

Vortrag Richterakademie am 6.7.2011

Einführung:

Ich bin seit 1983 als selbständiger Anwalt tätig, zunächst in Bonn, seit 1994 in Hennef. Seit Ende der 1970iger Jahre engagiere ich mich in Patientenschutzorganisationen. Von 1984 bis 1988 war ich Vorstandsmitglied im Arbeitskreis Kunstfehler in der Geburtshilfe mit Sitz in Dortmund, seit 1988 bin ich Vorsitzender der Bundesinteressengemeinschaft Geburtshilfeschädigter in Stadthagen bei Hannover. Seit kurzem auch Vorstandsmitglied des Deutschen Patientenschutzbundes in Dormagen. Auf politischer Ebene haben wir zusammen mit anderen Organisationen beständig daran gearbeitet, die Patientenrechte zu verbessern. Der Durchbruch kam 1999 als im Rahmen der Diskussion im BMG zur Verabschiedung der Eckpunkte zur Gesundheitsreform 2000 eine Vernetzung und Stärkung der Patientenschutzorganisationen erreicht werden konnte, u. a. durch Einfügung der §§ 66 SGB V (Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern) und 65 b SGB V (Förderung von Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung. Auch das zur Zeit von der Bundesregierung geplante Patientenrechtegesetz geht auf Forderungen der Patientenverbände zurück. Auch an den vielfältigen Aktivitäten im Rahmen der Qualitätssicherung im Medizinbetrieb arbeiten Patientenverbände mit (z. B. Veranstaltung der AOK Niedersachsen zur Qualitätssicherung der dortigen Geburtskliniken).

Neben diesen ehrenamtlichen Aufgaben habe ich mich als Anwalt nahezu ausschließlich mit der Bearbeitung patientenseitiger Schadensfälle befasst. In den letzten 25 Jahren kamen überschlägig ca. 4000 Arzthaftungsfälle, davon ca. 1500 geburtshilfliche Schadensfälle zur Bearbeitung.

Vorprozessuale Probleme bei der Durchsetzung patientenseitiger Schadensersatzansprüche (Öffentlichkeit, Fallzahlen, Behandlungsfehlerverdacht, Organisationen etc.)

Der Kranke, der sich vertrauensvoll zwecks Linderung oder Heilung seines Leidens in ärztliche Behandlung begibt, erleidet unter

Umständen einen behandlungsfehlerbedingten Gesundheitsschaden, der seine weitere Lebensführung drastisch beeinträchtigt. So ein geplagter Mensch hat zunächst gar nicht die Kraft, an Behandlungsfehler zu denken und Aktivitäten zu entfalten, solchen nachzugehen. Für viele Patienten sind die „Götter in Weiß“ immer noch unangreifbar. Dies betrifft zumindest ältere Patienten, die noch die alten Vorstellungen von der sog. Mauer des Schweigens verinnerlicht haben. Mittlerweile hat sich die Situation aber geändert. Aufgrund einer Vielzahl von Medienberichten ist das Bewusstsein, dass Ärzte naturgemäß auch Fehler machen können und machen, in der Öffentlichkeit angekommen und führt dazu, dass von Betroffenen Recherchen angestellt werden, um einem etwaigen Behandlungsfehlerverdacht nachzugehen. Mittlerweile stehen fast flächendeckend eine Vielzahl von Patientenberatungsstellen, insbesondere auch die Verbraucherzentralen und Patientenschutzorganisationen als erste Anlaufstellen zur Verfügung. Insbesondere die Informationsbeschaffung über das Internet fördert die Fähigkeit einem Behandlungsfehlerverdacht nachzugehen.

Laut statistischem Bundesamt gab es mit Stand 2009 17,81 Mio. Behandlungsfälle in 2.080 Krankenhäusern. Die Fallzahlen bei ambulanter Behandlung sind nicht konkret einzuschätzen, dürften aber ebenfalls wohl in dieser Größenordnung liegen.

Bis heute gibt es keine einheitliche und zusammenfassende Darstellung der Zahl tatsächlicher oder vermuteter medizinischer Behandlungsfehler in Deutschland. Vergleicht man einschlägige Veröffentlichungen, so wird von 40.000 Behandlungsfehlerfällen im Jahr in Deutschland gesprochen. Hierbei werden Verlautbarungen der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, der Medizinischen Dienste der Krankenkassen sowie Äußerungen der Haftpflichtversicherer zugrundegelegt. Die Bundesärztekammer hat in der statistischen Erhebung für das Statistikjahr 2009 mitgeteilt,

dass gut $\frac{1}{4}$ aller vermuteten Arzthaftungsfälle durch die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern bewertet werden. Die Anzahl der eingegangenen Anträge hat sich 2009 auf ca. 11.000 Fälle bezogen. Auch hier wird deutlich, dass die Gutachterkommissionen offensichtlich auch von einer Gesamtfehlerzahl von gut 40.000 pro Jahr ausgehen. Die Statistiken der verschiedenen Gutachterkommissionen und Ärztekammern weisen eine Erfolgsquote von ca. 20 bis 30 % der Eingänge aus. Am 21.6.2011 hat die Bundesärztekammer die Entwicklung und die Zahlen für das Jahr 2010 vorgestellt. Im einzelnen weisen die neuesten Zahlen nur geringfügige Abweichungen zum Vorjahr aus.

Diese Zahlen kontrastieren erheblich mit Angaben von Schätzungen, daß pro Jahr 1 Million Menschen Opfer ärztlicher Behandlungsfehler werden (so Spiegel und Zeit v.23.3.2011) Auf jeden Fall scheint die Dunkelziffer sehr hoch zu sein.

Nur am Rande: Die Einrichtung der Gutachter- und Schlichtungsstellen war Mitte der 70er Jahre ein Reflex auf die sich steigernden Aktivitäten von Patientenschutzverbänden. Aufgrund der anfänglich sehr geringen Bestätigung haftungsrelevanter Behandlungsfehler wurden diese Gutachter- und Schlichtungsstellen von den Patienten bzw. den Patientenschützern auch Anspruchsvernichtungsstellen genannt. Die Situation hat sich zwischenzeitlich doch geändert und man muss realistischerweise feststellen, dass zumindest bei den meisten Gutachter- und Schlichtungsstellen eine ordentliche Arbeit geleistet wird und trotz unterschiedlicher Statuten eine gewisse Transparenz bei der Gutachterausswahl und Mitsprache bezüglich der Bewertung von eingeholten Gutachten besteht. Letztlich fehlt es aber immer noch an der Durchlässigkeit bzw. Möglichkeit, auch Patienten oder ihre Vertreter zu beteiligen. Es ist immer noch eine Veranstaltung der

Ärzeschaft, die sich über die Haftpflichtversicherer und den Kammerbeiträgen finanziert.

