanden haben sollte, beruhe diese unzutreffende Diagnose nicht auf einem Befunderhebungsfehler.⁹⁰² Da keiner der erhobenen Befunde einen Verdacht auf eine Verbindung erweckt habe, habe auch keine Maximaldiagnostik erfolgen müssen.⁹⁰³

897 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073 (1074).

898 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073 (1074).

899 OLG Koblenz, VersR 2015, 715.

900 OLG Koblenz, VersR 2015, 715.

901 OLG Koblenz, VersR 2015, 715 (716).

902 OLG Koblenz, VersR 2015, 715 (716).

903 OLG Koblenz, VersR 2015, 715 (716f.).

OLG Köln, Urteil vom 6.8.2014 – 5 U 101/13⁹⁰⁴ („Beobachtung eines Brustknotens“)

Im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung im Jahr 1998 fiel dem beklagten Gynäkologen bei der Klägerin erstmals ein erbsengroßer Knoten in der linken Axilla auf, den er als entzündeten Lymphknoten einordnete. Bei den Folgeuntersuchungen notierte der Beklagte denselben Tastbefund.⁹⁰⁵ Am 6.8.2007 wurde bei der Klägerin ein invasiv-duktales Mammarkarzinom des Gradings G 2 bis G3 festgestellt.⁹⁰⁶

Das Berufungsgericht lehnte eine Haftung des Beklagten wegen eines vorgeworfenen Diagnosefehlers ab, da der im Jahr 1998 erhobene Tastbefund fehlerfrei als unauffälliger Lymphknoten und nicht als Tumor diagnostiziert wurde.⁹⁰⁷

Ferner könne dem Beklagten auch kein Befunderhebungsfehler vorgeworfen werden. Dieser habe im Laufe der Jahre regelmäßig getastet, Sonographien angefertigt und zwischen 1997 und 2007 vier Mammogrammien veranlasst. Dies entspräche dem ordnungsgemäßen Vorgehen.⁹⁰⁸

OLG Hamm, Urteil vom 29.10.2014 – 3 U 55/14⁹⁰⁹ („Diagnostikalternative“)

Die Beklagte, eine Ärztin für Frauenheilkunde, stellte bei der Klägerin am 13.11.2007 die Diagnose eines Adenoms mit perimenstruellen Beschwerden. Am 20.11.2008 stufte die Beklagte den Befund aufgrund eines Größenwachstums in der Ultraschall-Klassifikation analog BI-RADS als BI-RADS III ein und stellte die Verdachtsdiagnose auf ein Fibroadenom. Auf die Möglichkeit einer sofortigen weiteren Abklärung des Befundes mittels einer Biopsie wies die Beklagte die Klägerin nicht hin. In der Folgezeit entwickelte sich ein Tumor.⁹¹⁰

Das OLG führte dazu aus, dass die Beklagte den Befund vertretbar als BI-RADS II eingestuft habe.⁹¹¹ Ferner mache selbst ein unterstellter Dia-

904 OLG Köln, VersR 2015, 70.

905 OLG Köln, VersR 2015, 70 (70 f.).

906 OLG Köln, VersR 2015, 70 (71).

907 OLG Köln, VersR 2015, 70 (71).

908 OLG Köln, VersR 2015, 70 (71).

909 OLG Hamm, MedR 2016, 64.

910 OLG Hamm, MedR 2016, 64 (64 f.).

911 OLG Hamm, MedR 2016, 64 (65).

gnosefehler den Diagnoseirrtum nicht zu einem Befunderhebungsfehler.⁹¹²

Darüber hinaus müsste eine Beweislastumkehr wegen eines Befunderhebungsfehlers ausscheiden, da der primäre Behandlungsfehlervorwurf in einer unzureichenden Aufklärung über die in Betracht kommenden Behandlungsalternativen und nicht in einer unterbliebenen Befunderhebung liege.⁹¹³

OLG Köln, Urteil vom 5.11.2014 – 5 U 152/13⁹¹⁴ („EKG VI“)

Die Behandlung des stark übergewichtigen Patienten durch den Beklagten erfolgte insbesondere wegen Bluthochdrucks, Diabetes und einer Störung des Fettstoffwechsels.⁹¹⁵ Am 5.6.2008 trat eine Hemiparese rechts auf. Eine CT am 8.6.2008 zeigte einen Mediateilinfarkt im Gehirn und ein Posteroioinfarkt, als dessen Folge der Patient am 14.6.2008 verstarb. Die Klägerin warf dem Beklagten vor, dass er seit 2001 trotz kardialen Risikofaktoren und seit 2006 zunehmender Schmerzen im Thoraxbereich keine EKG-Kontrollen vorgenommen hatte.⁹¹⁶

Das Berufungsgericht führte dazu aus, dass dem Beklagten in der Zeit von 2001 bis Sommer 2007 kein Behandlungsfehler, insbesondere keiner in Gestalt eines Unterlassens weiterer diagnostischer Untersuchungen, unterlaufen sei. Allein die Risikofaktoren des Patienten erforderten keine weiteren Kontrolluntersuchungen.⁹¹⁷ Ferner gebe es in der schriftlichen Dokumentation entsprechende Hinweise, dass der Beklagte dem Patienten ein Langzeit-EKG, eine Magnetresonanztomografie und eine Koronarangiografie angeraten und empfohlen habe.⁹¹⁸ Zwar habe der Beklagte den Patienten nicht, wie nach ärztlichem Standard erforderlich, über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer entsprechenden Abklärung aufgeklärt.⁹¹⁹ Allerdings sei das Unterlassen der Aufklärung nicht

912 OLG Hamm, MedR 2016, 64 (66).

913 OLG Hamm, MedR 2016, 64 (68).

914 OLG Köln, VersR 2015, 1173.

915 OLG Köln, VersR 2015, 1173.

916 OLG Köln, VersR 2015, 1173.

917 OLG Köln, VersR 2015, 1173.

918 OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1173 f.).

919 OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

als Befunderhebungsfehler, sondern als bloßer einfacher Behandlungsfehler einzustufen.⁹²⁰

BGH, Urteil vom 17.11.2015 – VI ZR 476/14⁹²¹ („Abklärung einer koronaren Herzerkrankung“)

Im August 2007 stellte der beklagte Internist beim Patienten eine koronare Herzerkrankung fest. Ausweislich der Patientenakte hatte der Beklagte dem Patienten lediglich „empfohlen“ die Erkrankung weiter abzuklären bzw. „gegebenenfalls“ eine weitere Vorstellung für nötig erachtet. Kläger sind seine Erben.⁹²²

Der BGH entschied, dass den Klägern unter dem Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers keine Beweislastumkehr zu Gute kommen könne. Unterlasse es der Arzt den Patienten über die Dringlichkeit der gebotenen Maßnahmen zu informieren und ihn vor Gefahren zu warnen, liege grundsätzlich ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Beratung des Patienten vor. Der Schwerpunkt des vorwerfbaren Fehlers liege schließlich nicht in der unterbliebenen Befunderhebung als solcher, sondern in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs.⁹²³

Jaeger schätzt die Abgrenzung des BGH im Fall zwar insgesamt als richtig ein, jedoch erachtet er die Begründung als „unbefriedigend“.⁹²⁴

OLG Hamm, Urteil vom 17.11.2015 – 26 U 13/15⁹²⁵ („Röntgen VIII“)

Am 12.4.2006 erlitt die Klägerin einen Verkehrsunfall und begab sich in der Unfallchirurgischen und Orthopädischen Klinik der Beklagten in Behandlung. Am 17.4.2006 erfolgte eine Röntgendiagnostik des rechten

920 OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

921 BGH, MedR 2016, 431.

922 BGH, MedR 2016, 431.

923 BGH, MedR 2016, 431 (432).

924 Jaeger, MedR 2016, 433 (433 f.).

925 OLG Hamm, VersR 2016, 926.

Behandlungsbereichs. Die beidseitigen Oberschenkelfrakturen, insbesondere rechts eine Oberschenkelschaftfraktur wurden nicht erkannt.⁹²⁶

Das OLG erklärte, dass den Behandlern der Beklagten anlässlich der Röntgenbefundung ein einfacher Diagnosefehler unterlaufen sei. Zwar dürfe eine Schenkelhalsfraktur durch einen Facharzt für Unfallchirurgie und Orthopädie nicht übersehen werden, allerdings erscheine das Verkennen nicht als ein Geschehen, das nicht mehr verständlich erscheint.⁹²⁷

Ein Befunderhebungsfehler sei der Beklagten darüber hinaus nicht anzulasten. Auch bei zutreffender Diagnose seien weiteren Aufnahmen nicht erforderlich gewesen, weil bereits der Röntgenbefund die Fraktur sicher gezeigt habe.⁹²⁸

4. Abgrenzung des Diagnoseirrtums vom Befunderhebungsfehler

BGH, Urteil vom 14.7.1981 – VI ZR 35/79⁹²⁹ („Nichterkennen einer Phlegmone“)

Der herbeigerufene Notarzt setzte beim Patienten eine Injektion in den linken Oberschenkel, ohne sich vorher die Hände zu waschen und die Injektionsstelle zu desinfizieren. Die am Abend des 14.12.1973 herbeigerufene Hausärztin vermutete lediglich, dass durch die Injektion ein Nerv getroffen wurde. Tatsächlich litt der Patient unter einer Phlegmone, an deren Folgen er verstarb. Die Klägerin war die Erbin des Patienten.⁹³⁰

Der BGH stellte fest, dass die Beklagte aufgrund der Geschehnisse eine Phlegmone in Betracht ziehen und den Patienten zur Sicherheit in ein Krankenhaus einweisen hätte müssen. Der Beklagten sei insofern ein Diagnosefehler unterlaufen.⁹³¹

Allerdings sei der Diagnosefehler nicht als fundamentaler Irrtum zu werten, da wegen der Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Dia-

926 OLG Hamm, VersR 2016, 926.

927 OLG Hamm, VersR 2016, 926.

928 OLG Hamm, VersR 2016, 926 (927).

929 BGH, VersR 1981, 1033.

930 BGH, VersR 1981, 1033.

931 BGH, VersR 1981, 1033 (1033 f.).

gnosestellung die Schwelle zum groben Behandlungsfehler hoch ange-setzt werden müsse.⁹³²

OLG Köln, Urteil vom 28.1.1988 – 7 U 83/85⁹³³ („Morbus Crohn“)

Der Kläger befand sich ab dem 31.1.1977 wegen Darmbeschwerden beim Beklagten in ärztlicher Behandlung. Nachdem sich die Beschwerden verschlimmerten und der Kläger unter erheblichem Blutverlust litt, diagnostizierte der Beklagte bei einer weiteren Untersuchung am 12.3.1980 eine Darmgrippe. Weitere diagnostische Maßnahmen führte er nicht durch. Der Kläger wurde am 20.3.1980 wegen eines akuten Morbus Crohn operiert.⁹³⁴

Das Berufungsgericht war der Ansicht, dass dem Beklagten ein Diagnosefehler anzulasten war, da er durch das Unterlassen diagnostischer Maßnahmen die Erkrankung nicht rechtzeitig erkannt habe. Fehldiagnosen seien nur Gegenstand der Arzthaftung, wenn Krankheitserscheinungen in völlig unvertretbarer, der Schulmedizin entgegenstehender Weise gedeutet, elementare Kontrollbefunde nicht erhoben würden oder eine Überprüfung der ersten Diagnose im weiteren Behandlungsverlauf unterbliebe, obwohl diese keine Wirkung zeige.⁹³⁵ Da die Symptome zunächst unauffällig gewesen seien, habe es keine Veranlassung für den Beklagten gegeben, das Vorhandensein eines Morbus Crohn diagnostisch positiv abzuklären oder auszuschließen.⁹³⁶ Allerdings hafte der Beklagte dafür, dass er den Kläger nicht spätestens am 13.3.1980 in ein Krankenhaus eingewiesen habe. Die Diagnose „Darmgrippe“ sei unvertretbar gewesen. Angesichts des mit den Durchfällen verbundenen erheblichen Blutverlusts haben sich die nur bei stationärer Unterbringung gewährleistete dringend benötigte Kontrolle des Klägers und die Fehldiagnose geradezu aufdrängen müssen.⁹³⁷

932 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

933 OLG Köln, VersR 1989, 631.

934 OLG Köln, VersR 1989, 631.

935 OLG Köln, VersR 1989, 631.

936 OLG Köln, VersR 1989, 631.

937 OLG Köln, VersR 1989, 631.

OLG Köln, Urteil vom 4.12.1991 – 27 U 23/90⁹³⁸ („Phlebographie VI“)

Nachdem sich der Kläger am 2.5.1985 bei einem Arbeitsunfall am linken Vorderfuß verletzt hatte, suchte er am 10.5.1985 den Beklagten wegen Wadenschmerzen auf. Der Beklagte diagnostizierte einen Muskelkater. Am 3.6.1985 suchte der Kläger den Beklagten erneut wegen Schmerzen im gesamten linken Bein auf, woraufhin dieser eine Phlebographie für den 7.6. anordnete. Der Hausarzt wies den Kläger am 5.6.1985 wegen des Verdachts auf Thrombose in ein Krankenhaus ein.⁹³⁹

Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass dem Beklagten ein Behandlungsfehler anzulasten sei, weil er es am 10.5.1985 unterlassen hatte, der Ursache der Wadenschmerzen nachzugehen.⁹⁴⁰ Aufgrund der Vorgeschichte und der geklagten Beschwerden habe der Verdacht nahegelegen, dass sich ein thrombotisches Geschehen ereigne.⁹⁴¹ Zweifel, ob der Therapieverlauf durch eine frühzeitige Erkennung der Thrombose positiv beeinflusst worden wäre,⁹⁴² müssten zu Lasten des Beklagten gehen, da ihn der Vorwurf eines groben Behandlungsfehlers treffen.⁹⁴³ Nach Darlegung der Sachverständigen sei die Diagnose „Muskelkater“ schlechthin unvertretbar gewesen.⁹⁴⁴

OLG Köln, Urteil vom 15.1.1992 – 27 U 42/89⁹⁴⁵ („Urogramm“)

Am 30.6.1978 wurde bei der Klägerin im Krankenhaus der Beklagten eine Laparatomie mit einer Entfernung der beiden zystisch veränderten Ovarien durchgeführt. Bis zu ihrer Entlassung klagte die Klägerin über Rückenschmerzen. Im Februar 1980 stellte sich heraus, dass die rechte Niere ihre Funktionsfähigkeit verloren hatte, während die linke Niere kompensatorisch deutlich vergrößert war.⁹⁴⁶

938 OLG Köln, VersR 1993, 190.

939 OLG Köln, VersR 1993, 190.

940 OLG Köln, VersR 1993, 190 (191).

941 OLG Köln, VersR 1993, 190 (191).

942 OLG Köln, VersR 1993, 190 (191).

943 OLG Köln, VersR 1993, 190 (191).

944 OLG Köln, VersR 1993, 190 (191).

945 OLG Köln, VersR 1992, 1005.

946 OLG Köln, VersR 1992, 1005.

Das OLG stellte fest, dass die Symptome der Klägerin der Beklagten Anlass für die Verdachtsdiagnose eines akuten Harnleiterverschlusses und seiner diagnostischen Abklärung hätten geben müssen. Für Fehldiagnosen habe der Arzt zu haften, wenn er elementare Kontrollbefunde nicht erhoben oder eine Überprüfung der ersten Diagnose im weiteren – ungünstigen – Behandlungsverlauf unterlassen habe. Im Jahr 1978 sei die übliche und gebotene diagnostische Maßnahme in solchen Fällen die Fertigung eines intravenösen Urogramms gewesen.⁹⁴⁷ Wäre während der postoperativen Behandlung eine Urographie durchgeführt und aufgrund des Urogramms der Harnleiterverschluss operativ revidiert worden, hätte die Niere nicht entfernt werden müssen.⁹⁴⁸

OLG Hamm, Urteil vom 23.8.2000 – 3 U 229/99⁹⁴⁹ („Phlebographie VII“)

Die Beklagte führte am Kläger am 21.2.1994 eine pelvine Lymphadenektomie sowie eine radikale Prostatovesikulektomie durch. Am 9.3.1994 stellten die Ärzte ein geschwollenes rechtes Bein fest.⁹⁵⁰ Eine Phlebographie führte zu der Annahme, die Schwellung des rechten Beins beruhe auf einer postoperativen Lymphabflusstörung, woraufhin eine Lymphdrainage verordnet wurde. Tatsächlich litt der Kläger an einer tiefen Venenthrombose rechts iliakal.⁹⁵¹

Das OLG führte zu der Befundung der Phlebographieaufnahme vom 9.3.1994 aus, dass es sich dabei um die Fehlinterpretation erhobener Befunde handele. Diese stelle sich als grober Behandlungsfehler dar. Für einen gewissenhaften Arzt sei es nicht mehr vertretbar, zu verkennen, dass sich im Beckenbereich ein thrombotisches Geschehen abspiele. Dies sei auf der Aufnahme eindeutig zu erkennen gewesen.⁹⁵² Daher müsse dem Kläger eine Umkehr der Beweislast zugutekommen.⁹⁵³ Darüber hinaus rechtfertige sich die Beweislastumkehr selbst für den Fall eines ein-

947 OLG Köln, VersR 1992, 1005.

948 OLG Köln, VersR 1992, 1005.

949 OLG Hamm, VersR 2002, 315.

950 OLG Hamm, VersR 2002, 315.

951 OLG Hamm, VersR 2002, 315 (315 f.).

952 OLG Hamm, VersR 2002, 315 (316).

953 OLG Hamm, VersR 2002, 315 (316).

fachen Diagnoseirrtums aus den Grundsätzen zur neueren Rechtsprechung des BGH zum Befunderhebungsfehler.⁹⁵⁴

BGH, Urteil vom 8.7.2003 – VI ZR 304/02⁹⁵⁵ („Wirbelbruch“)

Der Kläger wurde nach einem Sturz am 26.11.1995 im Krankenhaus der Beklagten behandelt. Dort wurde ein Bruch des achten Brustwirbelkörpers nicht erkannt, sondern fälschlicherweise eine Prellung angenommen.⁹⁵⁶

Der BGH führte dazu aus, dass weder festgestellt sei, dass der Bruch nach den erhobenen Befunden für die Ärzte erkennbar, noch, dass die Befunderhebung unzulänglich gewesen war. Ebenso fehle es an Feststellungen dazu, dass sich der Diagnosefehler nachteilig auf die Gesundheit ausgewirkt habe bzw. die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr vorgelegen hätten.⁹⁵⁷

OLG München, Urteil vom 3.6.2004 – 1 U 5250/03⁹⁵⁸ („Kernspintomogramm IV“)

Der Kläger erlitt am 13.1.1997 eine transitorische ischämische Attacke und schilderte dem Beklagten, einem niedergelassenen Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, dass er am Vormittag erstmals unter Sprachstörungen und einem Taubheitsgefühl in der rechten Hand gelitten hatte. Der Beklagte stellte die Verdachtsdiagnose einer komplizierten Migräne. Zur weiteren Abklärung sollte an einem späteren Tag eine Kernspintomographie des Schädels angefertigt werden. Am Morgen des 14.1.1997 gegen 4:00 Uhr erlitt der Kläger einen Schlaganfall.⁹⁵⁹

Das Berufungsgericht stellte fest, der Beklagte habe entweder verkannt, dass eine akute zerebrale Zirkulationsstörung ernsthaft in Betracht zu

954 OLG Hamm, VersR 2002, 315 (317).

955 BGH, NJW 2003, 2827.

956 BGH, NJW 2003, 2827.

957 BGH, NJW 2003, 2827 (2828).

958 OLG München, VersR 2005, 657.

959 OLG München, VersR 2005, 657.

ziehen sei oder aber zwar an eine transitorische ischämische Attacke gedacht, aber nicht die erforderlichen Konsequenzen gezogen.⁹⁶⁰

Da die Verkennung eines ischämischen Geschehens ein offenkundiges Gefahrenpotential mit sich führe, sei es völlig unvertretbar und damit ein grober Behandlungsfehler, auf einer derart dünnen Tatsachenbasis eine komplizierte Migräne zu diagnostizieren.⁹⁶¹ Jedenfalls habe es der Beklagte, selbst wenn man ihm keinen groben Behandlungsfehler zur Last läge, zu vertreten, dass der Kläger am 13.1.1997 nicht umgehend in eine neurologische Fachklinik eingewiesen worden war. Dort wäre die Carotisdissektion alsbald diagnostiziert worden, so dass eine Nichtreaktion hierauf wiederum als grober Behandlungsfehler zu werten wäre.⁹⁶²

OLG Köln, Urteil vom 20.7.2005 – 5 U 200/04⁹⁶³ („PAP III D“)

Die Klägerin ließ beim Beklagten am 29.4.1998 und am 12.5.1998 Krebsvorsorgeabstriche machen, die dieser jeweils mit PAP II befundete. Wegen persistierender Unterbauchbeschwerden ließ sich die Klägerin weitere Male untersuchen. Am 23.11.1998 wurde in einer Klinik eine radikale Hysterektomie vorgenommen, bei der sich im Rahmen der intraoperativen Schnellschnittdiagnosistik ein metastatischer Tumorbefall eines Lymphknotens zeigte.⁹⁶⁴ Tatsächlich hätte der Abstrich mit PAP III D befundet werden müssen, was eine Kontrolluntersuchung nach drei Monaten zur Folge gehabt hätte.⁹⁶⁵

Das OLG gelangte zu der Auffassung, dass der Klägerin keine Beweiserleichterungen unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Befunderhebung zu Gute kämen. Im vorliegenden Fall habe der Beklagte nämlich seine Pflicht zur Statussicherung nicht vorwerfbar verletzt, da er bis zum 12.5.1998 die gebotenen Befunde erhob.

