

Dr. Gerda Müller
Vizepräsidentin des BGH a.D.

Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht

(10. Deutscher Medizinrechtstag 5. September 2009 in Frankfurt)

I. Einleitung

Im weit gespannten Rahmen der diesjährigen Tagung kann es nicht falsch sein, Ihnen zunächst einen Überblick über die Grundsätze der Arzthaftung zu geben, wie sie von der Rechtsprechung vor allem des VI. Zivilsenats des BGH entwickelt worden sind, und ihnen danach die neuesten Entscheidungen dieses Senats vorzustellen, von denen eine tatsächlich grenzüberschreitende Bedeutung hat, während eine andere sich mit der Frage der persönlichen Leistungserbringung befasst.

II. Grundsätze des Arzthaftungsrechts

1. Behandlungsfehler und medizinischer Standard

a) Der Behandlungsfehler als Verletzung des Standards

Die Besonderheit der Arzthaftung besteht darin, dass sie keine Erfolgshaftung ist. Grund ist, dass der Arzt nicht für Risiken aus dem lebenden Organismus des Patienten einstehen kann. Das hat zur Folge, dass er diesem regelmäßig nicht Wiederherstellung seiner Gesundheit schuldet, sondern nur eine Heilbehandlung nach dem ärztlichen Standard. Der Arzt muss diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden. Soweit das Krankheitsrisiko auch bei fehlerfreiem ärztlichem Handeln nicht vermieden werden kann, verbleibt es beim Patienten. Da der Verstoß gegen den Standard regelmäßig einen Behandlungsfehler darstellt, ist der Standard also Richtschnur und Maßstab der Arzthaftung. Hierzu gibt es zahlreiche Entscheidungen¹.

Beim ärztlichen Standard werden die Kriterien der Haftung maßgeblich von der Medizin bestimmt, weil der Standard fast immer von der medizinischen Seite vorgegeben wird. Das führt zu Abgrenzungsproblemen in der Kompetenz bzw. Rollenverteilung bei der wichtigen

¹ zum Standard BGHZ 144, 296, 305; ebenso BGH, NJW 1995, 776; zum Facharztstandard NJW 1999, 1778; zur Abgrenzung zwischen Allgemeinmediziner und Facharzt NJW 1997, 3090; zum Allgemeinmediziner als Notarzt NJW 1998, 81; vgl. auch BGH VersR 2003, 732; NJW 1999, 862; zum Standard auch BGH NJW 2003, 2311

Frage der Bewertung eines Behandlungsfehlers als grob oder nicht grob, für welche die Rechtsprechung detaillierte Spielregeln entwickelt hat² auf die ich später zu sprechen komme.

Die Bedeutung des medizinischen Standards für den Schadensersatzprozess ist außerordentlich groß. Davon hängt in den meisten Fällen ab, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, und davon hängt regelmäßig die ärztliche Haftung ab. Entsprechend der Zielsetzung des Haftungsrechts geht es bei der Arzthaftung um den Ausgleich des entstandenen Schadens, nämlich um die Entschädigung für Qualitätsmängel bei der ärztlichen Behandlung, die beim Patienten einen Gesundheitsschaden verursacht haben. Deshalb stellt sich im Schadensersatzprozeß gegen Arzt oder Krankenhaus fast immer die Frage nach dem medizinischen Standard. Dieser besagt, welches Verhalten vom Arzt in der konkreten Behandlungssituation nach dem anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann³. Weil für die Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab primär die Maßstäbe der Medizin ausschlaggebend sind, kann der Standard in aller Regel nicht ohne Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen ermittelt werden. Nur in Einzelfällen hat die Rechtsprechung hier selbst Maßstäbe gesetzt, meist in Fällen, wo es um organisatorische Anforderungen oder das Sicherheitsinteresse des Patienten geht wie etwa im Fall des sedierten Patienten⁴, der sich nach einer Gastroskopie unbemerkt aus dem Krankenhaus entfernte, mit seinem Auto wegfuhr und dabei einen tödlichen Verkehrsunfall erlitt. Hier hat der BGH im Gegensatz zu den Vorinstanzen eine Überwachungspflicht angenommen, zumal die Überwachung leicht zu bewerkstelligen gewesen wäre.

Das persönliche Verschulden des Arztes spielt nur aus strafrechtlicher Sicht eine Rolle. Im Zivilrecht gilt nämlich der objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff im Sinn des § 276 Abs.1 Satz 2 BGB. Deshalb hat der Arzt die für sein Fachgebiet erforderliche Sorgfalt und damit auch den Standard zu beachten, wenn er der Haftung entgehen will. Anders als im Strafrecht ist mit Fahrlässigkeit also nicht das persönliche Verschulden gemeint, so dass der Arzt für sein dem medizinischen Standard zuwiderlaufendes Vorgehen auch dann

² Müller DRiZ 2000, 259 ff.; MedR 2001, 1 ff.

³ BGH NJW 1983, 2080 – Kontrollmessungen im Brutkasten; NJW 1994, 1596 – personelle Organisation bei Entbindung von Zwillingen; NJW 1995, 776 – fehlende Antibiotika-Prophylaxe nach Blasensprung; NJW 1998, 814 – Allgemeinmediziner als Notarzt bei Psychose; NJW 1999, 1779 – Thermokauter bei Schieloperation; NJW 2001, 1786 – Schulterdystokie

⁴ BGH NJW 2003, 2309

haftungsrechtlich einzustehen hat, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus subjektiv als entschuldigbar erscheinen mag, etwa weil er sich im konkreten Behandlungsgeschehen als überfordert erwies und daher mit medizinisch falschen Mitteln helfen wollte⁵.