Ein gewichtiger Faktor bei der Hilfe und Unterstützung von Geschädigten sind die gesetzlichen Krankenkassen. Mit Einführung des § 66 SGB V durch das Gesundheitsreformgesetz vom 22.12.1999 **können** die Krankenkassen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen unterstützen. Die vormalige Formulierung, dass die Krankenkassen die Versicherten unterstützen **sollen**, ist in der Endfassung nicht übernommen worden.

Mittlerweile haben zumindest die großen gesetzlichen Krankenversicherer Regreßabteilungen und Kompetenz-Zentren eingerichtet, die sich ausschließlich mit der Prüfung etwaiger Behandlungsfehler befassen. In der Regel werden von diesen Sachbearbeitern die Krankenblattaufzeichnungen beigezogen und dem Medizinischen Dienst der Krankenkasse zur Prüfung auf Behandlungsfehler zur Verfügung gestellt. Das Ergebnis einer solchen Begutachtung, wenn es positiv ausfällt, hilft dem Geschädigten dann bei der Durchsetzung seiner eigenen Ansprüche. Mittlerweile fahren die Krankenkassen auch ordentliche Regresse ein. Die Techniker Krankenkasse z.B. gab bekannt, dass über 30.000 Behandlungsfehlerverfahren in den letzten Jahren bearbeitet worden seien. Durchschnittlich seien 4.000 Behandlungsfehlervorwürfe in Bearbeitung und täglich kämen 25 neue hinzu. Die AOK prüft seit 1998 für ihre Versicherten mögliche ärztliche Behandlungsfehler. Inzwischen sei die Gesamtzahl von 10.000 Beschwerden erreicht worden. Etwa 1/3 der Anträge habe seine Berechtigung gehabt.

1998 teilte die DAK Pressestelle mit, dass man bundesweit die Akten schwerstbehinderter Kinder der Jahrgänge 1983 bis 1989 geprüft habe, deren Eltern einen Antrag auf Pflegeleistungen gestellt hatten. Fachärzte verschiedener medizinischer Dienste filterten rund 500 Fälle heraus, bei denen die Diagnose möglicherweise auf einen

Behandlungsfehler zurückzuführen war. Dieser Verdacht erhärtete sich durch eine genaue Prüfung bei 62 Kindern. In 12 Fällen hatten die Versicherten ihre Ansprüche bereits durchsetzen können. Insgesamt wurden 2.500 Fälle der Prüfung unterzogen.

Hinsichtlich der Fallzahlen weisen die geburtshilflichen Schadensfälle eine Besonderheit auf. Auch hier gibt es keine validen Zahlen. Unter Berücksichtigung der zugänglichen Studien und Fachmeinungen von Medizinerinnen und von Geburtshelfern liegt im Ergebnis die Zahl bei ca. 143 anerkannter geburtshilflicher Schadensfälle pro Jahr. Andere Quellen gehen von 200 bis 300 Fällen aus. Ich will dies an dieser Stelle nicht vertiefen. Googelt man im Internet nach Anwälten, die sich auf geburtshilfliche Schadensfälle spezialisiert haben, so kommt man auf eine mittlerweile doch sehr erkleckliche Zahl, die sicherlich deutlich an die 100 geht. Das heißt also, dass eine Vielzahl von Anwälten um die wenigen geburtshilflichen Schadensfälle werben. Wirklich erfahrene Anwälte, die sich über viele Jahre mit solchen geburtshilflichen Schadensfällen befasst haben, dürften aber deutlich weniger sein.

Welche weiteren Möglichkeiten hat der Patient, einem Behandlungsfehlerverdacht nachzugehen?

Ich habe oben schon kurz angesprochen, dass der geschädigte Patient zunächst einmal seine Lebensumstände neu ordnen muss und im Wesentlichen auf die Hilfe seiner familiären Umgebung angewiesen ist. Hier sind häufig Patientenschutzorganisationen erste Anlaufstellen, die sich einfühlsam mit dem Patienten unterhalten und ihm wertvolle Tipps für das weitere Vorgehen geben. Auch Verbraucherzentralen, die sich mit der Beratung bei Verdacht auf Behandlungsfehler befassen, wie die Patientenberatung in Köln oder

die Verbraucherzentrale in Hamburg, leisten eine gute Erstberatung. In den Gesprächen taucht schnell die Frage auf, ob der Patient direkt zum Anwalt oder aber den Weg zur Krankenkasse oder zu einer der Gutachter- und Schlichtungsstellen gehen soll. Ausschließlich über die Krankenkasse oder über die Gutachter- und Schlichtungsstelle einen Antrag auf Begutachtung zu stellen, halte ich für gefährlich. Nach den Statuten der Gutachterkommissionen ist die Beteiligung der Behandlungsseite unterschiedlich geregelt. Bei der Gutachterkommission Düsseldorf nehmen nur Ärzte, nicht aber Krankenhäuser am Verfahren teil. Das Verfahren ist also nur gegen Ärzte, die am Verfahren teilnehmen, gehemmt. Noch problematischer wird der Fall, wenn es um geburtshilfliche Schadensfälle geht. Hebammen, die nicht selten ebenfalls haftungsrechtlich in den Fokus rücken, nehmen nicht am Verfahren teil, sodass hier ebenfalls Verjährung eintreten kann. Da geschädigte Patienten in der Regel nicht sehr zeitnah zum Behandlungsvorgang Aktivitäten in diese Richtung unternehmen, sondern erst relativ spät, manchmal auch erst nach Ablauf von 3 Jahren, kommt es darauf an, welche Kenntnis der tatsächlichen Behandlungsvorgänge sie z.B. in einem Antrag an die Gutachterkommission oder in einem Schreiben an die Krankenkasse vermitteln. Hier muss geprüft werden, ob in solchen Anschreiben nicht schon hinreichend Kenntnis der Behandlungsvorgänge und deren Auswirkungen vorhanden waren, sodass der Verjährungsbeginn mit Ablauf des Jahres, in dem diese Kenntnis vorhanden war, eintritt. Desweiteren sollte auf jeden Fall die Beiziehung der Behandlungsunterlagen vor allen anderen Aktivitäten stehen. Die Prüfung solcher Behandlungsunterlagen auf Vollständigkeit und Richtigkeit (Plausibilität) kann nur ein spezialisierter Anwalt leisten, der in Zusammenarbeit mit einem beratenden Arzt die Unterlagen einer Vorprüfung unterzieht. Häufig muss danach erst die haftungsrechtliche Zuordnung zu einzelnen Personen oder zum Krankenhaus geprüft werden. Hier sind häufig Nachfragen beim Krankenhaus oder beim Versicherer notwendig. Die Komplexität der horizontalen und vertikalen Haftungsstränge soll

hier nicht vertieft werden. Sicher ist aber, dass der Patient als medizinisch / juristischer Laie diese Arbeit regelhaft nicht leisten kann. Die Gutachter- und Schlichtungsstellen leisten diese Arbeit nicht. Auch die Sachbearbeiter der Regreßabteilungen der Krankenkassen bedienen sich häufig externer anwaltlicher Beratung.