Er habe diesen lediglich falsch ausgewertet, so dass ausschließlich ein Diagnosefehler gegeben sei.⁹⁶⁶ Das Unterlassen von objektiv erforderli-

960 OLG München, VersR 2005, 657.

961 OLG München, VersR 2005, 657.

962 OLG München, VersR 2005, 657f.

963 OLG Köln, NJW 2006, 69.

964 OLG Köln, NJW 2006, 69.

965 OLG Köln, NJW 2006, 69 (70).

966 OLG Köln, NJW 2006, 69 (70).

chen Kontrolluntersuchungen sei Folge des Diagnoseirrtums. Vorliegend könne dem Beklagten daher lediglich ein Diagnosefehler angelastet werden, da das Unterlassen der Kontrolluntersuchung die folgerichtige Konsequenz aus der Fehlinterpretation des Befundes gewesen war.⁹⁶⁷ Ansonsten würde es zu einem Wertungswiderspruch kommen. Denn mit der von der Rechtsprechung zu Recht befürworteten Zurückhaltung bei der Bewertung eines Diagnosefehlers als Behandlungsfehler vertrage es sich nicht, bei einem nicht fundamentalen Diagnoseirrtum gleichwohl alleine deshalb Beweiserleichterungen anzunehmen, weil als bloße Folge jenes Fehlers an sich objektiv gebotene Befunderhebungen unterblieben seien.⁹⁶⁸

OLG Koblenz, Urteil vom 31.8.2006 – 5 U 588/06⁹⁶⁹ („Röntgen IX“)

Die Klägerin suchte am 18.3.2002 die unfallchirurgische Praxis des Beklagten wegen einer Verletzung am Mittelglied des linken Ringfingers auf. Bei einem Sturz war die palmar Basiskante im Mittelglied des Ringfingers abgesprengt worden und zu einer Subluxation des Mittelgliedgelenks gekommen. Dies konnte einer durch den Beklagten am 18.3.2002 erstellten Röntgenaufnahme entnommen werden. Dennoch verkannte der Beklagte diesen Befund.⁹⁷⁰

Das OLG wies die Berufung zurück. Zwar sei dem Beklagten nach Ansicht des Sachverständigen nachweisbar ein Diagnosefehler unterlaufen, da er die Verhältnisse falsch beurteilt hatte. Das am 18.3.2002 angefertigte Röntgenbild habe dabei für eine sachgerechte Diagnostik ohne weiteres genügt und Veranlassung zu einer Operation des Ringfingers geben müssen.⁹⁷¹ Allerdings sei keine Grundlage für die Annahme eines groben Diagnosefehlers gegeben. Daher könne der Klägerin keine Beweislastumkehr zugesprochen werden.⁹⁷²

967 OLG Köln, NJW 2006, 69 (70).

968 OLG Köln, NJW 2006, 69 (70).

969 OLG Koblenz, VersR 2006, 1547.

970 OLG Koblenz, VersR 2006, 1547.

971 OLG Koblenz, VersR 2006, 1547 (1547 f.).

972 OLG Koblenz, VersR 2006, 1547 (1548).

Gleiches gelte für einen Befunderhebungsfehler. Die Röntgendiagnostik vom 18.3.2002 sei zur Stellung der richtigen Diagnose ausreichend gewesen. Der weiteren Befundung durch Anfertigung eines Kernspintomogramms habe es nicht bedurft.⁹⁷³ Der Argumentation zur Ablehnung der Annahme eines Befunderhebungsfehlers folgt etwa Lothar Jaeger.⁹⁷⁴

OLG Koblenz, Urteil vom 30.11.2006 – 5 U 209/06⁹⁷⁵ („CT III“)

Wegen Nasenbeschwerden erstellte der Beklagte am 20.11.1995 eine koronare Computertomographie (CT) der Nase des Klägers und bewertete sie als unauffällig. Tatsächlich litt der Kläger unter einem bösartigen Tumor.⁹⁷⁶

Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Das OLG stellte fest, dass nicht die Befunderhebung des Beklagten durch Erstellung eines koronaren CT, sondern die Befundauswertung, die zur fehlerhaften Diagnose „kein Nachweis von Knochendestruktionen“ führte, fehlerhaft gewesen sei. Aufgrund dessen sei schließlich eine weitere Abklärung unterblieben. Dies stelle jedoch keinen groben Diagnosefehler dar.⁹⁷⁷

BGH, Urteil vom 9.1.2007 – VI ZR 59/06⁹⁷⁸ („Zweitmeinung“)

Der Hausarzt exzidierte beim Kläger im Juni 1996 eine blutende Hautläsion und schickte das Exzidat zur histologischen Untersuchung an den Beklagten. Dieser urteilte die Gewebeprobe als gutartigen Tumor und erklärte, es gebe keinen Hinweis auf eine Krebserkrankung der Haut. Im Sommer 1997 wurden bei dem Patienten zahlreiche Metastasen eines malignen Melanoms im Stadium IV festgestellt.⁹⁷⁹

Der BGH war der Ansicht, das Berufungsgericht habe den Fehler des Beklagten zutreffend als Diagnosefehler qualifiziert, der aufgrund der

973 OLG Koblenz, VersR 2006, 1547 (1548).

974 Jaeger, VersR 2006, 1547 (1548 f.).

975 OLG Koblenz, VersR 2007, 1565.

976 OLG Koblenz, VersR 2007, 1565.

977 OLG Koblenz, VersR 2007, 1565 (1566).

978 BGH, VersR 2007, 541.

979 BGH, VersR 2007, 541 (542).

Schwierigkeit einer histologischen Befundung nicht als grober Behandlungsfehler zu bewerten ist.⁹⁸⁰

Eine Beweislastumkehr könne ferner auch nicht unter Heranziehung der Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler ausgesprochen werden. Dies gelte selbst dann, wenn eine Verpflichtung des Beklagten zur Einholung einer zweiten Meinung bestanden hätte, da die Rechtsprechung auf den Streitfall weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.⁹⁸¹ Selbst wenn es zu den Obliegenheiten des Pathologen gehöre, in Zweifelsfällen eine zweite Meinung einzuholen, läge in dem Unterlassen keine Nacherhebung eines Kontrollbefunds. Vielmehr handele es sich um einen Diagnoseirrtum aufgrund fehlerhafter Bewertung eines ansonsten vollständig erhobenen Befundes.⁹⁸²

OLG Koblenz, Urteil vom 13.7.2006 – 5 U 17/06⁹⁸³ („Fußheberparese“)

Die Klägerin ließ sich am 25.11.1999 vom Beklagten an der Wirbelsäule operieren. Dabei führte er eine Radikulolyse und Narbenabtragung L 5 linksseitig sowie dorsoventral eine Spondylodese am Lendenwirbelkörper 4/5 durch. Kurze Zeit später stellte sich eine Fußhebeschwäche ein. Nach der Fertigung einer Röntgenaufnahme erfolgte ein Revisionseingriff, bei dem der an der falschen Stelle befindliche Span rückverlagert wurde. Dennoch blieb die Fußheberparese bestehen.⁹⁸⁴

Das OLG nahm einen einfachen Diagnosefehler des Beklagten an, da er die Fehllage des Spans anhand der Röntgenaufnahme nicht rechtzeitig erkannt hatte.⁹⁸⁵ Es führte aus, dass es im Zusammenhang mit der klinischen Situation richtig gewesen wäre, durch weitergehende bildgebende Verfahren die Situation im Foramen und im Zwischenwirbelraum abzuklären.⁹⁸⁶

980 BGH, VersR 2007, 541 (542).

981 BGH, VersR 2007, 541 (543).

982 BGH, VersR 2007, 541 (543).

983 OLG Koblenz, VersR 2007, 1001.

984 OLG Koblenz, VersR 2007, 1001.

985 OLG Koblenz, VersR 2007, 1001 (1002).

986 OLG Koblenz, VersR 2007, 1001 (1002).

BGH, Urteil vom 12.2.2008 – VI ZR 221/06⁹⁸⁷ („Röntgen X“)

Nachdem sich der Kläger am 11.10.2002 mit dem Hammer auf den linken Zeigefinger geschlagen hatte, begab er sich am 14.10.2002 in ärztliche Behandlung beim Beklagten. Dieser fertigte ein Röntgenbild an und diagnostizierte eine starke Prellung. Tatsächlich litt der Kläger unter einer Refraktur des linken Zeigefingerendglieds.⁹⁸⁸

Der BGH teilte die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach das ärztliche Fehlverhalten des Beklagten vom 14.10.2002 nicht als Befunderhebungsfehler, sondern als Diagnosefehler zu werten sei, da der Beklagte den erhobenen Befund fehlinterpretiert habe. Die Fraktur des linken Zeigefingerendglieds sei auf dem angefertigten Röntgenbild zu erkennen gewesen. Das Nichterkennen des Bruchs stelle sich somit als Diagnosefehler dar, und zwar auch dann, wenn das Röntgenbild vierfach hätte vergrößert werden müssen.⁹⁸⁹ Der BGH ließ bei seinen Ausführungen erkennen, dass er das Fehlverhalten wohl als einfachen Behandlungsfehler einschätzt.⁹⁹⁰

BGH, Urteil vom 21.12.2010 – VI ZR 284/09⁹⁹¹ („Adenokarzinom“)

Die Patientin wurde wegen einer Meniskusoperation im Krankenhaus der Beklagten zu 1 aufgenommen. Der angestellte Anästhesist veranlasste in der von den Beklagten zu 2 und 3 im Krankenhaus der Beklagten zu 1 betriebenen radiologischen Praxis zur Feststellung der Anästhesiefähigkeit die Anfertigung einer Röntgenaufnahme der Lunge. Diese wurde ohne Auswertung an den Anästhesisten übermittelt; er stellte keine der Anästhesie entgegenstehenden Umstände fest. Eine ca. 2 Bildzentimeter durchmessende Verdichtungszone rechts supradiaphragmal bemerkte er nicht. Die Patientin verstarb schließlich an Lungenkrebs. Kläger ist ihr Ehemann als Alleinerbe.⁹⁹²

987 BGH, NJW 2008, 1381.

988 BGH, NJW 2008, 1381.

989 BGH, NJW 2008, 1381 (1382).

990 BGH, NJW 2008, 1381 (1383).

991 BGHZ 188, 29 = NJW 2011, 1672.

992 BGHZ 188, 29 (30 f.) = NJW 2011, 1672.

Zunächst stellte der BGH fest, dass das Verhalten nicht als Befunderhebungsfehler sondern als Diagnoseirrtum zu qualifizieren sei. Ein Befunderhebungsfehler sei gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird.⁹⁹³ Da der Beklagten zu 1 vorgeworfen wird, der Anästhesist habe die auf dem Röntgenbild auch für ein ungeübtes Auge ohne weiteres erkennbare, abklärungsbedürftige Verdichtung nicht erkannt und deshalb die differentialdiagnostische Ursachenabklärung unterlassen, handele es sich vorliegend in erster Linie um eine Fehlinterpretation des erhobenen Befundes, also einen Diagnosefehler.⁹⁹⁴ Ebenso wenig sei den Beklagten zu 2 und 3 ein Befunderhebungsfehler unterlaufen, weil sie die Röntgenaufnahme nicht zusätzlich ausgewertet hätten. Der medizinische Standard gebiete nicht die ergänzende Auswertung einer zur Abklärung der Narkosefähigkeit veranlassten Röntgenaufnahme durch den mit der Anfertigung beauftragten Radiologen.⁹⁹⁵

Da lediglich ein Diagnosefehler in Frage komme, sei auch keine Umkehr der Beweislast gerechtfertigt. Beim Diagnosefehler komme eine solche nur in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist. Eine Fehlinterpretation erhobener Befunde stelle allerdings erst dann einen groben Fehler dar, wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handele. Diese Schwelle müsse allerdings wegen der nicht selten vorkommenden Unsicherheiten bei der Stellung der Diagnose hoch angesetzt werden.⁹⁹⁶

OLG Köln, Urteil vom 6.8.2014 – 5 U 119/11⁹⁹⁷ („Hirninfarkt“)

Der Kläger begab sich wegen Beschwerden im Nacken- und Kopfbereich am 5.12.2006 beim Beklagten in Behandlung. Dieser diagnostizierte ein Halswirbelsäulen-Syndrom (HWS). Tatsächlich litt der Kläger unter einem Hirninfarkt und erlitt am 8.12.2006 einen Schlaganfall.⁹⁹⁸

993 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1672f.).

994 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1672f.).

995 BGHZ 188, 29 (35 f.) = NJW 2011, 1672 (1672 f.).

996 BGHZ 188, 29 (37 f.) = NJW 2011, 1672 (1672 f.).

997 OLG Köln, VersR 2015, 493.

998 OLG Köln, VersR 2015, 493 (494).

Nach Ansicht des OLG war dem Beklagten ein einfacher Diagnosefehler unterlaufen. Der Beklagte habe die geklagten Beschwerden als Ausprägung bzw. Folge eines Halswirbelsäulen-Syndroms eingeordnet. Als Folge dessen sei er auch ausschließlich der Verdachtsdiagnose eines HWS-Syndroms nachgegangen.⁹⁹⁹ Der Diagnosefehler sei als einfacher Behandlungsfehler einzustufen, weshalb keine Beweislastumkehr anzuwenden sei. Hirninfarkte im hinteren Stromgebiet seien nach Aussage der Sachverständigen häufig schwierig zu erkennen, da die Sehstörungen ohne genauere Untersuchungserkenntnisse leicht übersehen werden können und auch die Ausprägung der Symptome weniger typisch und konstant sei.¹⁰⁰⁰

Ebenso komme dem Kläger auch keine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsfehlers zugute. Der Fehler des Beklagten habe nämlich darin bestanden, dass er Symptome und von ihm erhobene Befunde falsch gedeutet habe und nicht darin, dass er es unterlassen habe, einer von ihm getroffenen Verdachtsdiagnose in ausreichendem Maße mit geeigneten Untersuchungsmaßnahmen nachzugehen.¹⁰⁰¹

OLG Koblenz, Beschluss vom 6.7.2015 – 5 U 347/15 („Massenprolapse“)¹⁰⁰²

Der Kläger wurde am 6.5.2008 im Krankenhaus der Beklagten wegen Wirbelsäulenbeschwerden aufgenommen. Ein MRT zeigte Spondylarthrosen bei L3/4 und L4/5 sowie einen großen Prolaps bei L 4/5, wodurch der Spinalkanal eingeengt war. Nachdem der Kläger über erhebliche Schmerzen und Gangunsicherheiten geklagt hatte, stellte sich bei einem Notfall-MRT am 8.5.2016 heraus, dass es tatsächlich zu einem Massenprolaps bei L 4/5 gekommen war.¹⁰⁰³

Das OLG wies die Berufung mittels Beschluss zurück. Das Ergebnis eines Massenprolapses sei ausgesprochen selten und könne daher nachvollziehbar fehlinterpretiert werden. Dass der einfache Diagnosefehler die Fertigung einer zielführenden bildgebenden Untersuchung verzögert

999 OLG Köln, VersR 2015, 493 (494).

1000 OLG Köln, VersR 2015, 493 (495).

1001 OLG Köln, VersR 2015, 493 (496).

1002 OLG Koblenz, GesR 2017, 43.

1003 OLG Koblenz, GesR 2017, 43.

te, könne darüber hinaus nicht als Befunderhebungsfehler begriffen werden.¹⁰⁰⁴

5. Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.9.1991 – 14 U 8/91¹⁰⁰⁵ („Röntgen XI“)

Dem Kläger flog am 4.1.1974 ein Steinbrocken in das rechte Auge. Der beklagte Augenarzt diagnostizierte eine Augapfelprellung mit Glaskörper- und Netzhautblutung nach kleinen Netzhautabhebungen. Eine Röntgenaufnahme hatte er nicht angefertigt. Da in der Folge keine Besserung eintrat,¹⁰⁰⁶ überwies der Beklagte den Kläger an einen Radiologen. Die gefertigte Röntgenaufnahme ergab keinen auffälligen Befund und ging schließlich verloren.¹⁰⁰⁷ Eine spätere Röntgenaufnahme zeigte einen intracularen Fremdkörper in Form eines Eisensplitters.¹⁰⁰⁸

Das OLG hielt es für erwiesen, dass der Eisensplitter bereits am 4.1.1974 im Auge gewesen war, da damit die kontinuierlich weiterentwickelte Entzündungskrankheit im Auge zu erklären sei. Selbst wenn der typische Krankheitsverlauf nicht ausreiche, um den vollen Beweis für die perforierende Bulbus-Verletzung im Januar 1974 zu erbringen, habe der Kläger den Beweis mit Hilfe der Beweiserleichterung wegen des Verstoßes der ärztlichen Pflicht zur Sicherung und Erhebung zweifelsfrei gebotener Befunde geführt.¹⁰⁰⁹ Der Arzt sei verpflichtet, den Krankheitsstatus seines Patienten zu sichern, um aus den Befunden den nur so zu erlangenden Aufschluss über die Natur eines sich entwickelnden Krankheitsprozesses zu gewinnen und dann die erforderlichen Konsequenzen zu ziehen.¹⁰¹⁰ Ähnlich wie bei der Verletzung der ärztlich geschuldeten Verpflichtung zur Dokumentation von Befunden verschlechtere der Verstoß die Befundsicherung die Möglichkeit, den grundsätzlich vom Patienten

1004 OLG Koblenz, GesR 2017, 43 (44).

1005 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970.

1006 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970.

1007 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970 (2970 f.).

1008 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970 (2971).

1009 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970 (2971).

1010 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970 (2971).

zu erbringenden Beweis für den Ursachenverlauf zu führen.¹⁰¹¹ Darüber hinaus sei die Röntgendarstellung bereits bei der ersten Untersuchung zweifelsfrei geboten gewesen. Dieser Behandlungsfehler führe ebenfalls zu einer Beweislastumkehr.¹⁰¹²

BGH, Urteil vom 21.11.1995 – VI ZR 341/94¹⁰¹³ („übersehener Gallenstein“)

Dem Kläger wurden am 30.8.1984 im Krankenhaus der Beklagten Gallensteine entfernt. Die im Zuge dessen angefertigte Röntgenaufnahme ging verloren. Bei einer Röntgenkontrolle wurde am 4.9.1984 ein weiterer Gallenstein im Gallengang festgestellt.¹⁰¹⁴ Der Kläger behauptet, der festgestellte Gallenstein sei auf dem Röntgenbild der Operation übersehen worden.¹⁰¹⁵

Der BGH urteilte, dass es nicht zu Lasten des Klägers gehen könne, dass die bei der Operation vom 30.8.1984 angefertigten Röntgenaufnahmen nicht mehr auffindbar seien. Es gehöre zu den Organisationsaufgaben des Krankenhasträgers, Unterlagen, die Auskunft über das Behandlungsgeschehen geben, zu sichern. Auch im Falle ihrer Herausgabe habe die Beklagte die Pflicht, dafür zu sorgen, dass über ihren Verbleib jederzeit Klarheit bestehe. Daraus folge, dass der Kläger des Beweises seiner Behauptung, dass der Reststein auf den Röntgenaufnahmen erkennbar gewesen war, enthoben ist.¹⁰¹⁶

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.1.2003 – 8 U 159/01¹⁰¹⁷ („Karyogramm 1993“)

Die schwangere Klägerin ließ sich vom Beklagten am 12.8.1993 genetisch beraten. Dieser führte eine Sonographie sowie eine Amniosentese durch.¹⁰¹⁸ Das Ergebnis vom 31.8.1993 wies den unauffälligen Befund „46, XY männ-

1011 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970 (2971).