Grundsätzlich muss der Standard das Vertrauen rechtfertigen, das die Medizin für sich in Anspruch nimmt. Deshalb können auch Eil- und Notfälle den Standard nur dort herabsetzen, wo auch eine zweckmäßige und sorgfältige Organisation und Vorbereitung keine Vorsorge hätte treffen können⁶. Auch beim Notfall gilt ein Mindeststandard. So kann es einen Sorgfaltsverstoß darstellen, wenn der Notarzt die klinische Abklärung von Anzeichen eines Infarkts unterlässt⁷. Auch ein Arzt im vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst kann bei differentialdiagnostischen Anzeichen für eine koronare Herzerkrankung (hier: einen akuten Herzinfarkt) zur Befunderhebung bzw. zur Einweisung des Patienten in ein Krankenhaus verpflichtet sein⁸. Eine wichtige neue Entscheidung zum ärztlichen Bereitschaftsdienst werde ich Ihnen später besonders vorstellen, weil es dabei auch um die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung geht.

Sind die medizinischen Möglichkeiten zu gering, kann sich die Frage eines Übernahmeverschuldens stellen. Dieses kann etwa darin bestehen, dass ein Risikopatient nicht vom Hausarzt an einen Facharzt oder von dem zunächst in Anspruch genommenen Krankenhaus an ein solches mit höherer Versorgungsstufe verwiesen bzw. überwiesen wird. In solchen Fällen darf der Wunsch, einen Patienten zu behalten, keinesfalls dessen Anspruch auf die erforderliche ärztliche Versorgung verdrängen. Die Abgrenzung zwischen den konkreten Gegebenheiten und einem Übernahmeverschulden durch Überschätzung der eigenen Möglichkeiten ist nicht immer einfach und ggf. vom Gericht mit dem Sachverständigen zu klären. Wichtig ist auch der zeitliche Aspekt. Die therapeutische Sorgfalt richtet sich nämlich nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung. Das kann sich durchaus auf die Entscheidung des Einzelfalls auswirken und muss deshalb auch dem Sachverständigen bei der Frage nach einem Behandlungsfehler deutlich gemacht werden.

⁵ z.B. BGH NJW 2001, 1786

⁶ Vgl. BGH NJW 1998, 814 (Allgemeinmediziner bei Psychose)

⁷ BGH NJW 1994, 801; OLG Hamm VersR 2000, 1373 – Verstoß gegen Leitlinien bei der Reanimation

⁸ BGH VersR 2008, 221

Die Beziehung zwischen Standard und Wirtschaftlichkeitsgebot war schon immer, ist aber angesichts der zunehmenden Sparzwänge gerade in jüngster Zeit ein heikles Thema, zu dem ich mich schon mehrfach habe⁹. Wie schon eingangs erwähnt, wird der ärztliche Qualitätsstandard in aller Regel von Medizinern festgelegt und ergibt sich aus den Anforderungen der Medizin. Natürlich kann er situationsbedingt unterschiedlich sein, darf aber zum Schutz der Patienten gewisse Basisanforderungen nicht unterschreiten. Soweit die Rechtsprechung sich bisher in einzelnen Fällen und insgesamt eher selten mit Fragen der Wirtschaftlichkeit zu befassen hatte, war es nahezu selbstverständlich und jedenfalls ein eherner Grundsatz, dass aus wirtschaftlichen Erwägungen keine Abstriche gemacht werden dürfen, die die Sorgfaltsanforderungen unter den Mindeststandard drücken würden. Auch unter Berücksichtigung des derzeitigen Kostendrucks im Gesundheitswesen ist bisher keine Tendenz in der Rechtsprechung des BGH erkennbar, hiervon zum Nachteil der Patienten abzugehen.

b) Weitere Fehlergruppen

Im Allgemeinen besteht der Behandlungsfehler in einem Verstoß gegen den ärztlichen Standard. In diesen Rahmen sind auch Fehler bei der Diagnose und Befunderhebung einzuordnen, wobei der BGH den ärztlichen Diagnosefehler mit Zurückhaltung beurteilt. Nach seinem Urteil NJW 2003, 2827 stellt nicht jeder Diagnosefehler einen Behandlungsfehler dar. Diese Eingrenzung trägt den Schwierigkeiten ärztlicher Diagnostik Rechnung. Entsprechend liegt ein grober Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst nur dann vor, wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handelt. Ist das der Fall, gelten die gleichen Folgen wie beim groben Behandlungsfehler¹⁰. Insgesamt ist der Diagnoseirrtum problematisch, weil er manchmal nur schwer vom Behandlungsfehler zu unterscheiden ist. Eine Patentformel gibt es hier leider nicht. Insbesondere kann die Abgrenzung zum Befunderhebungsfehler schwierig sein¹¹. Eine Frage des Einzelfalls ist es, inwieweit der Arzt sich auf die vorangegangene Diagnose eines anderen Arztes verlassen darf. Jedenfalls gibt es kein schrankenloses Vertrauen auf die Diagnose eines anderen Arztes¹². Herzu auch eine neuere Entscheidung des OLG Düsseldorf¹³ zum Vertrauen des Chirurgen auf die Vordiagnose eines Mikrokarzinoms durch den Pathologen.

⁹ Müller Festschrift für Hirsch (2008), 414 ff.

¹⁰ BGH NJW 1988, 1513; 1995, 778; 1996, 1589

¹¹ BGH VersR 2007, 541

¹² BGH VersR 2002, 1026

¹³ BGH NJW-RR 2004, 22

Der BGH hat diesen Problemkreis kürzlich in einem anderen Urteil berührt¹⁴. Danach wird ein Diagnosefehler (es ging dort um einen Pathologen) nicht schon deshalb zum Behandlungsfehler, weil der Arzt es unterlassen hat, die Beurteilung des von ihm erhobenen Befundes durch Einholung einer zweiten Meinung überprüfen zu lassen.