Wir arbeiten sehr zielorientiert mit den Regress-Abteilungen der großen Krankenkassen zusammen. Häufig gelingt es auch, die Krankenkassen davon zu überzeugen, Gutachteraufträge an externe Gutachter zu vergeben oder ein von uns eingeholtes Privatgutachten zu bezahlen.

Die Bearbeitungsdauer des Medizinischen Dienstes ist unterschiedlich. Es kann sein, dass über ein Jahr vergeht, bis ein Gutachten vorgelegt wird. Insofern sind die Bearbeitungszeiten ähnlich lang wie bei den Gutachter und Schlichtungsstellen die bei etwa 12 bis 18 Monaten liegen. Der medizinische Dienst wird nicht tätig, wenn bereits ein Antrag bei einer Gutachter oder Schlichtungsstelle gestellt wurde.

Kompetente Privatgutachter sind da schneller und gründlicher.

Jedenfalls raten wir davon ab, primär und ausschließlich eine der Gutachterkommissionen- und Schlichtungsstellen einzuschalten. Dafür sind die Gestaltungsmöglichkeiten zu gering. In der Regel werden von der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle die Fragen an den Gutachter vorgegeben. Sollte sich im Laufe der Begutachtung die Notwendigkeit einer speziellen Vertiefung in die ein oder andere Richtung ergeben oder hinsichtlich von Aufklärungsmängeln eine Bewertung erfolgen müssen, reichen die Kommunikationsmöglichkeiten zwischen Patient und Gutachterstelle nicht aus.

II.

Versicherungswirtschaft

Wir sind primär bestrebt, eine außergerichtliche Einigung mit dem Schädiger bzw. der dahinterstehenden Haftpflichtversicherung herbeizuführen. Allerdings zeigt die Erfahrung der letzten 10 Jahre, dass das Regulierungsverhalten der Versicherer, insbesondere bei schweren Personenschäden und hohen Schadensersatzforderungen, restriktiver geworden ist. Das ein Versicherer im Rahmen der außergerichtlichen Bearbeitung ein Grundanerkennnis mit der Wirkung eines rechtskräftigen Feststellungsurteils abgibt, kommt so gut wie gar nicht mehr vor. Häufig bewegen sich Regulierungsmöglichkeiten mit den Versicherern im Rahmen eines sog. Risikovergleichs, im Zuge dessen entweder in Form einer Kapitalabfindung zur Abgeltung aller, auch zukünftiger, Ansprüche der Schadensfall erledigt wird oder aber eine Quote ausgehandelt wird, nach der dann die im einzelnen zu beziffernden Schadenspositionen erstattet werden. Ansonsten wird mit der Floskel „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ eine Regulierung angeboten, wobei z.B. im Wege eines Teilvergleichs das Schmerzensgeld erledigt werden kann und man sich über die bezifferbaren materiellen Ansprüche im Wesentlichen einigt.

Allerdings bergen solche Vergleiche Risiken sowohl für den Patienten als auch für den Anwalt in sich. Bei solchen Vergleichen muss insbesondere darauf geachtet werden, ob ein Träger der Sozialhilfe Leistungen erbringt, die mit den Schadensersatzforderungen sachlich und zeitlich kongruent sind. Häufig verweist der SLT nach einem Vergleich mit dem Schädiger den Hilfeempfänger auf die sog. Einziehungsermächtigung. Die Problematik ergibt sich aus der sog. Subsidiarität der Sozialhilfe. Anders als bei den Sozialversicherungsleistungen unterliegen die Sozialhilfeleistungen dem Grundsatz des Nachranges der Sozialhilfe,

§§ 2, 19 SGB-XII. Dieser Grundsatz besagt im Wesentlichen, dass derjenige, der über Einkommen und Vermögen verfügt, nicht bedürftig ist und somit keinen Anspruch auf Sozialleistungen hat. Zwar gehen Schadensersatzansprüche aufgrund des gesetzlichen Forderungsübergangs (§ 116 Abs. 1 SGB-X) auf den Träger der Sozialhilfe über, soweit er schadensbedingt Leistungen erbringt, andererseits besagt der Nachrang der Sozialhilfe, dass dem Sozialleistungsträger ein Wahlrecht zusteht. Ihm bleibt es unbenommen, weiter Leistungen zu erbringen und diese im Wege des Regressanspruchs beim Schädiger geltend zu machen oder aber er verweist auf den Nachrang der Sozialhilfe und stellt seine Leistungen ein mit dem Hinweis darauf, dass dem Geschädigten gegenüber dem Schädiger ein Anspruch zusteht, der die Kosten z.B. einer stationären Unterbringung umfasst, die sog. Einziehungsermächtigung.

Ich will im Einzelnen nicht auf die recht komplexe Rechtsmaterie eingehen, die sich für den Fall der Einstellung von Leistungen durch den Sozialhilfeträger ergibt. Abgesehen von vielen Leistungen, die einkommensunabhängig sind und der Frage, ob bezüglich des oben genannten Wahlrechts eine Ermessensentscheidung vorliegt, die richterlich überprüft werden kann, ist insbesondere bei Kapitalabfindungen damit zu rechnen, dass ohne Berücksichtigung dieser Problematik zunächst einmal aus dem Kapitalbetrag bei Einstellung der Sozialhilfe die Leistungen von dem Geschädigten selbst zu tragen sind und sich dann wahrscheinlich erst später im Prozess vor den Sozialgerichten die Rechtslage zugunsten des Geschädigten klärt.

Wir raten dazu, in Vergleichen, sowohl außergerichtlichen als auch in gerichtlichen Vergleichen, klarstellend hineinzuschreiben, dass mit diesem Vergleich lediglich die Direktansprüche verglichen werden und für den Fall, dass der Sozialhilfeträger aufgrund des Nachrangs der Sozialhilfe, Leistungen einstellt, ggf. bis zur Klärung der

Rechtsslage im Wege der Einziehungsermächtigung diese Leistungen vom Schädiger bzw. dem Versicherer zu tragen sind. An dieser Forderung scheitert häufig ein Vergleich, wobei der Geschädigte oder die Eltern eines geburtsgeschädigten Kindes nach Möglichkeit aufgrund jahrelanger Rechtsstreitigkeit dazu neigen, es dann später doch auf eine Auseinandersetzung mit dem Sozialleistungsträger ankommen zu lassen. Allerdings muss über diese Problematik mit schriftlicher Niederlegung in der Akte durch den Anwalt umfassend aufgeklärt werden. Anzumerken ist, dass sowohl die Sozialversicherungsträger als auch insbesondere die Sozialleistungsträger in den vergangenen Jahren routinemäßig etwaige Regressmöglichkeiten prüfen und nicht mehr – wie in der Vergangenheit – weiter leisten und ggf. im Regresswege versuchen, die Leistungen zurückzuholen. Immer häufiger machen sich die Träger der Sozialleistung diese Arbeit nicht mehr und verweisen darauf, dass aufgrund des Nachranges der Sozialhilfe der Schädiger sich selbst um die Kosten der Eingliederungshilfe kümmern soll. Dies führt dann wie gesagt dazu, dass bei den SLT die Komplikationen nach einem Vergleich vorprogrammiert sind.