1012 OLG Stuttgart, NJW 1992, 2970 (2971).

1013 BGH, NJW 1996, 779.

1014 BGH, NJW 1996, 779.

1015 BGH, NJW 1996, 779 (780).

1016 BGH, NJW 1996, 779 (780f.).

1017 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792.

1018 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792.

lich“ auf. Ein Karyogramm wurde nicht angefertigt. Die Präparate gingen verloren. Das geborene Kind wies eine Deletion 4 p auf, die das unheilbare Wolf-Hirschhorn-Syndrom zur Folge hat.¹⁰¹⁹

Das OLG sah ein Fehlverhalten des Beklagten darin, dass er die Präparate nicht hinreichend untersucht hatte.¹⁰²⁰ Zwar liege nach Aussage der Sachverständigen eine Deletion am Rande der Erkennbarkeit, allerdings könne dies im vorliegenden Fall wegen des Verlusts der Präparate nicht überprüft werden. Der Klägerin komme eine Beweislastumkehr zugute, da der Beklagte gegen seine Aufbewahrungspflicht von 10 Jahren verstoßen habe und hierdurch herbeigeführte Unsicherheiten nicht zulasten der Klägerin gehen könnten.¹⁰²¹ Da die Umstände der Aufbewahrung und des Verbleibs der Präparate im voll beherrschbaren Bereich des Beklagten zu verorten seien, habe er den Verlust auch zu vertreten.¹⁰²²

OLG Koblenz, Beschluss vom 12.4.2013 – 5 U 4/13¹⁰²³ („misslungene Arthroskopie“)

Der Kläger erlitt 2003 bei einem Arbeitsunfall eine Quetschung am rechten Handgelenk. Wegen anhaltender Schmerzen wurden bis zum 9.8.2004 mehrere MRT gefertigt, welche verloren gingen.¹⁰²⁴ Am 19.8.2004 führte der Beklagte eine Arthroskopie durch, bei der es zu erheblichen Komplikationen kam.¹⁰²⁵

Nach Ansicht des OLG könne keine Beweislastumkehr zu Gunsten des Klägers hergeleitet werden, weil die Arthroskopie nach zuvor gefertigter und heute nicht mehr vorhandener MRT-Aufnahmen von vornherein verboten gewesen wäre. Einen Beleg für seine Behauptung habe der Kläger nämlich nicht vorgebracht.¹⁰²⁶ Der Verlust der Befundträger würde diesen nur dann entbehrlich machen, wenn das Vorbringen zum Aussagegehalt mit Wahrscheinlichkeit richtig wäre oder sich die Beklagte einer

1019 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792 (792 f.).

1020 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792 (793).

1021 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792 (793).

1022 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792 (794).

1023 OLG Koblenz, VersR 2014, 207.

1024 OLG Koblenz, VersR 2014, 207.

1025 OLG Koblenz, VersR 2014, 207.

1026 OLG Koblenz, VersR 2014, 207.

missbilligenswerten Beweisbereitstellung ausgesetzt hätte.¹⁰²⁷ Der Sachverständige habe die erste Alternative bereits überzeugend verneint.¹⁰²⁸

1027 OLG Koblenz, VersR 2014, 207 (207 f.).

1028 OLG Koblenz, VersR 2014, 207 (208).

4. Kapitel: Auswertung der Rechtsprechung

Insgesamt hat der Bearbeiter 130 Urteile und Beschlüsse auf ihre Ausführungen zum Befunderhebungsfehler hin untersucht. Die sechs für die Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers wichtigsten Entscheidungen wurden den übrigen Urteilen und Beschlüssen vorangestellt und isoliert betrachtet, um die jeweiligen Rechtsprechungsänderungen zu verdeutlichen.

Von den weiteren 124 Entscheidungen konnten

- 23 in die Kategorie „einfacher Befunderhebungsfehler mit Beweislastumkehr“,
- 39 in die Kategorie „grober Befunderhebungsfehler mit Beweislastumkehr“,
- 23 in die Kategorie „Befunderhebungsfehler ohne Beweislastumkehr“,
- 19 in die Kategorie „Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers abgelehnt“,
- 16 in die Kategorie „Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnoseirrtum“,
- 4 in die Kategorie „Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht“ eingeordnet werden.

Nach alledem muss festgestellt werden, dass die Kritik an der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers zweifellos berechtigt, in mancherlei Hinsicht jedoch übertrieben oder zumindest pauschalisiert ist.

I. Entwicklung des Befunderhebungsfehlers durch die Gerichte

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Entwicklung des Arthaftungsrechts – auch bedingt durch den BGH – in „Schlangenlinien“¹⁰²⁹ vollzogen hat. Bei der Betrachtung der Entwicklung der Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler muss der Kritiker beinahe zwangsläufig zu der Ansicht gelangen, dass sich der BGH insbesondere zu Beginn seiner Rechtsprechung der prozessualen Auswirkungen dieser Fallgruppe nicht bewusst gewesen war und später mit viel Mühe begann, „eine Wucherungen“¹⁰³⁰ wieder zu korrigieren.

Folglich müssen einige Gedankengänge und Entscheidungen des BGH hinterfragt werden.

1. Verwirrung durch den BGH

Nachdem sich der BGH in seinem Urteil vom 21.9.1982¹⁰³¹ erstmals nach 30 Jahren wieder mit der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers beschäftigt hatte, war die Problematik nicht erhobener Befunde in der Folgezeit ein regelmäßig wiederkehrendes Thema.

In seinem Urteil vom 3.2.1987¹⁰³² ließ es der BGH ausdrücklich dahinstehen, ob das Unterlassen von Kontrolluntersuchungen einen groben Behandlungsfehler darstellt,¹⁰³³ was schließlich dazu führte, dass dem Patienten Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr selbst dann zu gewähren sind, wenn die rechtliche Bewertung des Fehlers „sich noch unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler eingependelt.“¹⁰³⁴

Wegen der Unschärfe und Interpretationsmöglichkeiten der tatbeständlichen Voraussetzungen wurde von Beginn der Rechtsprechung an vor dem Risiko der ausufernden Anwendung gewarnt,¹⁰³⁵ so dass der BGH damit begann, seine Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler wie-

1029 Dunz, MedR 1987, 152 (153).

1030 Schmidt-Recla, MedR 2011, 645 (648).

1031 BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 = VersR 1982, 1193.

1032 BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482.

1033 BGHZ 99, 391 (395) = NJW 1987, 1482 (1483).

1034 Nixdorf, VersR 96, 160 (161).

1035 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 478.

der einzuschränken, indem er das Beweiserleichterungskonzept bei Verletzungen der Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht präzisierte und das Gewicht dieser Fehler relativierte.¹⁰³⁶ Im Laufe dieses Entwicklungsprozesses orientierte sich der BGH immer mehr an seinen Beweisregeln zum groben Behandlungsfehler.¹⁰³⁷

In vier Urteilen hat der BGH die Anwendungsmöglichkeiten der Beweislastumkehr beim einfachen Diagnosefehler wieder eingeschränkt.

Erstmals angedeutet hatte der BGH diese Kehrtwende in einem Nichtannahmebeschluss vom 1.12.1992.¹⁰³⁸ Endgültig ist der BGH jedoch mit Urteil vom 13.2.1996¹⁰³⁹ von seiner Spruchpraxis abgerückt.¹⁰⁴⁰ Eine ausdrückliche Klarstellung der Änderung der tatbestandlichen Voraussetzungen folgte schließlich in der Entscheidung vom 13.1.1998.¹⁰⁴¹ Gestützt auf diese Entwicklung ging schließlich aus dem Urteil vom 6.10.1998¹⁰⁴² die bis heute gültige tatbestandliche Formel hervor.¹⁰⁴³ Zwangsläufig musste das Unterfangen, den Tatbestand der Fallgruppe „Befunderhebungfehler“ zu konkretisieren und die Anwendung der Rechtsprechung einzuschränken, zu Folgeproblemen führen. Für den Patienten wie auch den Arzt war es nicht im Geringsten absehbar, wie der Prozess verlaufen würde. Zu welch grotesken Situationen dies geführt hat, sollen beispielhaft drei Urteile zeigen.

Im EKG V-Fall hat das OLG München die Klage mit Urteil vom 17.2.1994 abgewiesen, da es aufgrund des Alters der Patientin (28 Jahre) nicht veranlasst gewesen sei, ein routinemäßiges EKG sogleich auszuwerten.¹⁰⁴⁴ Jedenfalls sei dies, wenn überhaupt, lediglich ein gewöhnlicher, keinesfalls aber ein grober Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten gewesen.¹⁰⁴⁵ Dies rechtfertigte keine Haftung des Beklagten, da nicht feststehe, dass die Patientin bei sofortiger Auswertung länger gelebt hätte.¹⁰⁴⁶ Es stand jedoch

1036 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 479.

1037 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 98.

1038 BGH, VersR 1993, 440.

1039 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

1040 Groß, VersR 1996, 657 (665).

1041 BGHZ 138, 1 = NJW 1998, 1780.

1042 BGH, NJW 1999, 860 = VersR 1999, 60.

1043 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 146.

1044 OLG München, VersR 1995, 417 (417f.)

1045 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

1046 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

fest, dass der zurückliegende Infarkt auf dem EKG zweifelsfrei erkannt hätte werden können und die Patientin vom Beklagten umgehend in ein Krankenhaus eingewiesen hätte werden müssen.¹⁰⁴⁷ Nach Ansicht des Gutachters war die Überlebenswahrscheinlichkeit der Patientin bei sofortiger klinischer Behandlung geringer als 80 Prozent.¹⁰⁴⁸ Der BGH hat die Revision der Klägerin mit Beschluss vom 25.10.1994 – VI ZR 155/94 – nicht angenommen.¹⁰⁴⁹

Fast genau zwei Jahre später hatte der BGH am 13.2.1996 („verlorenes EKG/ EKG I“) einen ähnlichen Fall zu entscheiden.¹⁰⁵⁰ Das Berufungsgericht führte in seiner Entscheidung aus, dass sich der Behandlungserfolg einer rechtzeitigen Behandlung nicht sicher feststellen lasse. Die Ungewissheit gehe jedoch zu Lasten der Beklagten. Dies folge aus den vom BGH entwickelten Grundsätzen, wonach die unterlassene Erhebung und Sicherung von medizinisch zweifelsfrei gebotenen Befunden zugunsten des Patienten zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr führen, wenn dadurch die Aufklärung eines immerhin wahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs zwischen ärztlichem Fehlverhalten und einem eingetretenen Gesundheitsschaden erschwert oder sogar vereitelt werde und die Befunderhebung gerade wegen des erhöhten Risikos des in Frage stehenden Verlaufs geschuldet gewesen sei.¹⁰⁵¹

Im Revisionsverfahren führte der BGH hingegen erstmals aus, dass mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ feststehen müsse, dass der Befund tatsächlich einen Herzinfarkt ausgewiesen hätte. Erst dann sei der Patient des Nachweises enthoben, dass der frühere Infarkt auf dem EKG erkennbar war.¹⁰⁵² Damit habe er allerdings noch nicht den Nachweis geführt, dass die anzunehmende fehlerhafte Auswertung des EKG durch den Beklagten für den Tod des Patienten ursächlich geworden ist. Beweiserleichterungen bezüglich der Kausalitätsfrage könne der Verlust des Original-EKG nur dann mit sich bringen, wenn zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist, wenn sich also „ein so deutlicher und gravierender Befund“ ergeben hätte, dass sich dessen „Verkennung als

1047 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

1048 OLG München, VersR 1995, 417 (418).

1049 OLG München, VersR 1995, 417.

1050 BGHZ 132, 47 (47 ff.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633 (633 f.).

1051 BGHZ 138, 1 (2 ff.) = NJW 1998, 1780 (1780 f.).

1052 BGHZ 132, 47 (47 ff.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633 (633 f.).

fundamental fehlerhaft“ darstellen müsse.¹⁰⁵³ In der Folge bezeichnete der BGH selbst die Änderung der Rechtsprechung als „Eingrenzung“ der bisherigen Spruchpraxis.¹⁰⁵⁴

Die vollzogene „Eingrenzung“ hatte sodann erhebliche Auswirkungen auf die weitere Rechtsprechung. Im „Netzhautablösungsfall“ – VI ZR 242/96 – hob der BGH die Entscheidung des Berufungsgerichts auf und erklärte als Folge des Urteils vom 13.2.1996, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision nicht standhielten:

„Die Revision nimmt hin, dass das BerGer. in der Unterlassung der gebotenen Befunderhebungen, (...), ein pflichtwidriges Verhalten des Erstbkl. sieht, und räumt auch ein, dass sich hieraus Beweiserleichterungen ergeben können. Mit Recht macht sie jedoch geltend, dass das BerGer. die Reichweite dieser Beweiserleichterungen verkannt habe. *Nach den Grundsätzen des allerdings erst nach Erlass des angefochtenen Urteils veröffentlichten, mittlerweile in BGHZ 132, S. 47 (BGHZ 132, S. 50 ff.) = NJW 1996, S. 1589 = LM H. 7-1996 § BGB § 823 [Aa] BGB Nr. 164, abgedruckten Urteils des erkennenden Senats vom 13. 2. 1996* lässt nämlich ein Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde oder zu deren ordnungsgemäßer Aufbewahrung im Weg der Beweiserleichterung zwar auf ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis schließen, wenn dieses hinreichend wahrscheinlich ist (...).“¹⁰⁵⁵

Das die Revision begründende Urteil wurde erst nach Erlass des angefochtenen Urteils veröffentlicht. Folglich konnten weder die Berufsrichter, noch die Rechtsanwälte von der Rechtsprechungsänderung Kenntnis haben.

Es kann nur spekuliert werden, wie viele Entscheidungen aufgrund der im Laufe der Jahre in Schritten vollzogenen Rechtsprechungsänderung aufgehoben wurden oder durch eine kurz zuvor bzw. danach vollzogene Rechtsprechungsänderung gänzlich anders gefällt worden wären. Es muss davon ausgegangen werden, dass sich die rechtlichen Aspekte in etlichen Verfahren während des oft Jahre dauernden Prozesses plötzlich und

1053 BGHZ 132, 47 (51) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633.

1054 BGHZ 138, 1 (5) = NJW 1998, 1780 (1781).

1055 BGHZ 138, 1 (4) = NJW 1998, 1780 (1781).

unvorhersehbar veränderten und auf diese Weise das Prozessergebnis nicht unerheblich beeinflusst wurde.

Ebenso kam es vor, dass weit zurückliegende Behandlungsfehler plötzlich nach der „neuen“ Rechtsprechung als Befunderhebungsfehler bewertet wurden.¹⁰⁵⁶ Vor diesem Hintergrund erscheinen auch die Ausführungen des BGH zur Ablehnung der „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“ – „(...) der Rechtsuchende bzw. sein Anwalt (muss) in der Lage sein, das Prozessrisiko in tatsächlicher Hinsicht abzuschätzen. Des Weiteren würde die Gleichheit der Rechtsanwendung infolge richterlicher Willkür gefährdet sein.“¹⁰⁵⁷ – fast zynisch.

Darüber hinaus hat der BGH lediglich den Tatbestand durch weitere Tatbestandsmerkmale wie „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ und „Geeignetheit“ konkretisiert. Eine Definition dieser Begriffe blieb er hingegen bis heute schuldig. Vielmehr überließ er diese Aufgabe den Berufungsgerichten. Dies verwundert insbesondere deshalb, weil sich an den beiden Kriterien der Erfolg und Misserfolg im Prozess über nichterhobene Befunde entscheidet.

Dabei müsste, dem Bestimmtheitsgebot als Teil des Rechtsstaatsprinzips und der Rechtssicherheit im Allgemeinen geschuldet, eigentlich feststehen, was der BGH unter einer „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ versteht.¹⁰⁵⁸ Dennoch ist dieser Begriff weder in den Kommentaren zur ZPO zu finden, noch nimmt der BGH in seinen Entscheidungen zum Befunderhebungsfehler selbst eine Definition der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ vor, sondern bedient sich lediglich einer negativen Abgrenzung.¹⁰⁵⁹

Der allgemeine Sprachgebrauch lässt jedoch verschiedene Interpretationsmöglichkeiten von „ausreichender“ bis „sehr hoher“ oder „überwiegender“ Wahrscheinlichkeit zu.¹⁰⁶⁰

Inzwischen (Urteile vom 6.6.2002 und 28.5.2003) wurde eine Konkretisierung durch die Berufungsgerichte vorgenommen, wonach die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines positiven Befunds dann angenommen wird, wenn eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ von mehr als

1056 BGH, NJW 1988, 2948 = VersR 1989, 145.

1057 BGHZ 159, 48 (55) = NJW 2004, 2011 (2013).

1058 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 138.

1059 Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

1060 Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

50 % dafür spricht¹⁰⁶¹ bzw. abgelehnt, wenn die Wahrscheinlichkeit nicht höher als 50 % ist,¹⁰⁶² so dass zumindest eine leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt wird.¹⁰⁶³

Ebenso wurde der Wahrscheinlichkeitsgrad der Geeignetheit des Fehlers für den Schaden letzten Endes von einem Berufungsgericht festgesetzt. Das OLG führte in seinen Urteilsgründen aus, dass eine Beweislastumkehr nicht ausscheide, weil es gänzlich unwahrscheinlich sei, dass der grobe Behandlungsfehler zu dem eingetretenen Körperschaden des Patienten geführt habe. Ein derartiger Grad an Unwahrscheinlichkeit sei nicht anzunehmen, weil der Sachverständige einen Wahrscheinlichkeitsgrad von (lediglich) bis 90 % dafür genannt habe, dass sich am Heilungsverlauf nichts verändert habe.¹⁰⁶⁴

Zwar erwähnte der BGH die Rechtsansicht des Berufungsgerichts zur Geeignetheit des Fehlers in seiner Entscheidung (Urteil vom 27.4.2004) mit keinem Wort; daraus wurde jedoch geschlossen, dass dieser Grad an Wahrscheinlichkeit vom BGH als ausreichend erachtet wird.

2. „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“

Auch bei seiner Formulierung „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“ hat der BGH keine gerade Linie erkennen lassen. Während der BGH zunächst von einer generellen Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess bei groben Behandlungsfehlern ausgegangen war,¹⁰⁶⁵ hielt er in einer Entscheidung vom 16.5.1972¹⁰⁶⁶ das erste Mal „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“ für geboten. Allerdings verwendete der BGH die Terminologie nicht immer einheitlich¹⁰⁶⁷ und sprach gelegentlich nur von einer „Beweislastverminderung“.¹⁰⁶⁸ Aber auch speziell zum Befunderhebungsfehler hat der BGH die Ansicht vertreten,

1061 OLG Köln, VersR 2004, 247; Gehlein, VersR 2004, 1488 (1494).

1062 OLG Dresden, VersR 2004, 648.

1063 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 140.