Als Fehler kommen auch die Unterlassung eines Hausbesuchs¹⁵ oder der gebotenen Einweisung in ein Krankenhaus in Betracht¹⁶. Auch die Übertragung ärztlicher Aufgaben an nicht ärztliches Personal stellt regelmäßig einen Behandlungsfehler dar und führt deshalb zur Haftung, wenn daraus ein Schaden entsteht, etwa eine Spritzenlähmung bei intravenöser Injektion durch eine Pflegehelferin¹⁷ oder durch eine Krankenschwester¹⁸. Zu erwähnen ist auch eine neue Entscheidung des BGH vom 20. März 2007¹⁹. Sie befasst sich mit einer Infektion, die durch eine Arzhelferin, die Trägerin von Staphylokokken war, entstanden war und bei der Patientin zu einem folgenreichen Spritzenabszess geführt hat. Der BGH hat hier ein voll beherrschbares Risiko angenommen, das grundsätzlich zur Fehlervermutung und Vermutung des Verschuldens zu Lasten der Behandlungsseite führt, die sich im konkreten Fall wegen zahlreicher Verstöße gegen Hygienevorschriften auch nicht entlasten konnte. Schon hier möchte ich betonen, dass es beim voll beherrschbaren Risiko Beweiserleichterungen nur hinsichtlich der Fehlverrichtung (Fehlervermutung) und des Verschuldens gibt, nicht aber hinsichtlich der Kausalität. Zu einem Hygienefehler gibt es noch ein weiteres neues Urteil des BGH²⁰, das die Bedeutung der Beweislastumkehr besonders deutlich macht.

Gerade beim Hygienefehler ist die Rechtslage oft unbefriedigend, wenn sich kein grober Fehler feststellen lässt, der zur Beweislastumkehr auch für die Kausalität führt. Denn erfahrungsgemäß kann der Patient gerade bei diesen komplizierten Zusammenhängen meist nicht die Kausalität beweisen - so etwa in einem unlängst durch Nichtzulassung der Revision entschiedenen Fall²¹, in dem nicht festgestellt werden konnte, dass der auf der Spitze eines Katheters aufgefundene Keim tatsächlich die beim Kläger in einem anderen

¹⁴ BGH VersR 2007, 541

¹⁵ BGH NJW 2001, 2794

¹⁶ BGH NJW 1986, 2367

¹⁷ BGH NJW 1979, 1935

¹⁸ BGH NJW 1981, 628

¹⁹ BGH NJW 2007, 1682

²⁰ BGH VersR 2008, 490

²¹ BGH VI ZR 187/08 – Beschluss vom 13. 1. 2009

Körperbereich aufgetretene Infektion verursacht hatte. Angesichts der immer wieder öffentlich diskutierten Hygienemängel ist deshalb zu konstatieren, dass wesentlich besser als das Haftungsrecht – das ja ohnehin erst nachträglich eingreift - eine strikte Beachtung der Hygienevorschriften in der Arztpraxis und im Krankenhaus Abhilfe schaffen kann.

Häufig sind auch ärztliche Fehler durch Unterlassung einer gebotenen Befunderhebung - hier können sich bei Spezialfragen im konkreten Haftungsfall die Fallbeispiele im Fachschrifttum als hilfreich erweisen – etwa bei Frahm/Nixdorf/Walter 4. Aufl. Rn. 140 ff. oder Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht 6. Aufl. Teil B Rn. 296 –, weil dort auch die wichtigsten Entscheidungen der OLG erfasst sind. Auf die Beweiserleichterungen bei unterlassener Befunderhebung oder verschwundenen Befundträgern komme ich gleich zu sprechen.

2. Beweislast und Beweislastumkehr

a) Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen muß der Patient grundsätzlich die Voraussetzungen seines Anspruchs beweisen, nämlich den schuldhaften Behandlungsfehler wie auch dessen Ursächlichkeit für seinen Gesundheitsschaden²². Wesentliche Elemente der Haftung sind Fehler, Verschulden und Ursächlichkeit. Typisch für den Arzthaftungsprozess ist das Kausalitätsproblem, also der Nachweis des Behandlungsfehlers und vor allem seiner Ursächlichkeit für den Gesundheitsschaden des Patienten. Ein differenziertes System von Beweislastverteilung und Beweiserleichterungen soll den Beweisschwierigkeiten Rechnung tragen. Im Grundsatz beruht es auf den von der jeweiligen Seite gesetzten bzw. zu vertretenden Risiken. Die Abgrenzung ist nicht immer einfach, jedoch haben sich die von der Rechtsprechung gezogenen Grundlinien bewährt. Die Regel des § 280 BGB (hiernach muss der Schuldner beweisen, dass ihn an der Schlechterfüllung des Vertrags kein Verschulden trifft) ist im Hinblick auf die Besonderheiten des menschlichen Organismus im Kernbereich des ärztlichen Handelns nicht anwendbar²³.

bb) Demgegenüber liegt die Beweislast bei der Behandlungsseite, wenn es um ein für sie voll beherrschbares Risiko geht. Dieser Grundsatz bezieht sich auf Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens und den Zustand der benötigten Geräte und

²² BGHZ 99, 391, 398; 129, 6, 10 m.w.N.

²³ BGH NJW 1978, 1681; 1980, 1333; 1991, 1540

Materialien. Dafür gibt in der Rechtsprechung zahlreiche Beispiele²⁴. Er führt zur Haftung, wenn sich eine in der ärztlichen Sphäre liegende Schadensursache nicht mehr klären lässt und der Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens bzw. der Fehlerfreiheit nicht geführt wird. Dass diese Beweiserleichterung sich nicht auf die Kausalität erstreckt und deshalb nur von begrenzter Bedeutung ist, habe ich bereits erwähnt.

cc) Wesentlich größer ist die Bedeutung des groben Behandlungsfehlers. Diese besondere Beweiserleichterung ist von der Rechtsprechung aus den Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses entwickelt und von zentraler Bedeutung.