Da die Aktivitäten sowohl der Sozialversicherungsträger als auch der Sozialleistungsträger in den vergangenen 10 Jahren aus meiner Sicht drastisch zugenommen haben um Regresse einzufahren, wird letztendlich auch die außergerichtliche Regulierung der Direktansprüche immer komplizierter und schwieriger.

Vor Abschluß eines Vergleichs sollte mit dem SLT abgeklärt werden wie er sich nach Vergleich verhält: Regreß oder Einstellung der Leistungen.

Auf der sicheren Seite ist der Patient nur, wenn er ein rechtskräftiges Feststellungsurteil hat. Für die Haftpflichtversicherung des Schädigers heißt das, dass die Regressansprüche voll befriedigt werden müssen und für den Geschädigten ist klar, dass für den Fall der Nichterbringung von Sozialleistungen er die Kosten der

Sozialhilfe über den Feststellungsantrag vom Schädiger ersetzt verlangen kann.

Sie alle wissen aus den von Ihnen bearbeiteten Gerichtsfällen, dass jeder Prozess Risiken birgt und der Prozesserfolg eines geschädigten Patienten häufig am seidenen Faden hängt. Selbst wenn Behandlungsfehler bewiesen sind, scheitern häufig Arzthaftungsklagen an Fragen der Kausalität. Insbesondere die Objektivität der Gerichtsgutachter ist nicht immer gewährleistet, ohne daß die Schwelle zur Befangenheit überschritten wird.

Nicht selten wird dann vom Gericht der Vorschlag gemacht, eine bestimmte Summe zur Abgeltung aller Ansprüche zu zahlen. Dann muss aber die oben angeführte Problematik mit den Sozialleistungsträgern mit berücksichtigt werden. Hier fehlt es manchmal an der Durchdringung des sozialhilferechtlichen Leistungsrechts. Es gibt natürlich Situationen, wo bei wackeligem Prozessausgang ein Risikovergleich durchaus Sinn macht. Hier von vornherein den Parteien davon abzuraten, mit Blick auf die sozialrechtliche Problematik, wäre verfehlt. Es gibt nun einmal im Schadensrecht ein Alles oder Nichts. Dies sind ganz schwierige Situationen, die sehr ausführlich mit dem Mandanten unter Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage erörtert werden müssen. Wenn seitens des Gerichts in so einem Fall von der Klagepartei eine schnelle Entscheidung, nach Möglichkeit noch im Termin, erwartet wird, so ist dies verfehlt. Auch dem Beklagtenvertreter wird natürlich insbesondere für die Rücksprache mit seinem Versicherer eine Widerrufsfrist eingeräumt. Dies muss selbstverständlich auch in Bezug auf die Klagepartei gelten.

Bei all den Erwägungen darf nicht außer Betracht gelassen werden, dass der Geschädigte wissen muss, wie hoch die zur **Verfügung stehende Deckungssumme** des Schädigers bzw. seiner

Haftpflichtversicherung ist. Erklärungen des Haftpflichtversicherers werden nur im Rahmen der zur Verfügung stehenden Deckungssumme abgegeben. Ein einklagbarer Anspruch auf Benennung der Höhe der Deckungssumme besteht aber soweit ersichtlich nicht. In aller Regel wird aber der Versicherer zumindest bei ernsthaften Regulierungsverhandlungen die Deckungssumme bekannt geben. Hier tun sich nicht selten gerade bei Altfällen Abgründe auf.

Eine ausreichende Deckungssumme ist bei schweren Personenschäden mit entsprechend hohem Schadenaufwand keineswegs gesichert. Insbesondere in Schadensfällen mit schweren Hirnschäden reicht die Deckungssumme zur Befriedigung der Direktansprüche und der Regressansprüche der SLT und SVT, später auch der Rentenversicherungsträger etc., nicht aus. Ihnen ist sicher noch die seit Monaten anhaltende öffentliche Diskussion bezüglich der Erhöhung der Haftpflichtprämie für Hebammen geläufig. Hebammen sollen drastisch mehr für ihren Versicherungsschutz zahlen und befürchten, dass der Verdienst die Zahlung der Versicherungsprämie nicht mehr gewährleistet.

Schwerstgeschädigte Patienten, insbesondere solche mit einem apallischen Syndrom und häuslicher Pflege verursachen enorme Kosten. Die Krankenversicherung muss in der Regel Behandlungspflege leisten, d.h. notfalls 2 oder 3 ausgebildete Personen oder einen Pflegedienst zur Versorgung des Patienten rund um die Uhr zur Verfügung stellen. In einem kürzlich verglichenen Fall zahlt die Krankenkasse für ein geburtsgeschädigtes Kind, welches mittlerweile 19 Jahre alt ist, allein an Behandlungspflege, weit über 20.000,00 € pro Monat. Über die Jahre betrachtet nehmen sich die Direktansprüche daneben relativ gering aus. Schmerzensgelder mittlerweile in Größenordnungen von 500.000,00 € bis 600.000,00 € (zuletzt Landgericht Mosbach) werden gezahlt, materieller Schaden in Form von Mehrbedarf und

weiteren Einzelpositionen sowie später Erwerbsschaden etc. kommen hinzu. Hierzu wird Frau Bona noch Einiges auszuführen haben.

Wenn auch der Sozialleistungsträger noch Leistungen erbringt z.B. für stationäre Pflege und Unterbringung, dann wird deutlich, dass die Direktansprüche sowie die Regressansprüche der SLT und SVT unter Umständen einen heute üblichen 5.000.000,00 €-Vertrag in relativ kurzer Zeit sprengen können.

Wir können schon froh sein, wenn eine solch hohe Deckungssumme zur Verfügung steht. Bei Altfällen sind es häufig nur 1.000.000,00 DM oder Euro, je nachdem, ob vor oder nach der Euroeinführung. Wir haben erlebt und müssen immer noch erleben, dass rechtskräftige Grundurteile nicht zur Befriedigung führen, weil die Deckungssumme nicht ausreicht, oder der Versicherungsnehmer, also der Schädiger, gar nicht erst versichert war oder aber ihm eine solche Obliegendheitsverletzung zur Last fällt, dass eine Haftpflichtversicherung nicht leistet. Diese Situation wird umso bedrohlicher, wenn es sich um einen niedergelassenen Arzt, einen Belegarzt, oder eine freie Hebamme oder Beleg-Hebamme handelt. Hier gehen Vollstreckungen gegen den Schädiger häufig frustan aus, sei es dass der Schädiger sich ins Ausland abgesetzt hat oder er nicht leistungsfähig ist.