1064 BGHZ 159, 48 = NJW 2004, 2011.

1065 BGH NJW 1967, 1508 (1508 f.).

1066 BGH, NJW 1972, 1520.

1067 Laumen, NJW 2002, 3739 (3740).

1068 BGH, NJW 1988, 2303 (2304).

dass für die Patienten „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“ in Frage kommen könnten.¹⁰⁶⁹

Im Schrifttum wurde die Formulierung zwar als „etwas rätselhaft“, „unscharf und irreführend“, „unklar“ und „wenig hilfreich“ bezeichnet,¹⁰⁷⁰ wegen ihrer Flexibilität aber auch begrüßt.¹⁰⁷¹

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in seinem Beschluss vom 25.7.1979 – 2 BvR 878/74¹⁰⁷² die Verfassungsmäßigkeit dieser Ansicht. Durch sie sollte ein Instrument geschaffen werden, das in beweisrechtlicher Hinsicht ein faires Verfahren ermögliche. Mit der Rechtsfigur der „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“ habe dem Gericht nämlich die Möglichkeit gegeben werden sollen, in jedem Einzelfall die typische beweisrechtliche Stellung der Parteien und die beweisrechtliche Grundproblematik in seine Entscheidung einfließen zu lassen und durch eine faire Handhabung des Beweisrechts jeden Einzelfall interessengerecht entscheiden zu können.¹⁰⁷³

Der BGH führte dazu auch in der Folgezeit aus, dass die Reichweite einer solchen Beweiserleichterung nicht schematisch bestimmt werden könne, sondern sich nach der Lage des Einzelfalls richte.¹⁰⁷⁴

Eine volumnfängliche Beweislastumkehr war folglich keinesfalls zwingend. Dennoch machten die Gerichte in keiner Entscheidung von der Möglichkeit der flexiblen Handhabung Gebrauch,¹⁰⁷⁵ sondern handhabten die Beweislastverteilung nach einem „Alles-oder Nichts“-Prinzip.¹⁰⁷⁶ Schließlich stellte auch der BGH im Jahr 2004 in einer Grundsatzentscheidung klar, dass dem Begriff „Beweiserleichterungen“ gegenüber der Beweislastumkehr keine eigenständige Bedeutung zukomme.¹⁰⁷⁷

Der BGH führt dazu aus: „Soweit es in einigen Entscheidungen heißt, dass das Ausmaß der dem Patienten zuzubilligenden Beweiserleichterungen im Einzelfall danach abzustufen sei, in welchem Maße wegen der

1069 BGHZ 85, 212 (215) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1194).

1070 Vgl. Nachweise bei Laumen, NJW 2002, (3740).

1071 Vgl. Nachweise bei Katzenmeier, Arzthaftung, S. 468.

1072 BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 = VersR 1982, 1193.

1073 BVerfGE 52, 131 (146) = NJW 1979, 1925 (1925 f.).

1074 BGHZ 132, 47 (52) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633 (634).

1075 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 35.

1076 Deutsch, VersR 1988, 1 (3 f.); Spickhoff, NJW 2004, 2345 (2346); im Grundsatz Steiner, VersR 2009, 473 (473 f.).

1077 BGHZ 159, 48 (53) = NJW 2004, 2011 (2012).

besonderen Schadensneigung des Fehlers das Spektrum der für den Misserfolg in Betracht kommenden Ursachen verbreitert oder verschoben worden sei, betrifft dies die Schadensneigung des groben Behandlungsfehlers, also die Frage seiner Eignung, den Gesundheitsschaden des Patienten herbeizuführen. Insoweit geht es um die Bewertung und beweisrechtlichen Konsequenzen eines groben Behandlungsfehlers im konkreten Einzelfall.“¹⁰⁷⁸

„Liegen die (...) Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr vor, so darf sich der Tatrichter nicht darauf beschränken, dem Patienten statt der vollen Beweislastumkehr lediglich abgestufte Beweiserleichterungen zu gewähren, (...). Diese Betrachtungsweise trägt auch den im Schrifttum geäußerten Bedenken Rechnung, dass ein „Ermessen“ des Tatrichters bei der Anwendung von Beweislastregeln dem Gebot der Rechtssicherheit zuwider laufen würde. Nach diesem müssen der Rechtsuchende bzw. sein Anwalt in der Lage sein, das Prozessrisiko in tatsächlicher Hinsicht abzuschätzen. Des Weiteren würde die Gleichheit der Rechtsanwendung infolge richterlicher Willkür gefährdet sein.“¹⁰⁷⁹

Auf Grundlage dieser Ausführungen kam der BGH schließlich zu dem Ergebnis, dem Begriff „Beweiserleichterungen“ komme gegenüber der Beweislastumkehr keine eigenständige Bedeutung bei.¹⁰⁸⁰ Der BGH stellte hiermit entgegen seiner selbst geschaffenen Rechtsansicht ausdrücklich klar, dass ein grober Behandlungsfehler immer zu einer Beweislastumkehr führe, und rechtfertigte dies damit, dass eine Ermessensentscheidung des Richters bei der Anwendung der Beweislastregeln dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderlaufen würde¹⁰⁸¹

Obwohl der BGH also durch seine Formulierung die Möglichkeit einer flexiblen Handhabung der Beweislastregeln erst selbst ermöglichte und dieses Ergebnis vom Bundesverfassungsgericht gebilligt wurde, kam es nie dazu, dass die Beweislastregeln so flexibel angewendet wurden. Vielmehr lehnte der BGH seine selbst aufgestellten Rechtsgrundsätze mit der

¹⁰⁷⁸ BGHZ 159, 48 (53 f.) = NJW 2004, 2011 (2012).

¹⁰⁷⁹ BGHZ 159, 48 (55) = NJW 2004, 2011 (2013).

¹⁰⁸⁰ BGHZ 159, 48 (53) = NJW 2004, 2011 (2012).

¹⁰⁸¹ BGHZ 159, 48 (55) = NJW 2004, 2011 (2013).

Begründung ab, dass eine Ermessensentscheidung dem Gebot der Rechts-sicherheit zuwiderlaufe. Als deren Folge verschwand der vom BGH auf-gestellte Grundsatz „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“ nach über 20 Jahren ohne auch nur einmal angewandt worden zu sein.

3. Definition des groben Befunderhebungsfehlers

Grundsätzlich schuldet der Arzt gemäß § 630a II BGB eine Behandlung, die nach den zu diesem Zeitpunkt bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat. Dieser Rahmen wurde vom Gesetzgeber bewusst so offen und interpretationsfähig gefasst, da eine für jeden Lebenssachverhalt allgemeingültige Definition des „groben“ Behandlungsfehlers bislang nicht gelungen ist.¹⁰⁸² Der BGH hat sich erst sehr spät um eine nähere Definition des groben Behandlungsfehlers bemüht,¹⁰⁸³ wobei die gefundene Definition nur wenig überzeugen kann.¹⁰⁸⁴ Nach den unter-schiedlichen Definitionsversuchen der Gerichte ist ein als „grob“ zu bewer-tender Befunderhebungsfehler anzunehmen, wenn der Arzt „medizinisch zweifelsfrei“, „elementar gebotene“, „zwingend im Sachverständigengut-achten als unablässig“ oder „unbedingt erforderlich“ bezeichnete Diagno-se- und/oder Kontrollbefunde nicht erhoben hat,¹⁰⁸⁵ wobei die Beurteilung des Fehlverhaltens stets eine Gesamtbetrachtung des Behandlungsgesche-hens unter Berücksichtigung der konkreten Umstände voraussetzt.¹⁰⁸⁶

Ab wann ein Befund jedoch nicht mehr zweifelsfrei oder elementar geboten, unablässig oder unbedingt erforderlich gewesen wäre, bleibt dem Rechtsanwender/Richter überlassen. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen einfachen und groben Befunderhebungsfehlern ist anhand die-ser Unterscheidungskriterien nicht möglich, da die von der Rechtspre-chung gewählten Adjektive zu unscharf sind.¹⁰⁸⁷ Folgerichtig wird der Definitionsversuch als „nur bedingt tauglich“¹⁰⁸⁸ angesehen bzw. bemän-

1082 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 441f.

1083 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 233.

1084 Deutsch, VersR 2008, 993 (997).

1085 Vgl. Hinweise in Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, S. 1454, Rn. U 2.

1086 BGH, NJW 1988, 1511.

1087 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 2.

1088 Pauge, Arzthaftungsrecht, S. 580.

gelt, dass es sich um keine exakte Definition handele.¹⁰⁸⁹ Die Adjektive beinhalten einen erheblichen Interpretationsspielraum und haben noch dazu unterschiedliche Bedeutung: Während ein „medizinisch zweifelsfrei“ zu erhebender Befund „unbestreitbar“, „fraglos“ oder „hundertprozentig“ zu erheben ist, muss ein „elementar gebotener“ Befund lediglich „grundlegend“ oder „wesentlich“ erhoben werden. In Zweifelsfällen wird eine trennscharfe Abgrenzung des einfachen vom groben Befunderhebungsfehler anhand dieser Kriterien kaum gelingen, da es eben keine feste Grenze gibt, ab wann ein Befund medizinisch zweifelsfrei zu erheben gewesen wäre oder für den Arzt noch ein gewisser Ermessensspielraum bestand. In strittigen Fällen, und das sind schließlich die, die am Schluss Bestandteil eines Gerichtsverfahrens sind, kommt der Definition kaum praktischer Wert zu.¹⁰⁹⁰

Zwar scheint es aufgrund der Komplexität der medizinischen Behandlung und der vielfältigen Fehlermöglichkeiten tatsächlich kaum möglich, eine exakte Definition vorzunehmen.¹⁰⁹¹ Regelmäßig entscheiden kleine Nuancen darüber, ob ein einfacher oder grober Fehler vorliegt. Die Auswirkung dessen ist jedoch, dass die Gerichte, wie sich im nächsten Abschnitt zeigt, das Problem der qualitativen Abgrenzung im Zweifelsfall umgehen, indem sie – gerade für den hier untersuchten und deshalb besonders interessanten Kontext – den Haftungsvorwurf sowohl anhand des groben als auch des einfachen Befunderhebungsfehlers betrachten und für beide Fälle eine Haftung konstruieren bzw. im Zweifelsfall den groben Behandlungsfehler über den einfachen Befunderhebungsfehler „retten“. Ein derartiges Vorgehen ist jedoch weder praktisch (meist für die Beklagtenseite und deren schutzwürdige Interessen) noch theoretisch zufriedenstellend und kann nicht die Notwendigkeit beseitigen, objektive Kriterien für die Bewertung eines Behandlungsfehlers als „grob“ zu finden.¹⁰⁹²

1089 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 441 f.

1090 König, Die grobe Fahrlässigkeit, S. 58.

1091 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 237.

1092 So auch Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 2.

4. Doppelte Absicherung der Gerichte

Nachdem sich die Beweislastumkehr beim Befunderhebungsfehler etabliert hatte, kam es in der Folgezeit regelmäßig vor, dass die Gerichte trotz der Überzeugung vom Vorliegen des Kausalzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Primärschaden vorsorglich noch eine Beweislastumkehr annahmen oder nicht mehr trennscharf zwischen Befund- und Diagnosefehler und einfacherem und grobem Behandlungsfehler unterschieden. Dass die Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers als weitere, zu Lasten der Ärzteschaft gehende Beweislastkonstruktion empfunden wurde¹⁰⁹³ ist aus diesem Grund wenig überraschend.

So führte zum Beispiel das OLG Koblenz in einer Entscheidung vom 5.7.2004¹⁰⁹⁴ aus, dass es grundsätzlich von einer Haftung des Arztes ausgehe: „Für diese Überzeugungsbildung genügt, da eine absolute Gewissheit selten zu erreichen und jede Möglichkeit des Gegenteils nicht auszuschließen ist, ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, also ein für einen vernünftigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Menschen so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass er den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen.“¹⁰⁹⁵ Obwohl das Gericht also vom Klägervortrag im Sinne des § 286 ZPO überzeugt war, wollte es seine Entscheidung rechtsmittelfest machen und sprach zu Gunsten des Klägers vorsorglich noch eine Beweislastumkehr aus: „Jedoch sei *in aller Vorsorge* angefügt, dass eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Kl. anzunehmen wäre.“¹⁰⁹⁶ Ähnlich verfuhr 1992 auch das OLG Düsseldorf.¹⁰⁹⁷

Ebenso ging das OLG Celle im Jahr 2009 vor. Zwar war es nach der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass zumindest eine Mitursächlichkeit des Behandlungsfehlers des Beklagten für die schwere Asphyxie des Klägers und damit auch seinen schweren Hirnschaden gegeben sei.¹⁰⁹⁸ Dennoch führte es weiter aus: „Unabhängig davon kommen wegen des

1093 Schmid, NJW 1994, 767 (773).

1094 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200.

1095 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1202).

1096 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200 (1202).

1097 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494.

1098 OLG Celle, VersR 2009, 500 (501 f.).

festgestellten Verstoßes des Beklagten gegen seine Befunderhebungs-pflicht dem Kläger Beweiserleichterungen zugute.“¹⁰⁹⁹

Ferner kam es vor, dass die Gerichte von einer grob fehlerhaft unterlassenen Befunderhebung überzeugt waren und dennoch im Anschluss daran zusätzlich die Voraussetzungen einer Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers prüften.^{1100 1101 1102 1103}

Dazu führte beispielhaft das Oberlandesgericht Hamm aus: „Mit dem LG wertet der Senat das ärztliche Fehlverhalten als grob. (...). Das hierdurch zum Ausdruck kommende Unverständnis für das medizinische Vorgehen füllt den juristischen Begriff des groben Behandlungsfehlers aus. Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass ansonsten auch die Voraussetzungen der neueren Rechtsprechung des BGH zur unterbliebenen Befunderhebung vorliegen.“¹¹⁰⁴

Auch ersparen sich die Gerichte teils die Beurteilung der Fehlerqualität gänzlich. Das OLG Stuttgart führte in einer seiner Entscheidungsgründe dazu aus, dass es dahinstehen könne, ob die unterlassene Befunderhebung bereits für sich genommen einen groben Behandlungsfehler darstelle,¹¹⁰⁵ da bei Durchführung der gebotenen Befunderhebung der Weichteilgewebetumor sicher festgestellt worden wäre¹¹⁰⁶ und dann zwingend eine Probeexzision durchgeführt werden hätte müssen.¹¹⁰⁷ Die Verkennung des Befunds bzw. die Unterlassung einer Probeexzision sei nicht mehr verständlich und somit ein grober Behandlungsfehler.¹¹⁰⁸

Selbst in Fällen, bei denen die Gerichte einen groben Diagnosefehler angenommen hatten, begründeten sie die Beweislastumkehr noch zusätzlich mit dem einfachen Befunderhebungsfehler. Die Gerichte untersuchten das Geschehen zuerst auf das Vorliegen eines (groben) Diagnosefehlers und sicherten ihre Entscheidung schließlich noch mittels des einfachen Befunderhebungsfehlers ab. Als Beispiel hierfür sei auf eine

¹⁰⁹⁹ OLG Celle, VersR 2009, 500 (502).

¹¹⁰⁰ OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423.

¹¹⁰¹ OLG Hamm, VersR 2004, 1321.

¹¹⁰² BGH, NJW 2014, 688.

¹¹⁰³ BGH, VersR 2014, 374.

¹¹⁰⁴ OLG Hamm, VersR 2004, 1321 (1322).

¹¹⁰⁵ OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1547).

¹¹⁰⁶ OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

¹¹⁰⁷ OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

¹¹⁰⁸ OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

Entscheidung des OLG München aus dem Jahr 2005 verwiesen: „Die Grundsätze, die die Rechtsprechung zum Diagnosefehler entwickelt hat, hat das LG zutreffend berücksichtigt. Im Übrigen liegt dem Bekl. ohnehin, wie ausgeführt, zentral weniger ein Diagnosefehler als das Unterlassen einer sofortigen Einweisung in eine Fachklinik zur Last.“¹¹⁰⁹

Auch das OLG Hamm verfuhr ähnlich: „Der Sachverständige hat keinen Zweifel daran gelassen, dass der richtige Befund, (...), von einem Radiologen nicht übersehen werden durfte und ein schweres, unverständliches Versäumnis darstellt. Selbst dann, wenn der Radiologe unsicher geblieben wäre, hätte es – wie dargestellt – der weiteren Befunderhebung bedurft. In diesem Fall rechtfertigte sich die Beweislastumkehr aus den Grundsätzen der neueren Rechtsprechung des BGH.“¹¹¹⁰

Erst im Laufe der Zeit erkannten die Gerichte, dass die wegen der Fehldiagnose nicht unternommene Befunderhebung nicht Anknüpfungspunkt der Haftung sein könne. Das OLG Köln war im Jahr 2006 eines der ersten Gerichte, die dieses Problem erkannten: „Dass der Bekl. auf Grund seiner objektiv fehlerhaften Auswertung des Abstrichs keine Kontrolluntersuchung in drei Monaten angeordnet hat, ist die folgerichtige Konsequenz aus der Fehlinterpretation des Befunds. Es ist auch keine Rechtfertigung dafür ersichtlich, gleichwohl an die unterlassene Anordnung einer objektiv erforderlichen Kontrolluntersuchung im August 1998 beweisrechtliche Nachteile zu knüpfen. Vielmehr würde sich dann ein Wertungswiderspruch ergeben, denn mit der von der Rechtsprechung zu Recht befürworteten Zurückhaltung bei der Bewertung eines Diagnosefehlers als Behandlungsfehler verträgt es sich nicht, bei einem nicht fundamentalen Diagnoseirrtum gleichwohl alleine deshalb Beweiserleichterungen anzunehmen, weil als bloße Folge jenes Fehlers an sich objektiv gebotene Befunderhebungen unterbleiben.“¹¹¹¹ Auch der BGH führt dazu inzwischen aus, dass ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler werde, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären.¹¹¹²

1109 OLG München, VersR 2005, 657; Zitat zu finden in: BeckRS 2004, 05568.

1110 OLG Hamm, VersR 2002, 315 (317).

1111 OLG NJW 2006, 69 (70).

1112 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1673).

II. Fallgruppen

Die Auswertung aller einschlägig veröffentlichten Entscheidungen zum Befunderhebungsfehler hat ergeben, dass die Unterschiedlichkeit des menschlichen Organismus¹¹³ wie für das Arzthaftungsrecht erwartet zahlreiche unterschiedlichste Sachverhalte und Problemfelder hervorbringt.

Der Großteil der 120 bearbeiteten Entscheidungen (etwa 2/3) weisen bis auf die Grundthematik „Befunderhebungsfehler“ wenige bzw. keinerlei Gemeinsamkeiten auf. Aber – und das erscheint wichtiger und rechtfertigt die vorliegende Untersuchung auch methodologisch – es zeigt sich auch, dass gewisse Krankheiten und ihre Fehlbehandlung in der prozessualen Auseinandersetzung gehäuft aufgetreten sind. So gibt es zum Beispiel eine Vielzahl an Entscheidungen zu falsch und unvollständig ausgewerteten Röntgenbildern, ebenso wie zu nicht erkannten Rötelerkrankungen oder Thrombosen. Im folgenden Abschnitt soll deshalb anhand dieser Entscheidungen untersucht werden, ob die Gerichte in ähnlich gelagerten Fällen zu einer entsprechend vergleichbaren Rechtsansicht gelangt sind.

1. Röntgenfälle

Es wird kritisiert, dass es bei nicht erkannten und deshalb nicht behandelten Frakturen geradezu typisch zu Wertungswidersprüchen komme,¹¹⁴ da regelmäßig die Beweislastumkehr wegen eines Diagnosefehlers an eine unterlassene Befunderhebung angeknüpft werde.¹¹⁵ Im Falle von Frakturen würden die klinischen Symptome häufig nicht als Anzeichen für eine Fraktur erkannt oder die Hinweise auf der Röntgenaufnahme übersehen. Bei Frakturen bestünde jedoch nahezu immer die Möglichkeit, weitere Befunde zu erheben, um ihr Vorliegen zu überprüfen. Das Nichterheben solcher Befunde werde als Behandlungsfehler bewertet. In Kenntnis des späteren Verlaufs werde der Sachverständige nahezu zwangsläufig zu dem Schluss gelangen, dass bei der zu fordernden Befunderhebung die Fraktur entdeckt worden wäre, schließlich hatte sich der Ver-

¹¹¹³ BGH, NJW 2003, 2827 (2828).

¹¹¹⁴ Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 154.

¹¹¹⁵ Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 152.

dacht im weiteren Verlauf bestätigt. Ebenso zwangsläufig werde die Nichtbehandlung einer erkannten Fraktur immer einen groben Behandlungsfehler zur Folge haben.¹¹⁶

Zwar ist die Befürchtung logisch und berechtigt, allerdings hat sie die Auswertung der Urteile nicht bestätigt. In 12 Entscheidungen haben sich die Gerichte mit dem Problem der unrichtigen und/oder unvollständigen Auswertung von Röntgenaufnahmen beschäftigt. In 7 Fällen wurde der Behandlungsfehler vom Gericht als Befunderhebungsfehler eingestuft, in 4 Fällen als Diagnosefehler und in einer weiteren Entscheidung konnte noch nicht einmal ein Behandlungsfehler festgestellt werden.