Ob ein grober Behandlungsfehler festgestellt werden kann, ist häufig prozessentscheidend, weil dies regelmäßig zur vollen Umkehr der Beweislast führt. Die frühere Formel „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“ hat BGH vor einiger Zeit aufgegeben²⁵ - es findet also grundsätzlich eine Umkehr der Beweislast statt. Als deren Folge wird die Kausalität vermutet, so dass der Arzt beweisen muss, dass sein - grober - Fehler für die Schädigung nicht ursächlich geworden ist. Diese Beweiserleichterung ist keine Sanktion für besonders schweres ärztliches Verschulden. Vielmehr ist sie zum Ausgleich dafür entwickelt worden, dass durch das Gewicht des groben Fehlers die Aufklärung des Behandlungsgeschehens und insbesondere des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden besonders erschwert worden ist und sich der Patient deshalb unbillig in Beweisnot befindet²⁶. Tragender Gesichtspunkt ist also die Billigkeit.

Zahlreiche Entscheidungen des BGH verdeutlichen die Kriterien zur Beurteilung eines Behandlungsfehlers²⁷. Danach ist ein Behandlungsfehler grob, 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 schlechterdings nicht unterlaufen darf. Betroffen sind also Verstöße gegen elementare Behandlungsregeln und elementare Erkenntnisse der Medizin. Maßgeblich ist die Gesamtbetrachtung. Die Häufung mehrerer an sich nicht grober Fehler kann die Behandlung

²⁴ BGH NJW 1975, 2245 (Tubus); 1978, 584 (Narkosegerät) und 1683 (Desinfektionsmittel); 1982, 699 (Sterilität); BGHZ 89, 263, 269 (Infusionssystem); VersR 1981, 462 (Tupfer); NJW 1984, 1403 (Lagerung); 1991, 1543 (fehlende Medikamente) und 2960 (Sturz vom Duschstuhl); OLG Köln VersR 1990, 1240 (Sturz von Untersuchungs liege)

²⁵ BGH NJW 2004, 2011

²⁶ BGHZ 85, 212, 215; BGH, NJW 2988, 2949; 1994, 801; 1995, 778; 1996, 1589; 1997, 794

²⁷ BGH NJW 1995, 778; 1996, 248; 1997, 794 und 796, jeweils m.w.N.

insgesamt als grob erscheinen lassen²⁸. Es kann auch eine Rolle spielen, ob der Fehler (z.B. bei Auswertung eines Röntgenbildes) einer Fachklinik oder einem niedergelassenen Arzt unterläuft²⁹. Zur Auswertung eines Röntgenbildes kürzlich ein interessanter Fall³⁰: dort hat der Sachverständige wegen der Frage, ob das Röntgenbild eine Fraktur erkennen ließ, dieses einer großen Anzahl von Fachärzten vorgelegt, von denen mehr als 50 % die Fraktur nicht erkannten. Das BG hat deshalb in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler verneint, und der BGH hat dieses Vorgehen im konkreten Einzelfall für vertretbar gehalten.

Wichtig: allein ein Verstoß gegen den Standard reicht für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers nicht aus³¹. Eine eindeutige Standardverletzung ist also „nur“ ein eindeutiger Behandlungsfehler, für die Bewertung als grob sind zusätzliche Komponenten erforderlich („schlechterdings unverständlich“ o.ä.). Wichtig auch: nicht jeder grobe Behandlungsfehler hat Beweiserleichterungen zur Folge. Hierfür ist kein Raum, wenn feststeht, dass der grobe Behandlungsfehler nicht schadensursächlich geworden ist³². Keine Beweiserleichterungen gibt es auch dann, wenn dem groben Fehler keine Bedeutung für die Aufklärung des Behandlungsverlaufs beikommt. Wichtiges Kriterium ist die Schadenseignung des (groben) Fehlers. Es reicht zwar aus, wenn er grundsätzlich zur Herbeiführung des Schadens geeignet ist. Ist der Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden aber gänzlich unwahrscheinlich, kann das einer Beweiserleichterung entgegenstehen³³.

Wie auch sonst im Haftungsrecht kann die bloße Mitursächlichkeit eines groben Behandlungsfehlers zur Bejahung des Ursachenzusammenhangs ausreichen³⁴. Sie führt zur Zurechnung des gesamten Schadens, wenn nicht feststeht, dass der Behandlungsfehler nur einen abgrenzbaren Teil des Schadens verursacht hat³⁵ - sog. Teilkausalität. Ob in solchen Fällen eine Abgrenzung gelingt, die eine nur teilweise Haftung der Behandlungsseite ermöglicht, wird häufig davon abhängen, inwieweit der Sachverständige sich festlegen kann (und will!). Im Hinblick auf die Abgrenzungsschwierigkeiten bei evtl. Vorschädigungen des

²⁸ OLG Koblenz VersR 1989, 629; vgl. auch BGH NJW 1988, 1511

²⁹ LG Augsburg MedR 1998, 471

³⁰ BGH Nichtzulassungsbeschluss v. 13. 1. 2009 – VI ZR 194/08

³¹ BGH NJW 2001, 2794

³² BGH NJW 1981, 2513

³³ BGHZ 129, 6, 12; BGH, NJW 1994, 801; 1995, 778; 1997, 796 - jeweils m.w.N.