Für den Fall der Überschreitung der Deckungssumme muss normalerweise das **Kürzungs- und Verteilungsverfahren** nach §§ 155, 156 VVG a.F., §§ 107, 109 VVG 2008 durchgeführt werden. Hier ergeben sich große rechtliche und praktische Schwierigkeiten. Ähnlich wie bei Insolvenzverfahren müssen zunächst alle Gläubigerforderungen zusammengetragen werden, also insbesondere die Forderungen des Sozialleistungs- und des Sozialversicherungsträgers. Erst wenn fest steht, dass die gesamte Deckungssumme zur Befriedigung aller Ansprüche, also

insbesondere der Direktansprüche, nicht ausreicht, kommt das sog. Befriedigungsvorrecht des Geschädigten zum Zuge (§ 116 Abs. 4 SGB-X).

Der BGH hat klargestellt (AZ.: 6 ZA 9/03, Beschluss vom 08.07.2003):

Beruft sich der Geschädigte im Haftpflichtprozess gegenüber dem Vortrag des Haftpflichtversicherers, die Versicherungssumme reiche zur Befriedigung der mehreren Betroffenen nicht aus, auf sein Befriedigungsvorrecht aus § 116 Abs. 4 SGB-X, so führt dies nicht dazu, dass die Verteilung der Versicherungssumme generell unterbleibt. Vielmehr findet zunächst im Rahmen des Verteilungsverfahrens die anteilige Kürzung aller Forderungen statt, sodann erhält der Geschädigte einen Anteil von den Ansprüchen seiner Rechtsnachfolger in der Höhe, wie sie erforderlich ist, um seinen Ausfall infolge der Kürzung auszugleichen.

Auch diese Situation einer Unterdeckung hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Deckungssumme führt nicht selten dazu, dass zur Vermeidung langjähriger Rechtsstreitigkeiten ein Risikovergleich geschlossen wird, der sich nach Möglichkeit im Rahmen der Deckungssumme hält.

Der Anwalt und sein Mandant sind in einer argen Zwickmühle, wenn der Versicherer die Deckungssumme (z.B. 1.000.000,00 €) zur Abgeltung aller Ansprüche anbietet und die tatsächlichen Ansprüche, insbesondere bei schweren Personenschäden, auf die Jahre betrachtet, deutlich darüber liegen. Insbesondere bei geburtshilflichen Schadensfällen ist diese Situation nicht selten. Hier kommt es auch auf die Vermögensverhältnisse der Eltern an, die einen häufig langjährigen Prozess scheuen. Gerade bei geburtshilflichen Schadensfällen muss möglichst rasch eine finanzielle Abpolsterung erfolgen, um dem Kind auch solche Therapien zugute kommen zu lassen, die nicht von den gesetzlichen

oder privaten Krankenkassen bezahlt werden. Das gleiche gilt für Hilfsmittel, die nur in beschränktem Umfang von den Krankenkassen GKV oder PKV gezahlt werden.

Ich hatte oben schon angesprochen, dass das Versicherungsgebaren und das Regulierungsverhalten der Haftpflichtversicherer in den letzten 10 Jahren drastisch schlechter geworden ist. Die Gründe mögen auch in den oben angeführten Problemkreisen liegen.

Ein probates Mittel zur **Verzögerung berechtigter Haftpflichtansprüche** ist die Forderung, auf Seiten der Ärzte Gutachten, insbesondere Kausalitätsgutachten, einzuholen. Hier wird häufig völlig unsubstantiiert ins Blaue hinein behauptet, es habe sich ein wie auch immer gearteter Vorschaden ausgewirkt, die Schädigung sei schon vorher eingetreten und nicht mehr vermeidbar gewesen oder aber eine Vorschädigung habe den konkreten Schaden aggraviert. Entweder sind die Sachbearbeiter bei den Versicherern auf dem Gebiet der Beweislastverteilung nicht belesen genug oder aber, was ich vermute, das Gebaren dient nur der Verzögerung. Insbesondere wird überhaupt nicht die Rechtsprechung zur Frage der Mitverursachung und Zurechnung des gesamten Schadens beachtet sowie auf Tatbestandsebene, z.B. in der Gruppe der voll beherrschbaren Risiken die Vermutung, dass der Fehler im Rahmen der Behandlung stattgefunden hat, oder aber die Frage eines gutachterlich, bestätigten groben Behandlungsfehlers. Auch im Bereich der Aufklärungsrüge ist insbesondere bei der Fallgruppe der Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Gegenseite und nicht der Geschädigte für den Einwand einer hypothetischen Kausalkette behauptungs- und beweispflichtig ist.

Dazu als Beispiel folgender Fall:

Fall Kober:

Die Patientin leidet seit ihrem 17. Lebensjahr an einer Epilepsie. Wegen eines Anfalls war sie im Jahre 2007 in stationärer Behandlung. Aufgrund einer massiven Überdosierung des Medikamentes Phenytoin, die 350 % über der maximal zulässigen Tagesdosis lag, kam es zu einer Kleinhirnschädigung mit der Folge einer Ataxie. Der Behandlungsverlauf war bereits Gegenstand einer Sachverständigenüberprüfung bei der Gutachterstelle für Arzthaftungsfragen bei der Bayerischen Landesärztekammer. Das dort eingeholte Gutachten bestätigt, dass die massive Medikamentenintoxikation zu einem Kleinhirnschaden mit Ataxie geführt hat. Dies konnte bereits deshalb festgestellt werden, weil ein vor der Intoxikation durchgeführtes MRT des Gehirns keine Auffälligkeiten zeigte, ein solches nach der Medikamentenintoxikation jedoch hypodense Zonen im Kleinhirnbereich aufwies, wozu die dann auch erstmals aufgetretene Ataxie klinisch korrespondiert. An der Haftung dem Grunde nach besteht kein Zweifel.