Nur im „Adenokarzinom“ – Fall (der freilich mittlerweile zum Klassiker avanciert ist) ist nach hier vertretener Ansicht fraglich, ob die Einordnung der Pflichtverletzung als Diagnosefehler korrekt ist:

Der BGH qualifizierte den Fehler nicht als Befunderhebungsfehler, sondern als Diagnoseirrtum. Ein Befunderhebungsfehler sei gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen werde. Der Diagnoseirrtum setze dahingegen voraus, dass der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiere und deswegen nicht die aus der berufsfachlichen Sicht gebotenen therapeutischen oder diagnostischen Maßnahmen ergreife.¹¹⁷ Da der Beklagten vorgeworfen werde, der Anästhesist habe die auf dem Röntgenbild auch für ein ungeübtes Auge ohne weiteres erkennbare, abklärungsbedürftige Verdichtung nicht erkannt und deshalb die differentialdiagnostische Ursachenabklärung unterlassen, handele es sich vorliegend in erster Linie um eine Fehlinterpretation des erhobenen Befundes, also einen Diagnosefehler. Dieser werde aber nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung weitere Befunde zu erheben gewesen wären.¹¹⁸

Ebenso (und auf dieses Argument lässt sich die Kritik an diesen Überlegungen des BGH kondensieren) könnte jedoch überlegt werden, ob die Röntgenaufnahme überhaupt einen Befund darstellt, da die Aufnahme ohne die gebotene Auswertung ja lediglich ein Untersuchungsmedium darstellt.¹¹⁹ Vorliegend habe der Arzt den Rundherd gar nicht gesehen

1116 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 154.

1117 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1672 f.).

1118 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1672 f.).

1119 Voigt, MedR 2011, 648 (650).

und somit das Röntgenbild auch nicht befunden. Eine Fehlinterpretation eines Befundes (nach der vom BGH in dieser Entscheidung selbst aufgestellten Definition¹¹²⁰) könne somit nicht angenommen werden. Das Nichtreagieren auf den Rundherd stelle daher definitionsgemäß einen Befunderhebungsfehler dar.¹¹²¹ Zwar betrifft die Entscheidung nicht das Nichterkennen einer Fraktur; das Problem der fehlerhaften Auswertung und der daraufhin unterlassenen weiteren Befunderhebung hat sie jedoch mit derartigen Fällen gemein. Die zitierte Entscheidung ist jedenfalls das einzige Urteil zu einem falsch ausgewerteten Röntgenbild, das tatsächlich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten beinhaltet (erster veröffentlichter Röntgenfall OLG Köln, Urteil vom 18.4.1990 – 27 U 171/89¹¹²²). Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass es sich hierbei um eine der komplexesten und strittigsten Entscheidungen zur Abgrenzung des Diagnose- vom Befunderhebungsfehler, die überhaupt getroffen wurden, handelt und die Abgrenzung nochmals dadurch erschwert wird, dass der Rundherd ein Zufallsfund eines Anästhesisten zur Feststellung der Narkosefähigkeit war. Somit stellt die Entscheidung einen Spezialfall dar, der nicht stellvertretend für die Röntgenfälle ist.

In drei weiteren Entscheidungen bewerteten die Oberlandesgerichte bzw. der BGH die Falschauswertung des Röntgenbildes konsequenterweise als Diagnosefehler, da das vorhandene Röntgenbild für eine sachgerechte Diagnostik ohne weiteres genügt hätte, wobei jeweils nur ein einfacher Diagnosefehler angenommen wurde.^{1123 1124 1125}

Bei den als Befunderhebungsfehler bewerteten Behandlungsfehlern hätte in einer Entscheidung nach Ansicht des Gerichts aufgrund eines auf dem Röntgenbild erkennbar herausstehenden Marknagels eine weitere Befundung erfolgen müssen.¹¹²⁶ Eine abschließende Diagnostik war lediglich anhand der Röntgenaufnahme nicht möglich, weshalb eine weitere Befundung nötig gewesen wäre.¹¹²⁷

¹¹²⁰ BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1672).

¹¹²¹ Voigt, MedR 2011, 648 (650).

¹¹²² OLG Köln, VersR 1991, 930.

¹¹²³ OLG Koblenz, VersR 2006, 1547.

¹¹²⁴ BGH, NJW 2008, 1381 (1382).

¹¹²⁵ OLG Hamm, VersR 2016, 926.

¹¹²⁶ BGH, NJW 1991, 748.

¹¹²⁷ BGH, NJW 1991, 748 (749).

Auch bei einer weiteren Entscheidung war der Röntgenbefund derart unklar, dass für eine gesicherte Diagnose weitere Befunderhebungen geboten gewesen wären.¹¹²⁸

Bei zwei weiteren Entscheidungen wurde trotz des Frakturverdachts überhaupt kein Röntgenbild angefertigt¹¹²⁹ bzw. erfolgte die Anfertigung einer Röntgenaufnahme erst zwei Wochen nach dem Unfall.¹¹³⁰

In einem weiteren Röntgenfall wurde dem Arzt vorgeworfen, ein erkennbares Sudeck-Syndrom auf dem Röntgenbild nicht erkannt zu haben.¹¹³¹ Der BGH wertete das nicht als Diagnoseirrtum, da es nicht um die Fehlinterpretation erhobener Befunde gehe, sondern um die Frage, ob es grob fehlerhaft unterlassen wurde, einer sich aufdrängenden Verdachtsdiagnose durch übliche Befunderhebungen nachzugehen.¹¹³² Allerdings sah der BGH in diesem Verstoß keinen groben Behandlungsfehler, so dass es bei der Beweislast des Klägers geblieben war.¹¹³³

Schließlich wurden den Klägern lediglich in vier Röntgenbildentscheidungen eine Beweislastumkehr zugesprochen, wobei zwei auf einem einfachen Befunderhebungsfehler^{1134 1135} und zwei auf einem groben Befunderhebungsfehler^{1136 1137} beruhten.

In zwei Entscheidungen wurde die Beweislastumkehr trotz eines einfachen Befunderhebungsfehlers abgelehnt,^{1138 1139} in einer weiteren argumentierten die Richter, dass eine frühere Erkennung der Krankheit den Verletzungserfolg nicht verhindert hätte.¹¹⁴⁰ In einem Fall wurde trotz einer Hüftkopfnekrose schon gar kein Behandlungsfehler gesehen.¹¹⁴¹

Die Auswertung der Urteile, denen das Problem einer falschen oder ungenügenden Auswertung von Röntgenbildern zugrunde liegt, zeigt,

1128 OLG Koblenz, MedR 2009, 231.

1129 BGHZ 159, 48 = NJW 2004, 2011.

1130 OLG Köln, VersR 1991, 930.

1131 BGH, NJW 1993, 2375 (2376).

1132 BGH, NJW 1993, 2375 (2377).

1133 BGH, NJW 1993, 2375 (2377).

1134 OLG Koblenz, MedR 2009, 231.

1135 BGHZ 159, 48 = NJW 2004, 2011.

1136 BGH, NJW 1991, 748.

1137 OLG Hamm, RDG 2016, 130.

1138 BGH, NJW 1993, 2375.

1139 OLG Koblenz, VersR 2015, 454.

1140 OLG Köln, VersR, 1991, 930.

1141 OLG Oldenburg, VersR 1998, 636.

dass die Befürchtung, durch den Befunderhebungsfehler könnte es bei nicht erkannten und deshalb nicht behandelten Frakturen in besonderem Maße zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Haftungsrisiken zu Lasten der Ärzte kommen, zwar berechtigt zu sein scheint. Diese Sorge findet sich in der Praxis jedoch nicht wieder. Selbst ein Befunderhebungsfehler hat nicht zwangsläufig eine Beweislastumkehr zur Folge.

Zur Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnoseirrtum bei Röntgenfällen bewährt sich in diesem Fall als Leitsatz wohl am besten die Argumentation des OLG Koblenz: Genügt das angefertigte Röntgenbild für eine sachgerechte Diagnostik, ist dem Arzt ein Diagnosefehler vorzuwerfen, da es in diesem Fall der Erhebung weiterer Befunde nicht bedurfte hätte.¹¹⁴² (Diese Formel kann auch den strittigen Fall des BGH zum Adenokarzinom lösen.)

2. Thrombosefälle

Auch mit nicht erkannten oder falsch behandelten Thrombosen mussten sich die Gerichte häufiger beschäftigen. Acht Entscheidungen wurden zu dieser Thematik veröffentlicht. Häufigstes Problem in Zusammenhang mit Thrombosen ist, dass Ärzte trotz der geschilderten Symptome keine oder zu spät Befunde (meist Sonographie und Phlebographie) erheben, durch die eine Thrombose ausgeschlossen hätte werden können. Obwohl sich der BGH nur einmal mit einem „Thrombosefall“ beschäftigen musste,¹¹⁴³ bewerten die Gerichte die Nichterhebung derartiger Befunde übereinstimmend als groben Befunderhebungsfehler. Dementsprechend kam es in sämtlichen Verfahren, bei denen eine fehlerhafte Befunderhebung festgestellt werden konnte, zu einer Beweislastumkehr zu Gunsten der Patienten.^{1144 1145 1146 1147 1148}

¹¹⁴² OLG Koblenz, VersR 2006, 1547 (1548).

¹¹⁴³ BGH, VersR 2014, 374.

¹¹⁴⁴ OLG Hamm, VersR 1990, 660.

¹¹⁴⁵ OLG Oldenburg, VersR 1994, 1241.

¹¹⁴⁶ OLG Oldenburg, VersR 1999, 318.

¹¹⁴⁷ OLG Stuttgart, VersR 2001, 190.

¹¹⁴⁸ BGH, VersR 2014, 374.

Lediglich in einem Verfahren konnte bereits kein ärztliches Fehlverhalten festgestellt werden.¹¹⁴⁹ Das sachverständig beratene Gericht sah bereits keinen Behandlungsfehler gegeben, da alle gebotenen Befunde erhoben worden waren.¹¹⁵⁰ Darüber hinaus bestand wegen der durchwegs negativen Testergebnisse eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass zum Zeitpunkt der Behandlung noch keine tiefe Venenthrombose vorgelegen hatte.¹¹⁵¹

Zweimal bewerteten die Gerichte das ärztliche Fehlverhalten als Diagnosefehler. Der Arzt interpretierte die vom Patienten geschilderten Beschwerden als Muskelkater, obwohl er wusste, dass sich der Patient wegen eines kurz zuvor erlittenen Arbeitsunfalls in Behandlung begab. Auch über einen Monat nach der ersten Vorstellung des Patienten rückte der Arzt von der Diagnose „Muskelkater“ nicht ab und veranlasste keine Befunderhebungen zur Abklärung eines thrombotischen Geschehens. Das Gericht hielt die Diagnose „Muskelkater“ als schlechthin unvertretbar und ging zu Gunsten des Patienten von einer Beweislastumkehr aus.¹¹⁵²

In einem weiteren Verfahren führten die Ärzte die Symptome des Patienten irrig auf eine postoperative Lymphabflusstörung zurück. Tatsächlich litt er an einer tiefen Venenthrombose. Das Gericht wertete auch diese Fehldiagnose als groben Diagnosefehler, da es nicht mehr vertretbar sei, die Darstellung des Beckenvenenbereichs als ungünstige Strömungsverhältnisse zu interpretieren und zu erkennen, dass sich im Beckenbereich ein thrombotisches Geschehen abspiele. Auch in diesem Fall erhielt der Patient die Beweislastumkehr.¹¹⁵³

Eine nicht erkannte oder fehlinterpretierte Thrombose kommt im Arthaftungsrecht vergleichsweise häufig vor. Sie kann dabei sowohl in Form eines Diagnose- als auch eines Befunderhebungsfehlers in Erscheinung treten. Unabhängig davon stellt das Fehlverhalten (bisher) jedoch immer einen groben Behandlungsfehler dar. Diese Ansicht wird hier geteilt.

1149 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073.

1150 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073 (1074).

1151 OLG Naumburg, VersR 2008, 1073 (1074).

1152 OLG Köln, VersR 1993, 190.

1153 OLG Hamm, VersR 2002, 315.

3. Röteln/Toxoplasmose

Eine spezielle Stellung nehmen die Fälle ein, in denen der Arzt eine Rötelerkrankung nicht durch Bestimmung des Titerwerts bzw. eine Toxoplasmose nicht durch Bluttest ausschließt. Die Gerichte sahen bislang bei der Feststellung der Rötelnimmunität im Hinblick auf das „große Schadensrisiko“ eine besondere Sorgfaltspflicht des Arztes.¹¹⁵⁴ Klärt der die Schwangerschaft betreuende Arzt die Rötelnimmunität der Mutter oder das Vorliegen einer Toxoplasmose nicht ab, wurde dies von den Gerichten bisher übereinstimmend als Befunderhebungsfehler gewertet.^{1155 1156 1157 1158 1159}

Die Gerichte gehen dabei sogar von einer derart hohen Sorgfaltspflicht des erstbehandelnden Arztes aus, dass sich die nachbehandelnden Stellen behandlungsfehlerfrei darauf verlassen dürfen, dass alle dahingehenden Feststellungen bereits durch den die Schwangerschaft betreuenden Arzt veranlasst wurden.¹¹⁶⁰

In derartigen Verfahren hatten sich die Gerichte darüber hinaus nicht zu einer qualitativen Bewertung des Befunderhebungsfehlers oder einer Beweislastumkehr geäußert, da das Krankheitsbild eines Kindes, dessen Mutter während der Schwangerschaft an Röteln erkrankte, überaus eindeutig ist und eine unterlassene Befunderhebung folglich nicht zu den vermeintlich „typischen“ Beweisschwierigkeiten des Patienten führt. Es bleibt festzuhalten, dass das Unterlassen der Abklärung einer Toxoplasmose bzw. die Überprüfung der Rötelnimmunität der Mutter von den Gerichten bisher übereinstimmend als Befunderhebungsfehler gewertet wurde.

Dennoch hat die Rechtsprechungsentwicklung zu Behandlungsfehlern mit Rötelnbezug eine interessante wie auch paradoxe Entwicklung genommen:

In der ersten Entscheidung mit Rötelnbezug vom 19.12.1985 hat das OLG Düsseldorf wegen einer unterlassenen Immunitätsbestimmung

1154 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414.

1155 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414.

1156 OLG Koblenz, VersR 1992, 359.

1157 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

1158 OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426.

1159 OLG Düsseldorf, VersR 1992, 494.

1160 OLG Celle, VersR 1990, 1012.

trotz des Rötelnverdachts der Mutter einen Befunderhebungsfehler angenommen und eine Haftung des Arztes bejaht.¹¹⁶¹

In seiner Entscheidung vom 21.11.1988 stellte das OLG Hamm im Unterlassen der Feststellung der Rötelnimmunität einen groben Behandlungsfehler fest. Dennoch lehnte es eine Haftung des Beklagten mit der Begründung ab, dass der Klägerin (Mutter des Kindes) kein haftungsbegründender Schaden entstanden ist. Gemäß § 218 a II Nr.1 StGB a. F. war ein Schwangerschaftsabbruch für die Schwangere nur straffrei, wenn nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprachen, dass das Kind infolge schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung leiden würde, die so schwer wiege, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden könne.¹¹⁶² Stelle sich nun nach der Geburt heraus, dass die Belastung der Mutter durch das Haben des Kindes nicht über das hinausgeht, was die Rechtsordnung im Interesse des Lebens des Kindes jeder Mutter zumutet, dann ist aus dem Fehlverhalten des Arztes kein von ihm abzunehmender Schaden der Mutter entstanden. In Würdigung dieses rechtlichen Ansatzes könne keine derartige Gesundheitsbeeinträchtigung des Kindes festgestellt werden, dass höherwertige Interessen der Klägerin unabewislich wären. Die Sachverständigen schätzten die Gesundheitsschäden als mittelschwer ein, ferner sei die Klägerin zum Zeitpunkt der Geburt noch verheiratet gewesen. Außerdem habe sie nichts dazu vorgetragen, dass die Mehrbelastungen, die für sie durch den Gesundheitszustand entstanden sind, außerordentlich und so schwerwiegend sind, dass dahinter das Lebensrecht zurücktreten müsse.¹¹⁶³

Das Oberlandesgericht Koblenz sprach der Mutter eines rötelgeschädigten Kindes in seinem Urteil vom 26.2.1991 hingegen wieder den höheren Versorgungsaufwand zu, da sie glaubhaft vorgetragen hatte, dass sie nach gehöriger Aufklärung über mögliche Schädigungen das Kind abgetrieben hätte.¹¹⁶⁴

Das Oberlandesgericht Karlsruhe ging in seiner Entscheidung vom 20.6.2001 sogar noch einen Schritt weiter. Das Gericht wertete das Fehlverhalten der Beklagten als groben Befunderhebungsfehler. Die Mutter

1161 OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414 (414 ff.).

1162 OLG Hamm, VersR 1989, 1263 (1263 f.).

1163 OLG Hamm, VersR 1989, 1263 (1264).

1164 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (360).

trug vor, sie hätte das Kind abgetrieben, hätte sie die Behinderung gekannt. Das Gericht führte aus, dass der Mutter eine Beweislastumkehr zugesprochen werden müsse, weshalb angenommen wurde, dass der Behandlungsfehler ursächlich für die Geburt des schwer geschädigten Kindes war.¹¹⁶⁵

Danach sei davon auszugehen, dass a) eine korrekte Befunderhebung zur Empfehlung einer pränatalen Diagnostik geführt hätte, b) die Klägerin dieser Empfehlung gefolgt wäre, c) eine fetale Infektion festgestellt worden wäre, d) der Klägerin zu einem Schwangerschaftsabbruch geraten worden wäre und e) sie sich hierzu entschlossen und diesen durchgeführt hätte.¹¹⁶⁶ Zwar sei die Situation insgesamt unklar, allerdings müssten diese Unsicherheiten wegen der Beweislastumkehr zu Lasten des Beklagten gehen.¹¹⁶⁷ Die Berufung des Beklagten wurde daraufhin abgewiesen. Der BGH hatte die Revision des Beklagten durch Beschluss vom 7.5.2002 – VI ZR 263/01 – nicht angenommen.¹¹⁶⁸

Nach Ansicht des Verfassers verkennt das Berufungsgericht, dass sich eine Beweislastumkehr lediglich auf die Beweisprobleme hinsichtlich der Ausführungen zu a) – d) erstreckt; auf Zweifel an der tatsächlichen Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs kann die Beweislastumkehr hingegen nicht ausgeweitet werden, da es diesbezüglich nicht zu den auf die unterlassene Befunderhebung zurückzuführenden Beweisschwierigkeiten gekommen ist.

Der BGH begründet die Beweislastumkehr damit, dass durch den Behandlungsfehler ein Aufklärungsserschwernis des Ursachenzusammenhangs hineingetragen wird.¹¹⁶⁹ Der Beweis der Klägerin, sie hätte bei Kenntnis der Behinderung die Schwangerschaft abgebrochen, ist jedoch nicht dadurch erschüttert, dass der Arzt Befunde nicht erhoben hat und es deswegen tatsächlich nicht zu einem Schwangerschaftsabbruch gekommen ist. Die Beweislastumkehr ist ein Ausgleich dafür, dass der Arzt in besonders hohem Maß Verantwortung dafür trägt, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsverlaufs nicht zur Verfügung

¹¹⁶⁵ OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426.

¹¹⁶⁶ OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

¹¹⁶⁷ OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426 (1427).

¹¹⁶⁸ OLG Karlsruhe, VersR 2002, 1426.

¹¹⁶⁹ BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 = VersR 1982, 1193, 1195.

stehen.¹¹⁷⁰ Mit Abschluss des Behandlungsschritts d) ist die Behandlung jedoch in jedem Fall zunächst beendet. Die Entscheidung der Mutter, ob sie die Schwangerschaft fortführen wird oder nicht, ist nicht Teil der ärztlichen Behandlung. Darüber hinaus sind an das Beweismaß über die tatsächliche Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs keine übermäßigen Anforderungen zu setzen. Wie das OLG Koblenz bereits entschieden hat, sollte richtigerweise eine Glaubhaftmachung des Schwangerschaftsabbruchs genügen.¹¹⁷¹

Ferner ist der Schwangerschaftsabbruch nicht zum Primärschaden zu zählen und unterliegt daher ohnehin nicht der Beweislastumkehr. Der Primärschaden der Klägerin ist vorliegend darin zu sehen, dass keine pränatale Diagnostik vorgenommen werden konnte. Der Sekundärschaden ist die verlorene Möglichkeit, über einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden zu können. Der Schwangerschaftsabbruch ist dann erst die Folge aus dem Sekundärschaden und somit sozusagen ein „Tertiärschaden“.

Die Ausweitung der Beweislastumkehr auf einen Schwangerschaftsabbruch ist nach hier vertretener Ansicht daher weder nötig, noch mit der Begründung der Beweislast vereinbar.

4. Unterlassen der serologischen Abklärung von Flüssigkeit/ Arthroskopie

Immerhin fünf Mal mussten sich die Gerichte mit einer unterlassenen serologischen Abklärung von Körperflüssigkeit beschäftigen.