³⁴ BGH NJW 1997, 796; zur Mitursächlichkeit auch BGH NJW 2000, 2741 und 3423

³⁵ BGH NJW 1997, 796; vgl. auch BGH NJW 1990, 2882

Kindes ist die volle Haftung aus bloßer Mitursächlichkeit eines Behandlungsfehlers für das endgültige Schadensbild vor allem im Bereich der Geburtsschäden vom Ergebnis her nicht unproblematisch. Hier kann das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ des deutschen Schadensrechts durchaus zu Härten führen – sowohl für den Arzt als auch für den Patienten. Um so größer ist hier die Verantwortung des medizinischen Sachverständigen, der mit den faktischen Grundlagen für die Bewertung des Behandlungsfehlers als grob oder nicht grob häufig den Ausgang des Prozesses bestimmt.

b) Erwähnt habe ich bereits Mängel bei der Erhebung oder Sicherung von Befunden. Die Nichterhebung gebotener Kontrollbefunde kann im Einzelfall einen groben Behandlungsfehler darstellen und zugleich zur falschen Diagnose führen³⁶. Hier ist die Beweisführung häufig besonders schwierig, weil nicht feststeht, welcher Befund sich ergeben und wie er sich ausgewirkt hätte - also in Richtung Diagnosefehler, Behandlungsfehler und Ursachenzusammenhang.

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Befund zwar erhoben worden ist, aber von der Behandlungsseite nicht vorgelegt wird oder werden kann. Das wurde vor einigen Jahren entschieden für verschwundene Röntgenbilder³⁷ und das unauffindbare EKG eines Patienten mit zunächst unerkanntem Herzinfarkt, der kurz nach Fertigung des EKG und Verlassen der Arztpraxis an einem weiteren Infarkt gestorben war³⁸. Die Problematik solcher Fälle besteht darin, dass der Patient mangels Erhebung bzw. Aufbewahrung des Befundes nicht in der Lage ist, den Nachweis sowohl einer fehlerhaften Diagnose als auch von deren Ursächlichkeit für seinen Gesundheitsschaden bzw. Tod zu führen.

Deshalb hat die Rspr. auch für diese Fallgruppen Beweiserleichterungen entwickelt, und zwar zum Ausgleich dafür, dass durch das Fehlen eines Befundes bzw. der den Befund enthaltenden Unterlagen das Spektrum der für die Schädigung des Patienten in Betracht kommenden Ursachen besonders verbreitert oder verschoben worden ist³⁹. Die Reichweite solcher Beweiserleichterungen bestimmt sich nicht schematisch, sondern nach Lage des Einzelfalls. Wichtig ist eine Klarstellung und Eingrenzung gegenüber BGHZ 99, 391, 396

³⁶ BGHZ 85, 212, 216; 99, 391, 396; instruktiv BGH NJW 1995, 778

³⁷ BGH NJW 1996, 779

³⁸ BGH, NJW 1996, 1589

³⁹ BGHZ 85, 212, 215; 99, 391, 395; BGH NJW 1996, 779; 1589

anhand der neueren Entscheidungen zu den verschwundenen Befundträgern⁴⁰. Der Patient soll nämlich durch die Beweiserleichterungen nicht besser gestellt werden, als er bei der gebotenen Befunderhebung gestanden hätte. Deshalb geht die Reichweite der Beweiserleichterungen in der Regel nur bis zur Vermutung, dass der Befund - hinreichende Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt - positiv gewesen wäre, also ein reaktionspflichtiges Ergebnis gehabt hätte⁴¹.

Damit ist aber der Nachweis der Ursächlichkeit fehlerhafter Befundauswertung sowie fehlerhafter oder fehlender Behandlung für den Gesundheitsschaden (noch) nicht geführt – und gerade dieser Ursachenzusammenhang ist häufig prozessentscheidend. Für ihn greift eine weitere Beweiserleichterung nur dann ein, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist. Das ist dann der Fall, wenn sich - ggf. unter Würdigung zusätzlicher medizinischer Anhaltspunkte - ein so deutlicher und gravierender Befund hinreichend wahrscheinlich ist, dass sich seine Verkennung als grob fehlerhaft dargestellt hätte⁴².

Dabei ist zu unterscheiden, ob bereits die Unterlassung der Befunderhebung einen groben Behandlungsfehler darstellt. Wenn das der Fall ist, so kann bereits dieser grobe Behandlungsfehler Beweiserleichterungen auch für den Ursachenzusammenhang zwischen ärztlichem Fehler und Gesundheitsschaden rechtfertigen⁴³. Das ist also eine eigene Fallgruppe, die ohne weitere Voraussetzungen Beweiserleichterungen nach sich zieht⁴⁴. Ist die Unterlassung der Befunderhebung als solche kein grober Fehler, ist weiter zu prüfen, ob der Befund im Fall seiner Erhebung so deutlich und gravierend gewesen wäre, dass sich seine Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen müsste. Dies hat der BGH in mehreren neuen Entscheidungen klargestellt⁴⁵.

3. Aufklärungsfehler

Der Aufklärungsfehler ist bekanntlich eine eigenständige Anspruchsgrundlage, kann also ebenso und im gleichen Umfang wie ein Behandlungsfehler zum Schadensersatz verpflichten.

⁴⁰ BGH NJW 1996, 779 (Röntgenbilder); 1589 (EKG)

⁴¹ BGH NJW 1996, 1589

⁴² BGH NJW 1996, 1589; VersR 1999, 231; NJW 2004, 1871

⁴³ BGH NJW 1998, 1780

⁴⁴ BGH NJW 1999, 3408

⁴⁵ BGHZ 132, 47, 52; BGHZ 138, 1; VersR 1999, 231; NJW 2004, 1871(Herzschrittmacher)

Wichtig für den Arzthaftungsprozess ist, dass bei einer auf Behandlungsfehler und Aufklärungsfehler gestützten Klage, die unter beiden Gesichtspunkten abgewiesen worden ist, die Berufungsbegründung erkennen lassen muss, ob das Urteil hinsichtlich beider Fehler angegriffen wird⁴⁶. Das gilt entsprechend für die Revisionsbegründung⁴⁷.