Außergerichtlich hat das Krankenhaus ständig eingewandt, die von uns geltend gemachten Schäden (im Wesentlichen Folge der Ataxie, Rollstuhlpflichtigkeit etc. seien nicht auf die Medikamentenintoxikation, sondern auf das Grundleiden zurückzuführen. Diese Einlassung ist sowohl mutwillig, da bereits widerlegt als auch aus beweisrechtlicher Sicht, unerheblich. Wenn man davon ausgeht, dass ein abgrenzbarer Ursachenzusammenhang vom Gegner zu beweisen wäre, so steht nach diesseits eingeholten Gutachten und auch nach dem Gutachten der Schlichtungsstelle fest, dass eine solche Abgrenzung gar nicht möglich ist. Selbst, wenn hier also Unsicherheiten bestünden, könnte die Gegenseite niemals den Beweis eines abgrenzbaren Ursachenzusammenhanges erbringen. Mindestens aber ist eine überwiegende Mitverursachung der Medikamentenintoxikation für den geltend gemachten Schaden völlig eindeutig, sodass nach der gängigen Rechtsprechung dem Gegner der gesamte Schaden zugerechnet wird. Hinzu kommt, dass in diesem Fall ein grober Fehler anzunehmen ist, da es schlechterdings nicht passieren darf, dass eine so drastische Überdosierung durch

Kommunikationsmängel oder aber Vertauschen einer Maßeinheit einen Patienten schädigt. Auch hier wäre es Sache der Gegenseite, zu beweisen, dass jegliche Mitverursachung gänzlich ausgeschlossen ist. Dennoch beharrt die Gegenseite darauf, einen Kollegen des hier in Anspruch genommenen Chefs der Abteilung mit einem Gutachten zur Frage der Ataxie zu beauftragen. Da sich die Angelegenheit schon 2 Jahre außergerichtlich hingezogen hat, haben wir nunmehr Klage eingereicht.

Sie können an diesen Beispielen ersehen, dass schon vielfältige Aktivitäten außergerichtlich stattgefunden haben, bevor als ultima ratio dann Klage eingereicht wird und die Sache auf Ihrem Tisch landet. Résümierend stelle ich fest, dass die Versuche, einen Schadensfall, insbesondere mit hohem Schadensvolumen außergerichtlich zu erledigen, immer frustrierender werden. Auch im Gespräch mit anderen Kollegen, die sich im Arzthaftungsrecht bewegen, wird klar, dass immer mehr dazu übergehen, möglichst zeitnah Klage zu erheben, wenn erkennbar die Angelegenheit noch über einen langen Zeitraum verzögert wird. Allerdings stößt man dann wiederum an Grenzen, wenn die im Folgenden zu erörternden Zugangsprobleme auftauchen.

III.

Prozessuale Probleme

1. Zugangsproblem Kosten:

Wie bereits oben ausgeführt, ist zumindest bei sehr schweren Personenschäden das Schadensvolumen sehr hoch. Wir stellen in der Regel einen unbezifferten Schmerzensgeldantrag sowie einen

umfassenden Feststellungsantrag. So kommt schnell ein Streitwert von 1.000.000,00 € zustande. Der Streitwert wäre noch höher, wenn wir die Ansprüche beziffern würden. Insbesondere bei geburtshilflichen Schadensfällen ist eine weitere Streitwertreduktion kaum möglich. Bei einem solchen Streitwert liegt das Kostenrisiko in erster Instanz bei einem Anwalt auf der Gegenseite ca. 40.000,00 €. Nicht selten sind auf der Gegenseite 2 oder gar 3 Anwaltskanzleien, je nachdem, ob z.B. im Belegarztsystem der Belegarzt, die Hebamme, eventuell noch das Krankenhaus wegen der Beteiligung eines weiteren angestellten Arztes verklagt werden. Auf jeden Fall sind noch die Gutachterkosten hinzuzusetzen, sodass ein Prozesskostenrisiko für die Eingangsinstanz Landgericht bei mindestens 45.000,00 € liegt. In der zweiten Instanz erhöht sich das noch, hier werden möglicherweise, wenn keine Beschlusszurückweisung erfolgt und noch Gutachter gehört werden, Beträge zwischen 50.000,00 € und 55.000,00 € fällig, sodass sich das Gesamtkostenrisiko für 2 Instanzen schnell auf ca. 100.000,00 € und mehr summiert. Selbst wenn die Mandanten über eine eintrittspflichtige Rechtsschutzversicherung verfügen, sind die Deckungssummen, die in der Regel bei 100.000,00 € liegen, dann überschritten, wenn die Sache noch zum Bundesgerichtshof geführt wird. Letztlich ist nur eine Deckung in der Rechtsschutzversicherung von mindestens 200.000,00 € ausreichend, um das gesamte Kostenrisiko abzudecken. Hier muss also sorgfältig geprüft werden, ob ggf. im Verlaufe des Verfahrens die Möglichkeit besteht, bei Unterdeckung der zur Verfügung stehenden Rechtsschutzversicherungssumme einen PKH-Antrag zu stellen, wenn dies die wirtschaftlichen Verhältnisse der Mandanten hergeben.

Natürlich sind nicht alle Fälle mit einem so hohen Schadensvolumen versehen, dass die zur Verfügung stehende Deckungssumme der Rechtsschutzversicherung überschritten wird. Da sich

Gerichts- und Anwaltskosten nach dem Streitwert richten, ist bei geringerem Schadensvolumen naturgemäß das Prozesskostenrisiko geringer, allerdings ist auch bei Streitwerten um die 50.000,00 € bis 100.000,00 € mit maximal 40.000,00 € für 2 Instanzen zu kalkulieren. Dieses Prozesskostenrisiko erhöht sich, wenn nach Klageeinreichung sich für diverse Beklagte unterschiedliche Anwaltskanzleien bestellen. So sind auch Altverträge mit 50.000,00 € häufig unzureichend.

Ohne die Eintrittspflicht einer Rechtsschutzversicherung sind in der Regel solche Prozesse mit hohem Schadensvolumen wenn keine Prozesskostenhilfe greift kaum zu führen. Oder sie gehen letztendlich frustriert aus, wenn in 2. Instanz ein Vergleich geschlossen wird und die bis dato angefallenen und gequotelten Gerichts- und Anwaltskosten fast den Vergleichsbetrag erreichen.

Dazu folgender Fall:

Der Kläger hat Schmerzensgeld und Feststellung begehrt, weil der niedergelassene Hausarzt eine beginnende Myokarditis verkannt hat. Durch die Behandlungsverzögerung ist es zu einer Verschlimmerung gekommen, die einen künstlichen Herzklappenersatz erforderte. Darüber hinaus hat sich die Infektion bis ins Gehirn des Patienten, glücklicherweise ohne nachweisliche spätere Auswirkungen, erstreckt. Klägerseits ist vorgetragen worden, dass bei rechtzeitiger weiterer Befunderhebung und darauf fußender, entsprechender Diagnostik, eine medikamentöse Beherrschung der Myokarditis möglich gewesen wäre. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das OLG hat einen Vergleichsvorschlag gemacht, dem der Kläger nicht zuletzt auch wegen der schon sehr langen Prozessdauer zugestimmt hat. Zur Abgeltung aller Ansprüche ist ein Betrag in Höhe von 45.000,00 € gezahlt worden. Der Streitwert für die erste und zweite Instanz betrug 228.000,00 €. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen und des Vergleichs musste der Kläger zu 80 % und der Beklagte zu 20 % tragen. Unter Berücksichtigung der Quote hatte der Kläger eine Gesamtkostenlast von knapp 34.000,00 € zu tragen. Da die Beklagtenseite außerprozessual bereits 10.000,00 €

á-Konto gezahlt hatte, verblieben dem Kläger von insgesamt also 55.0000,00 € noch ca. 21.000,00 €. Der Kläger in diesem Fall war selbst niedergelassener Arzt, Prozesskostenhilfe kam nicht in Betracht, eine Rechtsschutzversicherung bestand nicht, sodass er Selbstzahler war.