Liegt der Verdacht einer Entzündung nahe, hat der Arzt, wenn keine risikoärmere Behandlung zur Abklärung eines Entzündungsherds zur Verfügung steht, immer eine Punktionsdurchzuführen. Eine verspätete Punktions oder gar ihr Unterlassen werden von den Gerichten immer als Befunderhebungsfehler gewertet. Bereits in seiner Entscheidung vom 14.10.1958 hat der BGH wegen einer unterlassenen bakteriologischen Untersuchung eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Patientin ange-

1170 BGHZ 85, 212 (217f.) = NJW 1983, 333 (334) = VersR 1982, 1193 (1195).

1171 OLG Koblenz, VersR 1992, 359 (360).

nommen.¹¹⁷² Auch in zwei weiteren Fällen handelte es sich um einen groben Befunderhebungsfehler.¹¹⁷³ ¹¹⁷⁴

Ferner ließ es ein OLG einmal dahingestellt, ob die unterlassene Befunderhebung einen einfachen oder groben Behandlungsfehler darstellt, da auch nach der Rechtsprechung zum einfachen Befunderhebungsfehler eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten auszusprechen war.¹¹⁷⁵ In einem weiteren Fall ging der BGH von einem einfachen Befunderhebungsfehler aus. Er lehnte jedoch eine Beweislastumkehr mit der Begründung ab, dass auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht hinreichend wahrscheinlich sei, dass eine Erregerbestimmung ein reaktionspflichtiges, positives Ergebnis erbracht hätte, dessen Verkennung sich als fundamental fehlerhaft darstelle.¹¹⁷⁶

Das Unterlassen der serologischen Überprüfung von Körperflüssigkeiten stellt nach alledem immer mindestens einen einfachen Befunderhebungsfehler dar.

5. Hirn- und Herzerkrankungen

Des Weiteren beschäftigen sich eine Vielzahl von Urteilen mit der Behandlung von Hirn- und Herzerkrankungen. Beiden Krankheitsbildern ist gemein, dass häufig das zentrale (juristische) Problem die Feststellung der Gebotenheit und Erforderlichkeit der Befunderhebung ist bzw. die Vertretbarkeit der Diagnose im Vordergrund steht.

So kann die verzögerte Auswertung eines EKGs bei einer 28-jährigen Patientin trotz Beschwerden im Brustbereich behandlungsfehlerfrei sein, da ein EKG aufgrund des jungen Alters und der extremen Seltenheit eines Herzinfarkts bereits nicht veranlasst gewesen ist,¹¹⁷⁷ während bei einem 30-jährigen Patienten das Unterlassen einer halbjährigen EKG-Kontrolle wegen der zuvor erfolgten Verschreibung von Amisulprid ein einfacher Befunderhebungsfehler ist.¹¹⁷⁸ Dementsprechend häufig geht es bei

¹¹⁷² BGH, JR 1959, 63.

¹¹⁷³ OLG Celle, VersR 1985, 1047.

¹¹⁷⁴ OLG Köln, VersR 1992, 1003.

¹¹⁷⁵ OLG Stuttgart, VersR 1998, 1550.

¹¹⁷⁶ BGH, NJW 2001, 2792 (2793).

¹¹⁷⁷ OLG München, VersR 1995, 417.

¹¹⁷⁸ BGH, NJW 2015, 1601.

diesen Fällen um die Frage, ob eine weitere Befunderhebung (meist EKG) geboten gewesen wäre und wie der Befund, wäre er erhoben worden, ausgesehen hätte.¹¹⁷⁹ ¹¹⁸⁰ ¹¹⁸¹ ¹¹⁸² ¹¹⁸³

Ebenso ergeben sich Probleme im Bereich der Diagnostik. So kann bei Magen- und Herzschmerzen die Diagnose einer Viruserkrankung durchaus noch vertretbar sein, doch führt dies unweigerlich zu der Folgefrage, ob nicht dennoch eine genauere Abklärung durch die Erhebung weiterer Befunde erfolgen müssen.¹¹⁸⁴ Darüber hinaus kann sich die Feststellung des Kausalzusammenhangs als überaus schwierig darstellen.¹¹⁸⁵

Ein wiederkehrender Haftungsanknopfungspunkt im Zusammenhang mit Hirnerkrankungen ist die unterlassene und verspätete Anfertigung bildgebender Befunde. Bei einem Verdacht auf ein ischämisches Geschehen macht ein dahingehender Befunderhebungsfehler grundsätzlich eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten möglich.¹¹⁸⁶ ¹¹⁸⁷ ¹¹⁸⁸ Fällt das Geschehen in die Kategorie des Befunderhebungsfehlers kann die Haftung des Arztes nur noch durch die mangelnde Feststellbarkeit des Kausalzusammenhangs vermieden werden.¹¹⁸⁹ Eine unterlassene Aufklärung über die Dringlichkeit der Untersuchung wird hingegen als Aufklärungsfehler bewertet, so dass die vom Patienten zu nehmende Haftungshürde entsprechend höher ist.¹¹⁹⁰

Ebenso kommt es häufig vor, dass das ischämische Geschehen aufgrund einer falschen Diagnose zunächst im Verborgenen bleibt. Dabei stellt es einen groben Diagnosefehler dar, wenn der Facharzt für Neurologie trotz Sprachstörungen und Taubheitsgefühl im rechten Arm eine

1179 OLG Köln, VersR 2004, 1459.

1180 BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

1181 OLG München, NJW-RR 2006, 33.

1182 BGH, NJW 2004, 1871.

1183 OLG München, NJW-RR 2006, 33.

1184 BGH, NJW 2011, 3441.

1185 OLG Köln, VersR 2013, 1313.

1186 OLG Koblenz, VersR 2013, 111.

1187 BGH, NJW 2011, 2508.

1188 BGH, NJW 1999, 862.

1189 OLG Köln, MedR 2016, 434.

1190 OLG Köln, VersR 2015, 1173.

komplizierte Migräne diagnostiziert.¹¹⁹¹ Ein als HWS-Syndrom bewerteter Hirninfarkt im hinteren Stromgebiet stellt jedoch aufgrund der Schwierigkeit der Diagnose und der untypischen Symptome lediglich einen einfachen Diagnosefehler dar.¹¹⁹²

Bei einem Zusammentreffen eines Bandscheibenvorfalls und eines Schlaganfalls fehlt es gar gänzlich an einem Behandlungsfehler, wenn der Arzt aufgrund der Symptome einen Bandscheibenvorfall vermutet, sich die Verdachtsdiagnose bestätigt und im Zuge dessen ein zeitgleich ablaufender Schlaganfall nicht erkannt wird.¹¹⁹³

Typisches Problem von Herz- und Hirnerkrankungen ist die Gebotenheit und Erforderlichkeit der Befunderhebung sowie die Vertretbarkeit der Diagnose. So ist es bei einem älteren Patienten in der Regel eher geboten, bei Bruststechen ein EKG anzufertigen als bei einem jungen Patienten, wobei Vorerkrankungen und Risikofaktoren entsprechend zu berücksichtigen sind.

6. Schwangerschaftsfälle

Ebenso konnte bei der Auswertung der Entscheidungen mit Bezug zu Schwangerschaften festgestellt werden, dass sowohl die ärztliche Betreuung der Schwangerschaft wie auch die Geburt selbst erhebliche Fehlerquellen beinhalten, wobei insbesondere unter Einbeziehung der Röteln- und Toxoplasmosefälle auffällt, dass die Zahl der Haftungsfälle auf diesem Gebiet in den letzten Jahren kontinuierlich zurück gegangen ist.

Zweimal mussten die Gerichte den Fall bewerten, bei dem es der Arzt während der Betreuung der Geburt unterlassen hatte, Flüssigkeiten bakteriologisch abzuklären. In beiden Fällen nahmen die Gerichte einen einfachen Befunderhebungsfehler an, lehnten jedoch jeweils eine Beweislastumkehr mit der Begründung ab, dass ein positives Befundergebnis nicht hinreichend wahrscheinlich war, da sich die Keime bzw. Bakterien ebenso auch erst später entwickelt haben hätten können.^{1194 1195}

¹¹⁹¹ OLG München, VersR 2005, 657.

¹¹⁹² OLG Köln, VersR 2015, 493.

¹¹⁹³ OLG München, VersR 2007, 652.

¹¹⁹⁴ OLG Köln, VersR 2004, 247.

¹¹⁹⁵ OLG Braunschweig, VersR 2000, 454.

Verkennt der Arzt jedoch eine krankhafte Mangelentwicklung des Fötus, weil sich die Ultraschalluntersuchungen auf die Kopf- und Steißlage des Kindes beschränkten,¹¹⁹⁶ oder bemerkt er mangels dahingehender Untersuchungen eine sich anbahnende Gestose nicht,^{1197 1198 1199} ist dies mindestens ein einfacher Befunderhebungsfehler und hat eine Beweislastumkehr zur Folge. Dahingehend stellte das Unterlassen einer sonographischen Eignungsuntersuchung nach der 36. Schwangerschaftswoche nach den 1990 geltenden Mutterschaftsrichtlinien keinen Behandlungsfehler dar.¹²⁰⁰ Ebenso gehört eine kontinuierliche CTG-Kontrollmessung nicht zu den erforderlichen Befunden während des Geburtsvorgangs.¹²⁰¹

Bei der postnatalen Nachsorge stellt es einen einfachen Befunderhebungsfehler dar und führt zur Beweislastumkehr, wenn der Arzt das erhöhte Risiko einer Neugeborenenhypoglykämie nicht durch Blutzuckerkontrollen ausschließt.¹²⁰² Ferner ist es grob fehlerhaft, nach einer Sauerstoffbeatmung wegen der Gefahr einer Netzhautablösung keine augenärztliche Untersuchung anzurufen¹²⁰³ oder einen bei der U 6 über der 97er Perzentile liegenden Kopfumfang nicht auf den Grund zu gehen.¹²⁰⁴ Wie gewohnt hat ein verlorener Befundträger auch bei „Schwangerschaftsfällen“ im Zweifel eine Beweislastumkehr zur Folge.¹²⁰⁵

7. Fachübergreifende Fälle

Als haftungsrechtlich besonders problematisch stellen sich Fälle dar, bei denen dem (Fach-) Arzt ein Behandlungsfehler aus einem anderweitigen Fachbereich vorgeworfen wird. Es stellt sich die Frage, ob beim Vorliegen fachspezifischer Symptome von einem Arzt für Allgemeinmedi-

1196 OLG Oldenburg, VersR 1993, 229.

1197 BGHZ 129, 6 = NJW 1995, 1611.

1198 OLG Celle, VersR 2009, 500.

1199 BGH, NJW 2016, 1447.

1200 BGH, NJW 2004, 1452.

1201 BGH, VersR 1989, 80.

1202 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200.

1203 OLG Hamm, VersR 1996, 756.

1204 OLG Oldenburg, VersR 1999, 1423.

1205 OLG Düsseldorf, VersR 2004, 792.

zin oder einem Facharzt eines anderen Gebiets derselbe Sorgfaltsmäßigstab verlangt werden kann, wie bei einem in diesem Fachgebiet ausgebildeten Facharzt.

Das OLG Hamm hat in seinem Urteil vom 21.11.1988 dieses Problem erkannt. Die Patientin stellte sich beim Beklagten zu 1 wegen Juckreiz vor. Sie wurde nicht auf eine Rötelnerkrankung hin untersucht. Zu dieser Zeit war die Patientin bereits unbekannt schwanger. Auch der Beklagte zu 2, der mit der Schwangerschaft betraute Frauenarzt, unterließ eine Rötelndiagnostik. Das Kind wies bei der Geburt die typischen Merkmale einer Rötelembryopathie auf.¹²⁰⁶ Das OLG stellte klar, dass sich bei einem praktischen Arzt unter diesen Umständen allenfalls ein leichtes Diagnoseversäumnis ergebe, weshalb kein grob fehlerhaftes Unterlassen angenommen werden könne.¹²⁰⁷ Das Versäumnis des Beklagten zu 2 bewertete das OLG hingegen als groben Behandlungsfehler.¹²⁰⁸

Ebenso sah es das OLG Nürnberg nicht als behandlungsfehlerhaft an, dass der Beklagte, ein Spezialist für Bandscheibenoperationen, den Patienten wegen Beschwerden im Lendenwirbelsäulenbereich nicht auf ein Rektumkarzinom hin untersuchte.¹²⁰⁹

Auf das ähnliche Problem traf der BGH im „Adenokarzinom“ – Fall. Zwar berücksichtigte der BGH in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich, dass es sich bei dem Arzt um einen Facharzt für Anästhesie und eben nicht für Radiologie handelte, allerdings führte er mit Nachdruck aus, dass unter den gegebenen Umständen kein grober Diagnosefehler angenommen werden kann.¹²¹⁰

Das OLG München bejahte hingegen die Haftung eines Facharztes für Allgemein- und Sportmedizin wegen einer übersehenen ausgeprägten degenerativen Diskopathie in der Lendenwirbelsäule. Gleichwohl stellte jedoch auch das OLG fest, dass ein Facharzt für Allgemein- und Sportmedizin aufgrund der Symptome zunächst eine orthopädische Erkrankung in Betracht ziehen durfte. Eine Haftung des Beklagten wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers nahm es in der Folge auch nur an, weil es der Beklagte selbst nach vier Jahren ohne Besserung der Beschwer-

1206 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

1207 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

1208 OLG Hamm, VersR 1989, 1263.

1209 OLG Nürnberg, VersR 1993, 104.

1210 BGHZ 188, 29 (37 f.) = NJW 2011, 1672 (1672 f.).

den unterließ, weitere Befunde zu erheben oder den Patienten wenigstens an einen Facharzt zu überweisen.¹²¹¹

Konsequenterweise orientiert sich die vom Arzt geforderte Sorgfalt auch an seinem fachspezifischen Tätigkeitsbereich, denn selbstverständlich kann von dem jeweiligen Facharzt aufgrund seiner Zusatzausbildung wie auch eines größeren Erfahrungsschatzes eine gezieltere und bessere Behandlung erwartet werden, als von einem Allgemeinmediziner oder einem Facharzt eines sachfremden Fachgebiets. Dementsprechend ist die fachspezifische Qualifikation bei der Bewertung des Behandlungsgeschehens, insbesondere bei der qualitativen Einordnung des Fehlverhaltens, richtigerweise zu berücksichtigen.

1211 OLG München, RDG 2012, 31.

5. Kapitel: Stellungnahme

Nachfolgend sollen Überlegungen aufgestellt werden, wie es zu den anfänglichen Irrungen und Wirrungen beim Befunderhebungsfehler kommen konnte, inwieweit das Haftungssystem unweigerlich zu kaum lösbarsten Problemen führt und (subjektive) Ungerechtigkeiten fördert, sowie, ob ein Wechsel des Haftungssystems eine Alternative zur Fallgruppe des Befunderhebungsfelhlers sein könnte.

I. Begründungsversuche und Kritik an der Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers

Die schwierige und langwierige Entwicklung wie auch die geäußerte Kritik am Befunderhebungsfehler sind auf viele Gründe zurückzuführen. Zum einen ist es schier unmöglich, jeden potenziellen Lebenssachverhalt zweifelsfrei auf die Regelungen des Arzthaftungsrechts zu übertragen. Die ärztliche Heilbehandlung wird aufgrund der Individualität des Menschen immer neuen Besonderheiten, Fehlerquellen wie auch positiven und negativen „schicksalhaften Verläufen“ ausgesetzt sein. Eine flexible Handhabung der tatbestandlichen Voraussetzungen ist daher unausweichlich. Zum anderen kann über die Kausalität des Behandlungsfehlers für den Schaden aufgrund der „Fehlerquelle Mensch“ ohnehin nur spekuliert werden. Eine absolute Gewissheit ist nur in den seltensten Fällen – und gerade diese sind in aller Regel Teil der gerichtlichen Praxis – zu erlangen.

Zur Feststellung der Kausalität wird der geschädigte Patient im Arzthaftungsprozess in Relation zu einer Vergleichsgruppe gesetzt, um schließlich durch die Auswertung tausender Behandlungsverläufe unterschiedlichster Individuen auf das wahrscheinliche „Schicksal“ des einzelnen Patienten schließen zu können. Dass Statistiken über die Bewertung der Gesundheit eines Menschen nur selten zweifelsfrei ausgewertet und beliebig übertragen werden können, liegt dabei auf der Hand. Wie sollte es auch anders sein, lassen sich schließlich noch nicht einmal das Ausmaß und die Folgen eines Körperschadens regelmäßig zweifelsfrei beifassen, sondern nur durch Erfahrungswerte und subjektive Abwägung schätzen.

Der BGH selbst führt zu dieser Problematik aus, dass Behandlungsfehler in der Praxis häufig anzutreffen seien.¹²¹² Grund dafür sei, dass die Symptome der Erkrankung nicht immer eindeutig sind, sondern trotz der vielfachen technischen Hilfsmittel auf verschiedenste Ursachen hinweisen können.¹²¹³ Insbesondere eine falsche Diagnose sei dementsprechend oft nicht Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes,¹²¹⁴ sondern der Mehrdeutigkeit der Symptome einer Krankheit und der

1212 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

1213 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

1214 BGH, VersR 1981, 1033 (1034).

Schwierigkeit der Diagnosestellung geschuldet.¹²¹⁵ Außerdem können wegen der Unterschiedlichkeit des menschlichen Organismus die Anzeichen ein und derselben Krankheit bei jedem Menschen eine andere Ausprägung aufweisen.¹²¹⁶ Der BGH gibt damit deutlich zu verstehen, dass ihm das Problem der Spekulation und Ungewissheit im Arzthaftungsprozess sehr wohl bewusst ist, und spricht bezüglich dieser Schwierigkeit gar von „der Eigenart des Arzthaftungsprozesses“.¹²¹⁷

Der Mensch ist eben keine Maschine, bei der sich bereits durch eine Computersimulation ihre Lebensdauer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit taggenau feststellen lässt. Um dem „Störfall Mensch“ in all seinen Facetten gerecht zu werden, musste zwangsläufig eine möglichst allgemeine, auf verschiedene Sachverhalte übertragbare Lösung gefunden werden. Die dadurch gewonnene Flexibilität musste wiederum zwangsläufig zu Lasten der Rechtssicherheit gehen. Dennoch erscheint die Behauptung übertrieben, dass durch die Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler die Rechtssicherheit in Gefahr sei und gar gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen werde.¹²¹⁸

Mögen die Beweisregeln der ZPO zwar tatsächlich das Spannungsfeld zwischen Erfahrungswert, Statistik, schicksalhaften Verlauf und Beweisschwierigkeit dogmatisch nur schwer lösen können, hat das BVerfG hierzu deutlich Stellung bezogen. Es führt aus, dass die Waffengleichheit im Prozess und die gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang gebotene Erfordernisse des Gleichheitssatzes wie auch des Rechtsstaatsprinzips seien. Die Einhaltung dieser Grundsätze werde durch eine faire Handhabung des Beweisrechts, insbesondere der Beweislastregeln erreicht.¹²¹⁹ Die Verteilung der Beweislast begegne im Arzthaftungsprozess besonderen typischen Schwierigkeiten. Aufgrund der „Eigenart des Arzthaftungsprozesses“ müsse es daher zu verfassungsrechtlichen Bedenken führen, die Beweislast für ein bestimmtes Vorbringen generell einer Seite aufzubürden, die in der Regel nicht in der Lage sein kann, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Dieses Problem werde gerade durch *Beweis erleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr* ausgeglichen. Durch die

1215 Feifel, GesR 2006, 308 (308 f.).

1216 BGH, NJW 2003, 2827 (2828).

1217 BGH, NJW 1979, 1933 (1934).

1218 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 138.