Grundlegend ist die Unterscheidung zwischen der Eingriffsaufklärung (die auch als Selbstbestimmungs- oder Risikoaufklärung bezeichnet wird) und der sog. therapeutischen oder Sicherheitsaufklärung, und das vor allem deshalb, weil die Beweislast unterschiedlich verteilt ist. Die Eingriffsaufklärung dient der sachgemäßen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch den Patienten. Aus juristischer Sicht bedeutet die Einwilligung die Rechtfertigung des Eingriffs, der andernfalls eine strafbare Körperverletzung wäre. Die gelegentlich vertretene Auffassung⁴⁸, wonach in solchen Fällen (auch) eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, hat der BGH kürzlich mit Nachdruck zurückgewiesen⁴⁹, zumal sie eine unvertretbare Ausuferung der ärztlichen Einstandspflicht zur Folge hätte. Dann könnte nämlich Schadensersatz allein deshalb verlangt werden, weil nicht ordentlich aufgeklärt worden ist. Indessen ist in jedem Fall ein Körperschaden erforderlich, wenn der Anspruch auf mangelhafte Aufklärung gestützt werden soll. Weil es sich um einen Rechtfertigungsgrund handelt, liegt insoweit die Beweislast beim Arzt, der sich auf die Einwilligung des Patienten beruft.

Demgegenüber gelten Verstöße gegen die sog. therapeutische oder Sicherheitsaufklärung als Behandlungsfehler. Deshalb muss hier grundsätzlich der Patient beweisen, dass die Sicherheitsaufklärung unzureichend war oder gänzlich unterblieben ist. Gemeint ist die Aufklärung des Patienten zur Sicherung des Heilerfolgs wie auch über etwaiges Versagerrisiko, insbesondere bei Sterilisationen⁵⁰. Die Beweislast für aufklärungsrichtiges Verhalten liegt ebenfalls beim Patienten⁵¹, dem aber meist eine dahingehende Vermutung zu Hilfe kommen wird. Hier spielt die richterliche Beweiswürdigung eine große Rolle, so dass es darauf ankommt, inwieweit der Richter dem Patienten glaubt. Wichtig: ein grober Fehler bei der Sicherheitsaufklärung ist ein grober Behandlungsfehler und führt regelmäßig zur

⁴⁶ BGH NJW-RR 2007, 414

⁴⁷ BGH VersR 2008, 490

⁴⁸ OLG Jena VersR 1998, 586

⁴⁹ BGHZ 176, 342 = NJW 2008, 2344

⁵⁰ BGH NJW 1992, 2961; 1995, 2407

⁵¹ BGH NJW 1987, 2923

Beweislastumkehr zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden, wenn die Pflichtverletzung geeignet war, diesen zu verursachen; eine Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Ergebnis einer Kontrolluntersuchung ist in einem solchen Fall nicht erforderlich⁵². Aus Zeitgründen will ich es zur Aufklärung hierbei bewenden lassen und mich einem Schwerpunkt der neueren Rechtsprechung zuwenden.

4. Neue Behandlungsmethoden⁵³

a) Sie spielte bereits im „Robodoc“- Fall vom Juni 2006 eine Rolle⁵⁴. Auch wenn dort die Besonderheit bestand, das sich mit der Nervschädigung ein Risiko verwirklicht hatte, das auch für die gängige Operationstechnik typisch gewesen war (und über das die Klägerin aufgeklärt worden war), ist bei Anwendung neuer Methoden jedenfalls so lange erhöhte Vorsicht geboten, als sie noch nicht dem Standard entsprechen.

b) Bei einem Urteil vom März 2007 ging es um die Verabreichung eines neuen und noch gar nicht zugelassenen Medikaments an den Kläger, der an Epilepsie litt. Diese besserte sich durch das Medikament, das jedoch beim Kläger eine schwere Augenschädigung verursachte⁵⁵. Hier bestanden entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sowohl Anhaltspunkte für einen groben Behandlungsfehler als auch für ein Aufklärungsversäumnis, weil das Berufungsgericht unter beiden Aspekten die erhöhten Pflichten des Arztes im Hinblick auf den Einsatz eines noch nicht zugelassenen Medikaments nicht beachtet hatte.

c) Schon kurze Zeit später hat sich der BGH wieder mit der Verabreichung eines Medikaments befasst, mit dem probeweise eine Herzrhythmie behandelt werden sollte, das aber bei der Klägerin zu einem Herzstillstand mit schweren bleibenden Schäden führte⁵⁶. Der Ablauf des Falles zeigte mit Deutlichkeit, wie verfehlt die Auffassung des Berufungsgericht war, dass der Einsatz eines neuen Medikaments auch ohne Einwilligung des Patienten vorübergehend zulässig sei, wenn zunächst ermittelt werden sollte, ob es überhaupt anschlage. Erforderlich ist vielmehr, dass der Patient bereits vor dem ersten Einsatz des Medikaments über dessen Risiken aufgeklärt wird, damit er entscheiden kann, ob er in dessen Erprobung überhaupt einwilligen oder wegen der möglichen Nebenwirkungen hierauf verzichten will.

⁵² BGH NJW 2005, 427

⁵³ vgl. hierzu Vögeler MedR 2008, 697

⁵⁴ BGH NJW 2006, 2477

⁵⁵ BGH NJW 2007, 2767

⁵⁶ BGH NJW 2007, 2771

d) Bei einem im Mai 2007 entschiedenen Fall ging es um die Anwendung einer Außenseitermethode – sog. Racz-Cocktail - zur Behandlung eines Bandscheibenvorfalles⁵⁷. Auch hier hatte das Berufungsgericht die Annahme eines Behandlungsfehlers verneint. Das war für den Beginn der Behandlung vertretbar. Demgegenüber stellte die Fortsetzung der Behandlung nach dem Auftreten starker Schmerzen einen Behandlungsfehler dar, wie im Urteil unter Rn. 17 näher erläutert wird. Insoweit war das Berufungsgericht an die Verneinung eines Behandlungsfehlers durch den Sachverständigen nicht gebunden, zumal diese in der Form keineswegs eindeutig war, sondern mit der Formulierung „kein richtiger Behandlungsfehler“ eine deutliche Relativierung seiner Beurteilung enthielt. Zudem lag ein Aufklärungsfehler vor, weil der Beklagte die Klägerin darüber hätte aufklären müssen, dass es sich bei der vorgeschlagenen Behandlung um eine neuartige, wissenschaftlich umstrittene Methode zur Schmerzbekämpfung handelte, die (noch) nicht medizinischer Standard und vom Sachverständigen als „klinisch-experimentell“ bezeichnet worden war. So etwas muss ein Patient wissen, bevor er in die Behandlung einwilligt.