Glücklicherweise sind solche Differenzen zwischen eingeklagter Summe und letztentlichem Prozesserfolg eher selten. Nur relativ weniger unserer Mandanten sind Selbstzahler. Entweder besteht eine Rechtsschutzversicherung oder aber wir klagen über Prozesskostenhilfe. Insbesondere bei schwersten Personenschäden ist eine sehr aufwändige und langwierige Klage über Prozesskostenhilfe für den Anwalt ein Trauerspiel. Wenn der Prozess verloren geht, verdient der Anwalt für jahrelange mühevollen Arbeit in einer Instanz 2.800,00 €. D.h., dass hier letztlich draufgezahlt wird. Das führt dazu, dass viele Kollegen solche Prozesskostenhilfemandate gar nicht annehmen. Da aber doch ein erheblicher Teil der über Prozesskostenhilfe geführten Prozesse auch gewonnen wird, muss dadurch ein gewisser Ausgleich hergestellt werden.

Im Zusammenhang mit der Prozeßkostenhilfe darf nicht vergessen werden, daß der Staat nur die eigenen Anwaltskosten und die Verfahrenskosten übernimmt, nicht aber die Kosten der Gegenseite. Geht ein PKH Prozeß verloren, kann das bei hohem Streitwert für den Kläger ruinös werden. Einen Sonderfall nehmen hier die Fälle ein, wo ein Kläger in Vertretung der Sorgeberechtigten klagt. Hier werden zwar im Rahmen der Unterhaltspflicht die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern geprüft, aber nur im Rahmen einer Prozeßkostenvorschußpflicht. Ein Durchgriff auf das Elternvermögen findet bei verlorenem PKH Prozeß nicht statt, da das Kind Kostenschuldner ist. Das hilft aber nur so weit wie voraussehbar aufgrund der schweren Schädigung der Kostenschuldner 30 Jahre lang den Kostentitel nicht befriedigen kann.

Eine weitere Möglichkeit der Prozessfinanzierung besteht über die gewerblichen Prozessfinanzierer. Diese Prozessfinanzierer lassen sich ein Erfolgshonorar von 30 bis 45 % versprechen. Die Hürden sind allerdings relativ hoch, damit ein Prozessfinanzierer einsteigt. Das ist verständlich da der Prozeßkostenfinanzierer die **gesamten** Prozeßkosten trägt.

Bei sehr guter Erfolgsaussicht der Klage wäre zu überlegen, ob nicht der Anwalt selbst ein Erfolgshonorar mit dem Mandanten, der weder eine Rechtsschutzversicherung hat noch sonst in der Lage ist, den Prozess zu finanzieren, vereinbaren soll. Allerdings kann der Anwalt anders als die Prozeßfinanzierer nur auf seine eigenen Honoraransprüche verzichten.

Bis zum 01.07.2008 war die Vereinbarung eines Erfolgshonorars verboten. Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Dezember 2006 feststellte, dass das absolute Verbot des Erfolgshonorars verfassungswidrig ist, wurden dann die §§ 3 a und 4 a RVG eingeführt. Aus einem absoluten Verbot wurde ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Allerdings sind hier noch nicht alle Fragen abschließend geklärt. So ist insbesondere ist das Verhältnis zur Beratungshilfe und zur Prozesskostenhilfe noch nicht abschließend geklärt. Nach diesseitiger Auffassung steht allerdings dem Mandanten ein Wahlrecht zwischen Beratungshilfe und Erfolgshonorar zu. (Zu Einzelheiten vgl. Ziegler „Trotz Hartz IV zum Erfolg“, JR 12/2009, Seite 490 ff.).

Ich will die Situation hier nicht weiter vertiefen, sondern nur darauf aufmerksam machen, dass insbesondere bei hohem Schadensvolumen und Mandanten ohne Rechtsschutzversicherung und ohne die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe lediglich der Weg über Prozessfinanzierer bzw. über Vergütungsvereinbarungen oder Erfolgshonoraren bleibt. Hier ist insbesondere der „Mittelstand“ im Einkommensgefüge besonders betroffen, da in der Regel das Einkommen und Vermögen für Prozesskostenhilfe, welche sich ja am Sozialhilferecht orientiert, zu hoch ist, allerdings die Lasten eines

solchen Prozesses wiederum für das Familieneinkommen eine sehr starke Belastung bedeuten würde. Hier muss im Einzelfall zwischen Mandant und Anwalt entschieden werden, welcher Weg einzuschlagen ist.

IV. Waffengleichheit im Prozeß aus Patientensicht

Wenn nun die Entscheidung zur Klageeinreichung gefallen ist, fertigen wir die Klageschrift. Wir stellen in der Regel einen unbezifferten Schmerzensgeldantrag sowie einen umfassenden Feststellungsantrag. Hinsichtlich des Feststellungsantrags kommt es hin und wieder vor, dass insbesondere die Eingangsinstanz verlangt, die bereits entstandenen Ansprüche zu beziffern und den Feststellungsantrag hinsichtlich der Vergangenheit als unzulässig abweist. Letztens hatte das Landgericht Mönchengladbach abgewiesen bezüglich der Vergangenheitsschäden im Feststeller, welches vom OLG Düsseldorf dann korrigiert wurde. In diesem Fall ging es um die Verkennung einer Spinalfistel. Der Kläger hat sowohl in gesundheitlicher als auch hinsichtlich seines Erwerbsschadens in Zukunft mit weiteren Ausfällen zu rechnen gehabt.

Das OLG Düsseldorf führte aus:

Soweit das Landgericht den Feststellungsantrag hinsichtlich bereits entstandener materieller Schäden als unzulässig angesehen hat, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Es trifft allerdings zu, dass ein Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) regelmäßig fehlt, wenn es um einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgang geht und nicht erkennbar und vom Kläger auch nicht nachvollziehbar dargelegt wird, inwiefern hieraus noch in der Zukunft Schäden entstehen können. Dann ist dem Kläger insoweit die Erhebung einer Leistungsklage in aller Regel

möglich und zumutbar (BGH VersR 91, 788, 789). Ist bei Klageerhebung ein Teil des Schadens schon entstanden, die Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten, so ist der Kläger jedoch grundsätzlich nicht gehalten, seine Klage in eine Leistungs- und in eine Feststellungsklage aufzuspalten (BGH, NJW 2003, 2827 sowie NJW 1988, 3268 ff. m.w.N.).