1219 BVerfGE 52, 131 (145) = NJW 1979, 1925.

Rechtsprechung sei ein Instrumentarium geschaffen worden, das auch im Arzthaftungsprozess in beweisrechtlicher Hinsicht ein faires Verfahren, eine „gerechte Interessenabwägung“ ermögliche.¹²²⁰ Um diesem Erfordernis gerecht zu werden, müsse von Mal zu Mal geprüft werden, ob dem Patienten die regelmäßige Beweislastverteilung noch zugemutet werden dürfe.¹²²¹ Gleichzeitig haben die Richter jedoch die flexible Handhabung eingeschränkt und klargestellt, dass das nicht bedeute, dass die Beweislastnormen nicht generell im Voraus jeder Prozesslage bestimmt sein müssten.¹²²² Daher ergäben sich die Beweisregeln unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines gehörigen, fairen Gerichtsverfahrens, insbesondere aus dem Gebot der Waffengleichheit im Prozess und dem Erfordernis der Rechtsanwendungsgleichheit.¹²²³

Ferner ist zu bedenken, dass die Beweislastregeln lediglich ein Hilfsmittel des Richters sind, um die ihm gestellte Rechtsfrage auch im Falle eines non liquet im Sinne des materiellen Rechts zu entscheiden. Die Regeln konstituieren folglich gleichsam eine Nebenrechtsordnung, die immer erst dann zum Zuge kommt, wenn auf Grund der Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes das einschlägige materielle Recht nicht unmittelbar angewendet werden kann, doch gleichwohl in dessen Geiste eine Entscheidung gefunden werden muss.¹²²⁴

Das BVerfG hat darüber hinaus in seinem Beschluss vom 15.3.2004 – 1 BvR1591/03 – auch festgestellt, dass sich eine das Gebot der Waffengleichheit verletzende Verteilung der Beweislast nicht aus der Annahme ergebe, dass nicht nur grobe Behandlungsfehler, sondern auch eine fehlerhaft unterlassene Befunderhebung zu Beweiserleichterungen führen kann.¹²²⁵ Aus den Ausführungen des BVerfG geht hervor, dass die Beweislastregeln im Arzthaftungsprozess mit dem Grundgesetz vereinbar sind und eben nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößen. Vielmehr sieht es gerade wegen der Möglichkeit einer flexiblen Anwendung der Beweislastregeln die Rechtsstaatlichkeit gewahrt. Der Behauptung, dass durch die Beweislastregeln die Rechtsstaatlichkeit in Gefahr sei und deswegen

1220 BVerfGE 52, 131 (145) = NJW 1979, 1925.

1221 BVerfGE 52, 131 (147) = NJW 1979, 1925 (1925 f.).

1222 BVerfGE 52, 131 (147) = NJW 1979, 1925 (1925).

1223 BVerfGE 52, 131 (147) = NJW 1979, 1925 (1926).

1224 Reinhardt, NJW 1994, 93.

1225 BVerfG, NJW 2004, 2079.

die Rechtsprechung zwangsläufig eingeschränkt werden musste, kann daher zumindest übereinstimmend mit dem BVerfG kaum zugestimmt werden.

Dass die Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers jedoch zu einer gewissen Rechtsunsicherheit geführt hat, kann hingegen nicht bestritten werden. Sie ist jedoch vielmehr auf die Entwicklung und auf die allgemeine Schwierigkeit, als Bundesobergericht die eigene Rechtsansicht oder die von Instanzgerichten schnell und aktuell korrigieren zu können, zurückzuführen als auf den Befunderhebungsfehler selbst. Der BGH benötigte über 16 Jahre und vier einschneidende Änderungsversuche, um den Befunderhebungsfehler in seiner heutigen Form herauszubilden. Während der BGH zu Beginn der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers auf geäußerte Kritik und tatsächlich vorhandene Probleme jedoch nur zögerlich reagiert hatte (1982–1992), überschlügen sich die Rechtsprechungsänderungen und Korrekturen in den 90er Jahren (1992–1998). Weder Ärzte, noch Patienten, noch Rechtsanwälte und Richter konnten die Entwicklung zu dieser Zeit vorhersehen. Ein Vertrauen in die Rechtsprechung konnte sich aufgrund dieses Umstands lange Zeit nicht bilden. Vielmehr wurden die Prozessbeteiligten vom BGH regelmäßig durch neue Rechtsgrundsätze überrascht.

Nach Ansicht des Verfassers ist die „kurvige“ Entwicklung des Befunderhebungsfehlers auf die Art und Weise der allgemeinen Entwicklung des Arzthaftungsrechts zurückzuführen. Da es sich bei dem Rechtsgebiet um „Richterrecht reinsten Wassers“¹²²⁶ handelt, konnte und musste Anfangs nicht auf verbindliche Rechtssätze zurückgegriffen werden. Vielmehr musste jeder neu zu entscheidende Sachverhalt einmal mehr in das durch Kasuistik geschaffene Korsett gezwängt werden, welches anschließend an den kritischen Stellen geweitet oder geshmälert wurde. Dadurch konnte zumindest zu Beginn immer wieder ein vermeintlich interessengerechtes Ergebnis erreicht werden. Aufgrund der vielen Fehlerquellen bei der Behandlung wie auch der Unberechenbarkeit des menschlichen Körpers konnte jedoch nicht erahnt oder gar vorhergesehen werden, wie sich das Ergebnis auf künftige Verfahren auswirken wird. Durch die zunehmende Anzahl an Arzthaftungsfällen und die immer neuen Sachverhalte mussten jedoch zwangsläufig Probleme und Zweifelsfälle entstehen, weshalb Änderungen und Anpassungen der Rechtsprechung bzw.

1226 Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

eine einheitliche Linie notwendig wurden. Dementsprechend wundert es wenig, dass die Stellschrauben im Laufe der Entwicklung immer wieder neu justiert werden mussten, um die Waffengleichheit zwischen Arzt und Patient wieder herzustellen.

Zusätzlich zu den allgemeinen Entwicklungsproblemen hat der BGH durch Inkonsistenz in der Ausgestaltung der tatbestandlichen Voraussetzungen eine weitere Angriffsfläche bereitet. So ist kaum nachzuvollziehen, warum der BGH Rechtsgrundsätze („Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“) aufgestellt hat, die dann in der Folgezeit nicht herangezogen wurden und nach der ersten Anwendung durch ein Berufungsgericht (über 20 Jahre später) schließlich für nichtig erklärt wurden.

Ebenso muss hinterfragt werden, warum die für nötig gehaltene Einschränkung der Tatbestandsmerkmale von der ersten Entscheidung zum Befunderhebungsfehler bis zur Herausbildung der endgültigen Voraussetzungen über 16 Jahre in Anspruch genommen hat und der BGH bei der Konkretisierung des Tatbestands schließlich auf halber Strecke stehen geblieben ist. Auf der einen Seite hat er neue Tatbestandsvoraussetzungen geschaffen, um für vermeintlich mehr Rechtssicherheit zu sorgen, auf der anderen Seite bleibt er bis heute eine eigene Definition der Tatbestandsmerkmale schuldig und überließ als dessen Folge diese Aufgabe den Berufungsgerichten, wodurch sich der Wunsch nach Konkretisierung und Einschränkung der tatbestandlichen Voraussetzungen um weitere sechs Jahre verzögerte.

Auch eine trennscharfe und zweifelsfreie Abgrenzung des einfachen vom groben Befunderhebungsfehler ist dem BGH bis heute nicht gelungen.

Ferner ist die von den Gerichten praktizierte „Doppelabsicherung“ des Kausalzusammenhangs überaus kritisch zu sehen. Es finden sich einige Urteile, in denen die Gerichte entweder vom Kausalzusammenhang überzeugt sind und die Haftung des Arztes zusätzlich mit einer Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers begründen oder aber einen groben Fehler annehmen und zusätzlich ihre Entscheidung mit einem einfachen Befunderhebungsfehler absichern. Beide Vorgehensweisen sind weder gerechtfertigt noch zielführend. Ist das Gericht nach einer umfassenden und intensiven Beweisaufnahme von dem Kausalzusammenhang überzeugt, ist kein Platz für eine Beweislastumkehr. Die

Gerichte müssen ihre Überzeugung dann anhand der Aussagen der Sachverständigen, Gutachten, Parteieinvernahmen und Zeugenbefragungen stichhaltig und abschließend begründen. Die Beweislastregeln sind ein Hilfsmittel des Richters, um die ihm gestellte Rechtsfrage auch im Falle eines *non liquet* im Sinne des materiellen Rechts zu entscheiden. Sie kommen also immer erst dann zum Zuge, wenn auf Grund der Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes das einschlägige materielle Recht nicht unmittelbar angewendet werden kann.¹²²⁷ Ist das Gericht von der Kausalität des Fehlers für den Schaden überzeugt, verbietet sich folglich die Annahme einer Beweislastumkehr. Darüber hinaus beruht das Konstrukt der Beweislastumkehr auf Billigkeitserwägungen. Es ist ein zwar billigenswertes Interesse, den Patienten mittels der Beweislastumkehr aus seiner unver schuldeten Beweisnot zu helfen. Ist aber das Gericht von der Kausalität überzeugt, hat sich beim Patienten offensichtlich nicht das Risiko verwirklicht, wegen des Nichtvorhandenseins des Befunds die Kausalität nicht beweisen zu können. Folglich widerspricht eine Beweislastumkehr dem eigentlichen Zweck und muss daher unterbleiben.

Gleiches gilt für die unzureichende oder nicht vorgenommene Abgrenzung der Qualität des Behandlungsfehlers. So wurde in einigen Entscheidungen ein grober Behandlungsfehler angenommen und das Ergebnis zusätzlich mit einem einfachen Befunderhebungsfehler abgesichert. Ebenso haben Gerichte überhaupt nicht zwischen einfachen und groben Behandlungsfehler unterschieden. Wenn das Gericht einen groben Behandlungsfehler annimmt, sind Ausführungen dazu, dass die Beweislastumkehr auch wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers auszusprechen ist, überflüssig. Zwar sollte sich diese Praxis im Falle eines Diagnosefehlers aufgrund des inzwischen geltenden Grundsatzes der Sperrwirkung ohnehin erledigt haben. Dass diese Handhabe jedoch wie ein „Erzwingen“ des gewünschten Ergebnisses wirkt, verwundert nicht. Auch in solchen Fällen müssen die Gerichte klar Stellung beziehen und ihre Überzeugung von einem groben Fehler – mag es wegen des offenen Tatbestands auch schwierig sein – entsprechend begründen. Ist das Gericht von einem groben Behandlungsfehler überzeugt, erübriggt sich der Umweg über den einfachen Befunderhebungsfehler. Versucht sich das Gericht dennoch mittels des einfachen Befunderhebungsfehlers „abzusichern“, impliziert es damit tatsächlich nur, dass es vom Vorliegen eines groben

1227 Reinhardt, NJW 1994, 93.

Behandlungsfehlers nicht vollends überzeugt ist. Dann verbietet es sich jedoch auch, auf dessen Grundlage eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten auszusprechen. Wenn die Gerichte eine klare Positionierung vermissen lassen und dann durch den einfachen Befunderhebungsfehler die Haftung des Arztes „absichern“, werden sowohl der Sinn der Beweisfigur wie auch das Vertrauen in selbige erschüttert. Dass der einfache Befunderhebungsfehler bei einer derartigen Rechtsanwendung als weitere zu Lasten der Ärzteschaft gehende Haftungsverschiebung¹²²⁸ wahrgenommen wird, überrascht daher wenig.

1228 Schmid, NJW 1994, 767 (773).

II. Der Einfluss des Gutachters

Bei der juristischen Wertung des Behandlungsfehlers als „grob“ muss sich der Tatsächter auf tatsächliche Anhaltspunkte berufen, für die die Würdigung des medizinischen Sachverständigen mangels eigener ausreichender medizinischer Erkenntnisse nicht außer Acht gelassen werden kann.¹²²⁹ Das Ergebnis dieser Wertung muss in vollem Umfang durch die vom Sachverständigen dargelegten Fakten getragen werden und sich auf dessen medizinische Einschätzung stützen können.¹²³⁰ Zwar ist nicht bekannt, wie viele Gutachten pro Jahr auf den Bereich des Arzthaftungsrechts entfallen, fest steht jedoch, dass dem gerichtlich bestellten Sachverständigen eine zentrale Rolle im Arzthaftungsprozess zukommt.¹²³¹

Ein erfahrener Sachverständiger kann folglich auf den Prozessausgang erheblichen Einfluss nehmen, indem er bei seiner Stellungnahme die vom BGH entwickelten Begrifflichkeiten und Formulierungen meidet oder eben verwendet. Da der Richter an die Ausführungen des Sachverständigen insoweit gebunden ist, kann er den Behandlungsfehler kaum anders bewerten, will er das Risiko, in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben zu werden, vermeiden.¹²³² Dieser Umstand führt in der Praxis dazu, dass die Entscheidung über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im Arzthaftungsprozess häufig dem medizinischen Sachverständigen überlassen wird.¹²³³

Im Gegenzug stellt es einen erfahrenen Richter kaum vor Herausforderungen, den juristisch unerfahrenen Sachverständigen dazu zu bringen, die unterlassene Befunderhebung als „fehlerhaft“ zu bewerten oder die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines reaktionspflichtigen Befundes anzunehmen.¹²³⁴ Etwa jeder fünfte Humanmediziner (ohne Psychiater) gibt an, bei einem von einem Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten schon einmal eine Tendenz signalisiert bekommen zu haben.¹²³⁵ Ebenso wird es dem Richter, legt er es darauf an, ein leichtes sein, dem

1229 BGH NJW 1997, 798.

1230 BGH, NJW 2011, 2508 (2509).

1231 Scholz, VersR 2016, 625.

1232 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 300.

1233 Hausch, VersR 2003, 1489 (1496).

1234 Hausch, MedR 2012, 231, (231 f.).

1235 Jordan/ Gresser, DS2014, 71 (80).

Gutachter die Worte in den Mund zu legen, die er für seine Zwecke benötigt.¹²³⁶

Das vielleicht größte Problem ist jedoch, dass die Sachverständigen oft keine klare Kenntnis haben, wann ein grober Behandlungsfehler vorliegt. Die Unschärfe der Definition führt dazu, dass eigentlich niemand wirklich genau weiß, was ein grober Behandlungsfehler ist.¹²³⁷ Die darüber hinaus gehende Unwissenheit vieler Sachverständiger wiegt vielfach jedoch noch schwerer als die juristische Unschärfe der Definition selbst.¹²³⁸

Die ärztlichen Richt- und Leitlinien, Studien, Aufsätze und Lehrbücher besagen lediglich, dass eine negative Abweichung der Behandlung einen Behandlungsfehler darstellt. Die Quellen behandeln jedoch nicht die Frage, ob der festgestellte Fehler dem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Aus medizinischer Sicht ist eben Fehler gleich Fehler.¹²³⁹ Die medizinische Fachliteratur wie auch der sachverständige Arzt beschäftigt sich schlicht vielfach nicht mit einer qualitativen Bewertung des Fehlverhaltens, da es aus medizinischer Sicht belanglos ist, ob der Fehler grob oder einfach ist. Die juristisch notwendige graduelle Einstufung des Fehlers führt als dessen Folge vielfach zu Schwierigkeiten und gleicht wegen der mit unbestimmten Begriffen geprägten Definition einem Lotteriespiel.¹²⁴⁰

Zwar wendet Müller gegen dieses Problem ein, dass sowohl die Gerichte als auch die für die Beurteilung unentbehrlichen Sachverständigen mit der Rechtsprechung vertraut seien.¹²⁴¹ Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Zusammenspiel zwischen Tatsächter und Sachverständigen in der Praxis nicht mehr funktioniert, sobald sie nicht mehr auf Augenhöhe interagieren. Hat der Sachverständige „zu viel“ Kenntnis von dem juristischen Verfahren, kann er durch gezielte Verwendung oder Meidung gewisser Signalwörter ganz erheblichen Einfluss auf den Prozessausgang nehmen. Im Gegensatz dazu wird der Tatsächter jedoch problemlos das von ihm gewünschte Ergebnis begründen können, sobald der Sachverständige zu wenig Kenntnis von der juristischen Seite hat. In dem

1236 Mäsch, Chance und Schaden, S. 54 f.

1237 Steiner, VersR 2009, 473.

1238 Steiner, VersR 2009, 473 (474).

1239 Steiner, VersR 2009, 473 (474).

1240 Dopkeide, VersR 2007, 1050 (1051).

1241 Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

Fall ist es für den Richter tatsächlich ein leichtes, dem Gutachter die „Worte in den Mund zu legen“. Die vom BGH vorgesehene Zusammenarbeit zwischen Richter und Sachverständigen funktioniert folglich lediglich unter der Voraussetzung, dass beide Seiten über das jeweils andere Fachgebiet in etwa gleich viel Kenntnis haben und sich auf Augenhöhe begegnen. Der Prozessausgang hängt folglich stark von der Kommunikation zwischen Gericht und Sachverständigen ab.¹²⁴²

Ob der Idealzustand jedoch immer erreicht wird, ist zweifelhaft. Teilweise müssen die Sachverständigen selbst einräumen, dass sie mit der juristischen Begrifflichkeit nichts anzufangen wissen, teilweise wechseln die Sachverständigen noch während der Befragung mehrfach ihr Ergebnis.¹²⁴³ Sinnbildlich dafür steht das BGH – Urteil vom 4.10.1994 – VI ZR 205/93.¹²⁴⁴

Ebenso hat der Verfasser selbst auch schon einen Richter erlebt, der noch vor der Beweisaufnahme gegenüber den Parteien erklärte, dass er sich nun zurücklehne, da das Verfahren ja ohnehin vom Gutachter entschieden werde bzw. einen Gutachter, der auch auf die dritte Aufforderung durch Gericht und Prozessbevollmächtigte auf die Fragen des Beweisbeschlusses nicht brauchbar antworte. In derartigen Fällen kann die vom BGH vorgesehene Praxis zwangsläufig nicht zu sachgerechten und fairen Urteilen führen.

1242 Dopheide, VersR 2007, 1050 (1051).

1243 Steiner, VersR 2009, 473 (474).

1244 BGH, NJW 1995, 778.

III. Der einfache Befunderhebungsfehler – ein fairer Umgang mit der Ärzteschaft?

Die Fallgruppe des einfachen Befunderhebungsfehlers hat nicht dazu geführt, dass die Arzthaftung ausgeufert ist. In lediglich 23 von 120 bearbeiteten Urteilen haftete die Behandlungsseite wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers. Ebenso erscheint die Anwendung der Beweisfigur nicht zu einer Rechtsunsicherheit zu führen, die gar die Rechtsstaatlichkeit erschüttern würde. Vielmehr muss dem Patienten unzweifelhaft ein irgendwie gearteter Ausweg aus seiner unverschuldeten Beweisnot ermöglicht werden, weshalb eine Haftung grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird.

Die Herleitung der Beweislastumkehr erscheint jedoch zweifelhaft.¹²⁴⁵ Bereits das Kriterium der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ ist bedenklich. Der Begriff der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ ist in der ZPO nicht zu finden. Darüber hinaus handelt es sich bei der Feststellung, wie das fiktive Befundergebnis ausgesehen hätte, um eine Tatsachenfeststellung. Daher wäre eigentlich das Beweismaß des § 286 ZPO anzuwenden, so dass eine „richterliche Überzeugung“ nötig wäre. Sie ist dann gegeben, wenn eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten ist, so dass die volle Überzeugung von der Wahrheit zu erreichen ist.¹²⁴⁶ Aufgrund der Definition der hinreichenden Wahrscheinlichkeit durch die Gerichte (über 50 % Wahrscheinlichkeit) befindet sich das Beweismaß jedoch erheblich unter einer vollen Überzeugung. Das Problem verschärft sich nochmals durch das Hinzuziehen des Sachverständigen. Da er über ein „hinreichend wahrscheinliches Befundergebnis“ zu entscheiden hat, hängt die Wertung entscheidend von seinem persönlichen Verständnis der Begrifflichkeit ab.¹²⁴⁷

Nachdem die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines positiven Befundergebnisses festgestellt wurde, wird auf der zweiten Stufe die hypothetische Situation, nämlich die, dass der Befund erhoben worden wäre, begutachtet.¹²⁴⁸ Stellt sich die Verkennung oder Nichtreaktion dieses hypothetischen Befundes als grob fehlerhaft dar, kehrt sich die Beweis-

1245 So auch Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

1246 Laumen, in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, § 286, Rn. 24.

1247 Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

1248 Laufs/Kern in Laufs/Kern: Handbuch des Arztrechts, S. 1283, § 110, S. 1283.

last für den Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden nach den allgemeinen Beweislastregeln zum groben Behandlungsfehler um.¹²⁴⁹ Anders ausgedrückt: Es wird dem Arzt aufgrund eines einfachen Befunderhebungsfehlers unterstellt, er hätte auf das Ergebnis des Befundes (hätte er ihn erhoben) grob fehlerhaft reagiert.¹²⁵⁰ Es stellt sich die Frage, ob insoweit ein fairer Umgang mit der Ärzteschaft gepflegt wird.