5. Weitere neue Entscheidungen

a) Auch dieser Fall zeigt, dass das Gericht im Arzthaftungsprozess zur Aufklärung des medizinischen Sachverhalts einen Sachverständigen einschalten muss. Diesen Grundsatz hat der BGH in einem Beschluss vom 5. Mai 2008 bekräftigt⁵⁸ und ausgeführt, dass der Tatrichter ein solches Gutachten jedenfalls dann einholen muss, wenn ein vorausgegangenes Gutachten einer Schlichtungsstelle – das grundsätzlich im Weg des Urkundenbeweises verwertbar ist – nicht alle Fragen beantwortet. Zur Rolle des medizinischen Sachverständigen hat der BGH sich in zahlreichen Entscheidungen geäußert und insbesondere die Kompetenzabgrenzung zwischen ihm und dem Richter festgelegt.

b) Zu erwähnen ist auch ein neues Urteil zur hypothetischen Einwilligung des Patienten. Erst wenn die Arztseite sich im Prozess darauf beruft, muss der Patient im Einzelnen darlegen, weshalb er bei vollständiger und richtiger Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, ob er sich für den Eingriff entscheiden soll. Wie er sich entschieden hätte, braucht er nicht darzulegen. Vielmehr reicht es aus, wenn sein Vortrag einen Entscheidungskonflikt plausibel macht. Ob das der Fall ist, darf der Tatrichter in aller Regel nicht beurteilen, ohne

⁵⁷ BGH NJW 2007, 2774

den Patienten persönlich anzuhören. Er darf also seine eigene Beurteilung des Konflikts nicht an die Stelle des derjenigen des Patienten setzen⁵⁹. Wird von der Arztseite der Einwand der hypothetischen Einwilligung erst im zweiten Rechtszug erhoben, so handelt es sich um ein neues Verteidigungsmittel im Sinn des § 531 ZPO⁶⁰, das den Präklusionsvorschriften unterliegt, also zurückgewiesen werden kann, wenn schon im ersten Rechtszug Anlass bestand, diesen Einwand zu erheben.

c) Wichtig ist gerade für diese Tagung mit dem Thema „Haftung ohne Grenzen“ ein neues Urteil zur internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte⁶¹. Ein Arzt in der Schweiz hatte einem in Deutschland wohnhaften Patienten Medikamente verordnet, die an dessen Wohnsitz zu schweren Nebenwirkungen führten. Hier führte Art. 5 Nr. 3 LugÜ zur Zuständigkeit deutscher Gerichte für den deliktischen Anspruch des Klägers, weil als Erfolgsort der Ort anzusehen war, an dem die Nebenwirkungen eingetreten waren, nicht aber derjenige, an dem die erforderliche Aufklärung unterblieben war. Mit diesem Urteil wird klar gestellt, dass die Haftung aus Aufklärungsfehler die Entstehung eines Gesundheitsschadens voraussetzt, also nicht etwa die Verletzung des Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts auf Selbstbestimmung ausreichen kann.

d) Ein Beschluss vom 1. Juli 2008⁶² befasst sich mit der Darlegungslast des Patienten, der einen pharmazeutischen Patienten gem. § 84 AMG unter dem Gesichtspunkt der Arzneimittelhaftung in Anspruch nimmt, wobei es um das Medikament VIOXX ging.⁶³ Hier hatte das Berufungsgericht den Anspruch an unzureichenden Darlegungen der Klägerin scheitern lassen, erwies sich aber selbst als unzureichend. Insbesondere waren entgegen dem Antrag der Klägerin die Krankenunterlagen nicht beigezogen worden, so dass wir den Fall an die Vorinstanz zurückverweisen mussten.

d) Nun komme ich zu dem schon angekündigten Fall, der Fragen der persönlichen Leistungserbringung berührt. Es ging um die Haftung von niedergelassenen Ärzten einer Gemeinschaftspraxis, die an sich zum ärztlichen Bereitschafts- bzw. Notfalldienst eingeteilt