Das Problem wird besonders in der BGH-Entscheidung vom 13.2.1996 – VI ZR 402/94 – („verlorenes EKG/ EKG I“) deutlich. Gemäß dem Sachverständigengutachten war der Herzinfarkt auf dem EKG mit einer über 90 %-igen Wahrscheinlichkeit zu erkennen gewesen.¹²⁵¹ Der BGH entnahm die Kläger des Nachweises eines Behandlungsfehlers und begründete dies damit, dass gerade dieser Nachweis nur durch die Auswertung des EKG durch einen medizinischen Sachverständigen erbracht und mangels Vorlage eben nicht geführt werden könne.¹²⁵² Allerdings sei auch in diesem Fall weiterhin nicht der Nachweis geführt, dass die hiernach anzunehmende fehlerhafte Auswertung des EKG durch den Beklagten für den Tod ursächlich wurde.¹²⁵³ Beweiserleichterungen bezüglich der Kausalitätsfrage könne der Verlust des Original-EKG daher nur dann mit sich bringen, wenn zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen sei, wenn sich also „ein so deutlicher und gravierender Befund“ ergeben hätte, dass sich dessen „Verkennung als fundamental fehlerhaft“ darstellen müsse.¹²⁵⁴ Der BGH bildete auf Grundlage dieser Entscheidung seine bis heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen zum einfachen Befunderhebungsfehler heraus. Dabei wird jedoch verkannt, dass sich dieser Sachverhalt von den nachfolgenden Entscheidungen zum einfachen Befunderhebungsfehler in einem entscheidenden Punkt unterscheidet: In diesem Streitfall war der Befund tatsächlich erhoben worden und verloren gegangen; bei der typischen Fallkonstellation des einfachen Befunderhebungsfehlers lag der Befund jedoch niemals vor.

Dass der Befund mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ den Herzinfarkt gezeigt hätte, ist aufgrund der Symptome des Patienten, des zeit-

¹²⁴⁹ BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633; BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

¹²⁵⁰ So auch Hausch, VersR 2003, 1489 (1492).

¹²⁵¹ BGHZ 132, 47 (52 f.) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633 (634).

¹²⁵² BGHZ 132, 47 (50 f.) = NJW 1996, 1589 (1589 f.) = VersR 1996, 633.

¹²⁵³ BGHZ 132, 47 (51) = NJW 1996, 1589 (1590) = VersR 1996, 633.

¹²⁵⁴ BGHZ 132, 47 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633.

nahen Todes und der Aussagen der Sachverständigen kaum zu bezweifeln. Ebenso kann dem Beklagten in diesem Fall der Vorwurf des Behandlungsfehlers gemacht werden, da er den tatsächlich erhobenen Befund entweder falsch interpretierte (nämlich den erkennbaren Herzinfarkt übersah oder anders deutete), gar nicht erst auswertete oder mit der weiteren Behandlung zu lange abwartete. Der Arzt hat zweifellos auf einen erhobenen Befund falsch reagiert. Dieses Verhalten kann auch sehr wohl einen groben Behandlungsfehler darstellen, der eine Beweislastumkehr rechtfertigt. Die Entscheidung des BGH ist in diesem Fall insbesondere auch im Hintergrund einer über 90 %-igen Wahrscheinlichkeit auf ein positives Befundergebnis stimmig und nachvollziehbar.

Das eigentliche Problem daran zeigt sich jedoch bei den Folgeentscheidungen. Diese behandeln regelmäßig den Fall, dass der gebotene Befund überhaupt nicht erhoben wurde. Dass in beiden Fällen anhand eines irgendwie gearteten Beweismaßes auf den Inhalt des Befundträgers geschlossen wird, ist folgerichtig. Auf dieser Ebene ist das Verschulden des Arztes unbestritten. Entweder hat er einen Organisationsfehler begangen, da ihm der Befund abhandengekommen ist, oder aber ist ihm ein einfacher Befunderhebungsfehler unterlaufen, da er einen gebotenen Befund nicht erhoben hat. In beiden Fällen gerät der Patient im Arzthaftungsprozess in eine gleichartige Beweisnot. Dass nun durch Erfahrungswerte versucht wird, den Inhalt des Befundträgers zu rekonstruieren, ist dem Arzt aufgrund seines unstreitigen Verschuldens zuzumuten.

Im Gegensatz zum verloren gegangenen EKG kann jedoch bei dem gar nicht erst erhobenen Befund überhaupt nicht abgeschätzt werden, wie sich der Arzt verhalten hätte, wenn er den Befund erhoben hätte. Im Falle des verlorengegangenen Befundträgers ist sein Fehlverhalten – ein positiver Befund vorausgesetzt – unbestritten.

Bei einem einfachen Befunderhebungsfehler wird dem Arzt hingegen unterstellt, dass er auf den fiktiven Befund grob fehlerhaft (nicht) reagiert hätte. Derartige Anhaltspunkte, die die Annahme eines solchen Fehlverhaltens auf ein noch dazu fiktives Befundergebnis rechtfertigen würden, sind beim „echten“ Befunderhebungsfehler im Gegensatz zum verlorenen Befundträger jedoch nicht einmal im Ansatz vorhanden. Nur weil der Arzt einfach fehlerhaft einen gebotenen Befund nicht erhoben hat, kann nicht darauf geschlossen werden, dass er auf den Befund, hätte er ihn erhoben, grob fehlerhaft (nicht) reagiert hätte. Vielmehr spricht ein

lediglich einfacher Befunderhebungsfehler gerade dafür, dass dem Arzt eben keine fundamentalen und nicht mehr nachvollziehbaren Behandlungsfehler unterlaufen.

Setzt man diese Haftungskonstruktion in Bezug zur Rechtsprechung zum Diagnosefehler, bedeutet dies: Zwar wird ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, weil bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären,¹²⁵⁵ jedoch wird ein einfacher Befunderhebungsfehler zu einem groben Behandlungsfehler, weil bei objektiv zutreffender Befunderhebung weitere Behandlungsschritte durchzuführen gewesen wären. Auf Grundlage des unterstellten groben Behandlungsfehlers erhält der Patient schließlich zu seinen Gunsten die Beweislastumkehr.

Es ist nach hier vertretener Ansicht und auch nach der angestellten Rechtsprechungsanalyse nicht verständlich, die Beweislastumkehr an einen groben Behandlungsfehler zu knüpfen, der niemals geschehen ist. Wie paradox die Begründung der Beweislastumkehr wird, soll folgende Überlegung zeigen: Der Arzt hat einen (sehr) ähnlichen Fall bereits einmal erlebt, damals den gebotenen Befund erhoben und auf das positive Befundergebnis fehlerfrei reagiert. Einige Zeit später unterlässt es der Arzt einfach fehlerhaft (ein Fehler, wie er auch einem erfahrenen Arzt immer einmal passieren kann) bei einem anderen Patienten mit den gleichen Symptomen den gebotenen Befund zu erheben. Als dessen Folge unterbleibt die notwendige Behandlung. Dem Arzt wird beim einfachen Befunderhebungsfehler nun unterstellt, er hätte auf den fiktiven positiven Befund grob fehlerhaft nicht reagiert. Der Arzt könnte dem nun entgegenhalten, dass er auf den positiven Befund bereits einmal nicht grob fehlerhaft reagiert hatte. Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe lässt die Rechtsprechung ausdrücklich zu.¹²⁵⁶ Mit der belegbaren Behauptung, auf den fiktiven Befund für gewöhnlich nicht grob fehlerhaft zu reagieren, kann er sich jedoch weder rechtfertigen noch entschuldigen. Der Arzt hat folglich keine Möglichkeit, sich bei der Bewertung eines hypothetischen Befundergebnisses auf derartige, ebenfalls nur spekulativen Geschehensabläufe zu berufen. Und genau darin ist eine Benachteiligung des Arztes gegenüber den Beweislastverteilungsgrundsätzen

1255 BGHZ 188, 29 (35) = NJW 2011, 1672 (1673).

1256 BGH, NJW 2000, 2741 (2742) = VersR 2000, 1107 (1108).

bei groben Behandlungsfehlern zu sehen.¹²⁵⁷ Insoweit ist die Kritik am Instrumentarium des BGH berechtigt.

Der unterstellte grobe Fehler hat ferner zur Folge, dass der Arzt auch dann voll haftet, wenn auch die fehlerfreie Behandlung mit 90 prozentiger Wahrscheinlichkeit nicht dazu geführt hätte, dass die Behandlung erfolgreich gewesen wäre. Faktisch hat der Arzt folglich kaum eine Möglichkeit, der Haftung zu entgehen. Dass die Beweislastumkehr beim einfachen Befunderhebungsfehler von der Literatur und vor allem der Ärzteschaft als weitere Haftungsverschärfung wahrgenommen wird, kann unter diesen Voraussetzungen nicht verwundern.

Im Falle einer Verletzung der Befundsicherungspflicht ist die Überlegung des BGH zutreffend. Bei nichterhobenen Befunden werden hingegen zu viel Spekulation zu Lasten des Arztes betrieben und gleichzeitig die Hürden einer Entlastung derart hochgesetzt, dass er sich im Grunde nicht exkulpieren kann. Völlig ungerechtfertigt ist jedoch die Unterstellung eines groben Behandlungsfehlers auf den noch dazu fiktiven Befund, da es dafür schlicht an Anhaltspunkten mangelt.

1257 Hausch, VersR 2003, 1489 (1493).

IV. Systemwechsel als Lösung?

Durch das in Deutschland praktizierte „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ mag zwar im großen Maßstab zwischen den Kollektiven der Patienten einerseits und der Behandler andererseits Gerechtigkeit geschaffen werden, zu einer Gerechtigkeit im Einzelfall führt es hingegen nicht.¹²⁵⁸ Einige andere Rechtsordnungen haben sich gegen die „Alles-oder-Nichts-Methode“ entschieden und es vorgezogen, den Schaden entsprechend der Wahrscheinlichkeit der Kausalität zu regulieren.¹²⁵⁹

Insbesondere beim einfachen Befunderhebungsfehler scheint das Prinzip aufgrund der vielen Ungewissheiten, Schätzungen, Unterstellungen und Spekulationen an seine Grenzen zu stoßen. Dabei muss abgeschätzt werden, ob der Befund, wäre er erhoben worden, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein positives Befundergebnis aufgewiesen hätte, die Nichtreaktion hierauf einen groben Behandlungsfehler darstellt und es äußerst unwahrscheinlich ist, dass der Verletzungserfolg bei unterstellt fehlerfreier Behandlung vermieden hätte werden können. Dabei wird die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ des positiven Befunds bei über 50 % Wahrscheinlichkeit und der „äußerst unwahrscheinliche“ Kausalzusammenhang bei über 90 % Wahrscheinlichkeit angenommen. Beide Wahrscheinlichkeitsgrade können lediglich geschätzt werden. Hinzu kommt die aufgezeigte Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen dem einfachen und groben Behandlungsfehler. Beim einfachen Befunderhebungsfehler wird folglich mit derart vielen Variablen bezüglich der Behandlung wie auch der Heilung des Patienten gearbeitet, dass eine „Alles-oder-Nichts-Haftung“ weder für die Seite der Patienten noch für die Seite der Ärzte gerechtfertigt erscheint.

Das Problem soll anhand einer Beispielüberlegung nochmals verdeutlicht werden: Der Sachverständige beziffert den Grad der Wahrscheinlichkeit für ein positives Befundergebnis mit 51 Prozent, bewertet das Unterlassen auf den fiktiven Befund gerade so schwerwiegend, dass der Richter es als groben Fehler werten könnte, und schätzt, dass eine fehlerfreie Behandlung mit 90 prozentiger Wahrscheinlichkeit keinerlei positiven Einfluss auf die Heilung gehabt hätte. Dennoch muss der Arzt für einen alltäglichen Fehler voll haften. Schätzt der Gutachter hingegen die

1258 Steiner, VersR 2009, 473.

1259 Schäffer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 299.

Wahrscheinlichkeit, dass der fiktive Befund unauffällig gewesen wäre, auf 50 Prozent, wird der Patient den Prozess im Ganzen verlieren, auch wenn ein Nichtreagieren auf einen positiven Befundergebnis zweifelsfrei grob fehlerhaft gewesen wäre und eine fehlerfreie Behandlung mit absoluter Gewissheit den Schaden vermieden hätte. Da das Arzthaftungsrecht vom BGH selbst regelmäßig als Billigkeitsrecht bezeichnet wird, stellt sich die Frage, ob es wirklich einen gerechten Interessenausgleich darstellt, die eine Seite vollständige haften bzw. die andere Seite gänzlich „leer ausgehen“ zu lassen.¹²⁶⁰ Tatsächlich wird keine Seite die im Prozess gewonnene Lösung unter diesen Voraussetzungen als fair akzeptieren können.¹²⁶¹

Der Vorschlag von Hausch, auch im Falle nicht erhobener Befunde lediglich bei einem groben Fehler eine Beweislastumkehr anzunehmen,¹²⁶² scheint das Problem nicht lösen zu können, sondern lediglich auf die Seite der Patienten zu verlagern. Dem Patienten wird der Beweis des Kausalzusammenhangs mangels Befund nämlich so gut wie immer unmöglich sein, weshalb es – wie ohnehin schon – zu einer Fülle von (subjektiven) Fehlurteilen kommen würde, da ausgeschlossen ist, dass leichte Behandlungsfehler niemals und grobe Behandlungsfehler immer zu Gesundheitsschäden führen.¹²⁶³

Andere sehen hingegen in der Proportionalhaftung einen Ausweg aus dem Problem. Die vor allem in Frankreich praktizierte Lehre sieht vor, dass der Arzt jedem pflichtwidrig behandelten Patienten Ersatz in Höhe der Wahrscheinlichkeitsquote, mit der er bei pflichtgemäßer Behandlung gesund geworden wäre, schuldet.¹²⁶⁴ Ob eine generelle Rechtsänderung hin zur Proportionalhaftung sinnvoll wäre, muss jedoch zu Recht stark angezweifelt werden. Aufgrund der rechtsdogmatischen Grenzen¹²⁶⁵ wäre die Proportionalhaftung de lege lata mit dem deutschen Haftungsrecht kaum vereinbar.¹²⁶⁶ Die Legitimation einer derartigen Sonderstellung des Arztes gegenüber anderen Bereichen der Berufshaftung wäre

1260 Mäsch, Chance und Schaden, S. 46.

1261 Steiner, VersR 2009, 473 (474).

1262 Hausch, VersR 2003, 1489 (1496 f.).

1263 Wagner, NJW 2006 Beil. zu H. 22, S. 5 (7).

1264 Wagner, NJW 2006 Beil. zu H. 22, S. 5 (7).

1265 Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

1266 Steiner, VersR 2009, 473 (474).

zwar de lege ferenda möglich,¹²⁶⁷ allerdings brächte sie erhebliche Schwierigkeiten mit sich¹²⁶⁸ und würde zu einem vollständigen Systemwechsel mit enormen Auswirkungen auf die Rechtspraxis führen.¹²⁶⁹

Unabhängig von den rechtsdogmatischen Umsetzungsschwierigkeiten kann eine potenzielle Haftung des Arztes für jeden noch so kleinen Fehler aber auch aus praktischen Erwägungen nicht gewollt sein. Zwar ist nicht davon auszugehen, dass die absolute Haftungssumme im Vergleich zum derzeitigen „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ wachsen würde, da schließlich immer das „Gesundheitsrisiko“ des Patienten berücksichtigt wird und die einzelnen Haftungssummen dementsprechend wohl erheblich geringer ausfallen würden. Die Zahl der Fälle, in denen der Arzt für einen Behandlungsfehler tatsächlich haftet, würde hingegen sprunghaft steigen. Bereits bei der kleinsten Abweichung von der Standardbehandlung bzw. den ärztlichen Leitlinien, wäre der Arzt einem unberechenbaren Haftungsrisiko ausgesetzt. Ein Systemwechsel ginge damit ausschließlich zu Lasten der Ärzteschaft. Um der potentiellen Haftung zu entgehen, müsste der Arzt im Zweifel sämtliche zur Verfügung stehende Diagnose- und Behandlungsmöglichkeiten ausnutzen. Die daraus resultierende Überdiagnostik kann vom Patienten jedoch nicht gewollt sein und begünstigt auf Seiten der Ärzteschaft unweigerlich weitere Haftungsrisiken. Nach alledem ist (auch) die Proportionalhaftung weder im Stande eine Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, noch die Behandlung des Patienten zu verbessern.

1267 Dopheide, VersR 2007, 1050 (1053f.).

1268 Hart/Franke, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag, S. 15.

1269 Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

V. Resümee

Die Auswertung der Urteile zeigt sehr deutlich, dass es durch den Befunderhebungsfehler nicht zu einer wirren Anwendung des Rechts oder einer ausufernden Haftung des Arztes gekommen ist. Soweit Sachverhalte miteinander vergleichbar waren, haben die Gerichte auch durchweg gleich entschieden. Eine unregelmäßige oder gar willkürliche Rechtsanwendung konnte gewiss nicht festgestellt werden.

Der (erste) Eindruck einer willkürlichen Rechtsanwendung kann dennoch nicht widerlegt werden. Dieser Umstand ist jedoch nicht auf eine unregelmäßige oder gar falsche Rechtsanwendung durch die Gerichte, sondern auf die Entwicklung der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers und den fachgebietsimmanenten Problemen der Befunderhebung per se zurückzuführen. Die Einschätzung des Behandlungsverlaufs wird immer von Spekulationen und Vermutungen geprägt sein und kann dementsprechend in den seltensten Fällen auf ein rechtstheoretisch tragfähiges Fundament gestellt werden. Ebenso selbstverständlich ist es, dass die Vielzahl und Geschwindigkeit der Rechtsprechungsänderungen durch den BGH zu einem gewissen Vertrauensverlust führen mussten, da sie plötzlich und unvorhersehbar die Entscheidungen laufender Verfahren wesentlich beeinflussten und die bereits vorhandene Routine immer wieder von Neuem gesammelt werden musste. Seitdem die Entwicklung der Fallgruppe abgeschlossen ist, zeigt sich in den Urteilen dementsprechend eine klare und vergleichbare Struktur.

Müllers Einschätzung, dass aus richterlicher Sicht nicht von einem Fehlurteil gesprochen werden kann, wenn das Urteil auf einer ordnungsgemäßen Anwendung von Beweislastregeln beruht,¹²⁷⁰ ist dementsprechend uneingeschränkt zuzustimmen. Trotz der unbestreitbaren Schwierigkeiten der Fallgruppe des Befunderhebungsfehlers ist nur ein Bruchteil der Urteile unter Zugrundelegung der jeweils geltenden tatbeständlichen Voraussetzungen zu hinterfragen.

Allerdings sollte dabei nicht vergessen werden, dass sich die juristische Sicht doch ganz wesentlich von der Sicht der Verfahrensbeteiligten unterscheidet. Die richtige und konsequente Anwendung des geltenden Rechts hat schließlich nicht zwangsläufig ein faires und realistisches Ergebnis zur Folge. Insbesondere in einem derart sensiblen Bereich wie der Gesund-

¹²⁷⁰ Müller, VersR 2006, 1289 (1296).

heit darf nicht außer Acht gelassen werden, dass das Recht zu aller erst den Rechtssuchenden zu dienen hat. Die Verfahrensausgänge nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ mögen in der großen Gesamtschau zu einem Interessenausgleich führen, jedoch werden sie regelmäßig von keiner Partei als fair empfunden. Weder wird man dem Patienten verständlich machen können, weshalb er den Prozess trotz eines Behandlungsfehlers verloren hat, noch dem Arzt, warum er für einen Schaden volumnäßig haftet, obwohl sich der Fehler mit 90 prozentiger Wahrscheinlichkeit überhaupt nicht negativ auf den Gesundheitszustand ausgewirkt hat. Trotz dieser Problematik ist jedoch nicht davon auszugehen, dass eine Änderung der Rechtsprechung oder gar ein Wechsel des zivilrechtlichen Haftungssystems tatsächlich zu Einzelgerechtigkeit führen wird.

Als Resümee bleibt somit, dass die Beweislastumkehr beim Befunderhebungsfehler in der jeweils geltenden Fassung konsequent richtig angewandt wurde. Die Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit war gewiss zu keinem Zeitpunkt gefährdet. Dennoch hatten die Entwicklung der Fallgruppe und die fachspezifischen Besonderheiten zu eben diesem (subjektiven) Eindruck und Problemen bei der Rechtsanwendung geführt. Davon zu unterscheiden ist hingegen der Umstand, dass das geltende Recht nicht in der Lage ist, individuelle und faire Urteile zu generieren.