⁵⁸ BGH VersR 2008, 1216

⁵⁹ BGH NJW 2005, 1364; ebenso Urteil vom 18. 11. 2008 – VI ZR 198/07

⁶⁰ BGH Urteil v. 18. 11. 2008 – VI ZR 198/07

⁶¹ BGHZ 176, 342 = NJW 2008, 2344

⁶² BGH NJW 2008, 2994

⁶³ Hierzu auch OLG Karlsruhe MedR 2009, 474 m. Anm. *Deutsch*

waren, an deren Stelle aber aufgrund einer Abmachung oder Vertretungsregelung (im einzelnen war das nicht aufgeklärt) ein anderer Arzt tätig wurde. Dieser hat sodann mit für den Patienten nachteiligen Folgen anstatt des tatsächlich vorliegenden Herzinfarkts eine Gastroenteritis diagnostiziert. Verklagt wurden alle drei Ärzte. Das OLG Köln hat mit Teilurteil die gegen die nicht agierenden Ärzte gerichtete Klage abgewiesen. Deren deliktische Haftung scheidet aus, weil der Beklagte zu 1 nicht im zivilrechtlichen Sinn als ihr Vertreter tätig geworden sei. Demgegenüber hat der BGH⁶⁴ mit Urteil vom 10. März dieses Jahres ausgeführt, für den deliktischen Anspruch – und nur dieser kam in Frage – komme es nicht darauf an, ob der agierende Arzt rechtsgeschäftlicher Vertreter und Erfüllungsgehilfe gewesen sei, weil er jedenfalls Verrichtungsgehilfe im Sinn des § 831 BGB gewesen sein könne. Das könne auch ein selbständig Tätiger unter bestimmten Voraussetzungen sein. So habe der Senat etwa den Praxisvertreter als Verrichtungsgehilfen des vertretenen Arztes angesehen⁶⁵, auch wenn der Vertreter den Patienten nach eigener Entschliebung und eigener ärztlicher Erkenntnis zu behandeln habe⁶⁶. Da die tatsächlichen Feststellungen nicht für die Beurteilung der Frage ausreichen, ob die Stellung des Erstbeklagten derjenigen eines solchen Praxisvertreters vergleichbar war, wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

6. Andere Haftungsmodelle

Damit habe ich Ihnen einen kurzen Überblick über die wesentlichen Grundsätze gegeben, die nach der Rechtsprechung für die Arzthaftung gelten. Ich will Ihnen nicht vorenthalten, dass gelegentlich Bedenken gegen die Zulässigkeit eines so weitgehenden Richterrechts geäußert werden⁶⁷ gegenüber der als Richterrecht entwickelten und in der Praxis bewährten Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler auch andere Haftungsmodelle erwogen werden, etwa die sog. Proportionalhaftung, wie sie Prof. *Wagner* beim 66. DJT vorgestellt hat⁶⁸. Danach soll bei zweifelhaftem Kausalverlauf der Patient in Höhe derjenigen Quote entschädigt werden, die der Wahrscheinlichkeit eines schadensfreien Verlaufs bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten entspricht. Das klingt zunächst bestechend einfach, wird aber m.E. den besonderen Gegebenheiten des Arzthaftungsprozesses nicht gerecht. Ich habe schon an anderer Stelle dogmatische Bedenken gegen diesen Vorschlag geäußert⁶⁹ und will mich

⁶⁴ BGH VersR 2009, 784

⁶⁵ BGH NJW 1956, 1834; VersR 1988, 1270

⁶⁶ So auch OLG Stuttgart VersR 1992, 55; MedR 2001, 311; OLG Oldenburg VersR 2003, 375

⁶⁷ Vgl. *Müller* VersR 2009, 1145, 1147 f.

⁶⁸ Verhandlungen Bd. I Gutachten A S. 58 f.; *ders.* auch in FS Hirsch (2008) S. 453 ff.

⁶⁹ *Müller* in Verhandlungen des 66. DJT, Bd. II/1 Referat I S. 26 ff.; *dies.* MedR 2009 309, 311.

deshalb hier kurz fassen. Problematisch ist schon der Ausgangspunkt, weil die Proportionalhaftung an den Verlust der Heilungschance anknüpft, der Arzt aber gar nicht den Heilerfolg schuldet, sondern „nur“ eine fehlerfreie Behandlung nach ärztlichem Standard. Auch stellt der Vorschlag viel zu sehr auf die Statistik und den Durchschnittspatienten ab, so dass für die Bewertung des ärztlichen Fehlverhaltens im Einzelfall kein Raum bleibt. Und schließlich würde mit diesem Modell den Sachverständigen noch mehr Macht eingeräumt, weil von ihrer Beurteilung dann auch die Höhe des Schadensersatzes abhinge und ein Patient auch bei einem ganz groben Fehlverhalten des Arztes keinen Schadensersatz erhielte, wenn der Sachverständige eine vollständige Heilung ohne den Behandlungsfehler für wenig wahrscheinlich hält. All das kann den Patienten nicht befriedigen und widerspricht den wesentlichen Grundsätzen der Verschuldenshaftung, an der auch bei einer etwaigen Kodifizierung dieses Rechtsgebiets festgehalten werden sollte.

Unser Thema „Haftung ohne Grenzen“ legt es nahe, abschließend noch einen Blick über den Tellerrand der Rechtsprechung hinaus zu werfen. Sie wissen vielleicht, dass zur Kodifizierung bzw. Vereinheitlichung der Arzthaftung sowohl auf europäischer Ebene - nämlich im Rahmen von Dienstleistungs-Richtlinien - als auch auf nationaler Ebene Versuche unternommen werden, die der VI. Zivilsenat mit großem Interesse, aber auch mit einiger Sorge beobachtet. Bedenklich erscheinen vor allem die Bestrebungen, unter dem Schlagwort einer Verbesserung des Verbraucherschutzes die Umkehr der Beweislast schon beim Vorliegen eines einfachen Behandlungsfehlers eintreten zu lassen – eine solche Regelung ließe das Augenmaß vermissen, um das sich die Rechtsprechung von jeher bemüht hat. Es würde die Ärzte viel zu stark belasten und hätte zur Folge, dass ihr Berufsrisiko kaum noch zu erträglichen Bedingungen versichert werden kann - auch das ist ein Punkt, der uns alle interessieren sollte. Andererseits sollte auch nicht dem Wunsch der Ärzte entsprochen werden, nur noch bei grober Fahrlässigkeit zu haften; denn das könnte ein Absinken des Sorgfaltsmaßstabs zur Folge haben, das unbedingt verhindert werden muss. Im Vergleich zu diesen Modellen erscheint das von der Rechtsprechung entwickelte Haftungskonzept wesentlich besser austariert, um den beiderseitigen Interessen Rechnung zu tragen. Zu einer europäischen Regelung, die ich noch in weiter Ferne sehe, möchte ich lediglich anmerken, dass neben der deliktischen Konstruktion des deutschen Arzthaftungsrechts und insbesondere des Aufklärungsfehlers auch die Unterschiede des medizinischen Standards in den einzelnen Ländern beträchtliche Schwierigkeiten bereiten dürften.