Beiziehung der Krankenunterlagen:

Immer wieder kommt es vor, dass uns Gerichte aufgeben, Krankenunterlagen im Original vorzulegen. In der Klageschrift beantragen wir recht regelmäßig, dass vom Gericht die Original Krankenblattaufzeichnungen der beklagten Partei beigezogen werden, respektive der Gegner aufgefordert wird, diese im Original zur Gerichtsakte zu reichen. Abgesehen davon, dass der Kläger keinen Anspruch auf Überlassung der Original Krankenblattaufzeichnungen der beklagten Partei hat, ist es manchmal mühsam, das Gericht davon zu überzeugen, dass gerade die Originale dem Gutachter zur Verfügung gestellt werden müssen. Entweder gibt es Informationsverluste durch Kopien, andererseits sind die Originale manchmal aufschlussreich hinsichtlich etwaiger nachträglicher Ergänzungen oder Weglassungen im Krankenblatt.

In einem Fall von uns stellte sich nach endlich von Gericht beigezogenen Originalunterlagen heraus, dass die schon Jahre vorher von der Gegenpartei übersandte Kopie eines Geburtsberichtes in der Kopie relevante Eintragungen nicht vorhanden waren, die sich später im Original wiederfanden. Daraus konnten wir nur den Schluss ziehen, dass offenbar vergessen wurde, dass zunächst einmal das Original Krankenblatt in Kopie übersandt wurde und zwar 1 zu 1 und später dann offenbar ohne zu bedenken, dass schon vorher die Krankenunterlagen in Kopie übersandt worden waren, nachträglich Eintragungen im Original Krankenblatt gefertigt

wurden. Natürlich sind solche Fälle tatsächlich versuchten Prozessbetruges selten. Sie sind auch in diesem Fall nicht erwartungsgemäß zugunsten der Gegenpartei ausgefallen.

In einem anderen Fall fanden sich ebenfalls erst wegen der viel zu späten Beiziehung der Originale Eintragungen im Krankenblatt, die allerdings als „Nachtrag“ gekennzeichnet waren. Dieser „Nachtrag“ wurde erst offensichtlich, als bei der mündlichen Anhörung des Gutachters auf meine Nachfrage, wo er denn diese bestimmte Information herhabe (es ging um den kindlichen Höhenstand vor Durchführung einer Forceps-Entbindung) der Gutachter auf das bei den Akten liegende Original Krankenblatt verwies. Letztlich hatte dieser ebenfalls sehr suspekten Vorgang keine weiteren Konsequenzen, da auch bei unterstelltem „Nachtrag“ (der im Übrigen ca. 12 Monate nach der Geburt gefertigt wurde) sich keine andere Beurteilung laut Gutachter ergab.

Résümierend kann festgestellt werden, dass jedenfalls nach Klageeinreichung das Gericht die Original Krankenblattaufzeichnungen der Beklagten beiziehen muss. In den einschlägigen Kommentaren und Lehrbüchern zum Arzthaftungsrecht findet man übereinstimmend den Hinweis, dass der Patient nicht verpflichtet sei, die Krankenunterlagen zu beschaffen und sie bei Klageeinreichung dem Gericht zur Verfügung zu stellen. Die Beiziehung von Krankenunterlagen sei vielmehr Ausfluss der Prozessförderungspflicht des Gerichtes, dass die Krankenunterlagen bei dem Beklagten oder der zuständigen Stelle anzufordern und dem Sachverständigen zur Fertigung des Gutachtens zu überlassen hat (für Viele Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Auflage, Seite 203 ff.).

Trotz der insofern eindeutigen Rechtslage kommen bei den Eingangsinstanzen manche sachbearbeitende Richter dieser Prozessförderungspflicht nicht nach.

So z.B. im Fall Kuttler 329/01, (Landgericht Wiesbaden sowie Böhme 1205 trotz OLG Frankfurt). Sie auch Anlage, Schriftsatz vom 02.08.2010 in Sachen Kuttler.

Die gleiche Kammer hat – immerhin ein komplexer geburtshilflicher Schadensfall – die Sache dem Einzelrichter übertragen und unseren Antrag, die Sache von der Kammer zu übernehmen, abgelehnt mit der Begründung:

Die von der Klägerin beantragte Übernahme war abzulehnen, weil nicht ersichtlich ist, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art zu erwarten sind, die über das gewöhnliche Maß eines Arzthaftungsprozesses hinausgehen (§ 348 ZPO). Der Geschäftsverteilungsplan sieht eine Sonderzuständigkeit nach § 348 Abs. 1, Ziff. 2 e ZPO nicht vor.

Die Übernahme durch die Kammer war übrigens auch von der beklagten Partei beantragt worden. Ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung der Übernahme durch die Kammer ist nicht ersichtlich, sodass der gesamte jahrelange Prozess vom Einzelrichter geführt wurde.

Wir sind der Meinung, dass auch für den Fall, dass keine Spezialzuständigkeit begründet ist, gerade aufgrund der Komplexität geburtshilflicher Schadensfälle die Sache von der Kammer zu bearbeiten ist.

Dass die arzthaftungsrechtliche Materie durchaus komplex und kompliziert sein kann, zeigt folgender Fall, den ich stark verkürzt wiedergebe:

Der 1984 geborene Kläger hat 1992 am Landgericht Kempten Klage erhoben und den Beklagten eine Vielzahl geburtshilflicher Behandlungsfehler vor, während und unmittelbar nach der Geburt vorgeworfen. Mit Grund- und Teilurteil von 1995 hat das Landgericht gegenüber allen Beklagten die Ansprüche des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im Wesentlichen hatte es gegenüber allen Beklagten grobe Behandlungsfehler angenommen und festgestellt, dass die Gegenseite den Kausalitätsgegenbeweis nicht erbracht habe. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt. Das OLG München (Augsburger Senat) hat am 18.03.2004 ein Endurteil mit folgendem Tenor erlassen:

Die Berufung der Beklagten gegen das als Grundurteil bezeichnete Grund- und Teilurteil des Landgerichts Kempten vom 20.09.1995 werden mit **folgender Klarstellung** zurückgewiesen:

1. Die Klageanträge Ziff. 1 bis 3 sind dem Grunde nach gerechtfertigt.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die dem Kläger anlässlich und aufgrund der Behandlung durch die Beklagten **nach** seiner Geburt am 14.10.1984 bis zum 16.10.1984 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.

Im Anschluss haben die Beklagten Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten mit Beschluss vom 05.04.2005 zurückgewiesen.

Das OLG hatte gegenüber allen Beklagten anders als die Vorderrichter keine **groben** Behandlungsfehler festgestellt und letztendlich blieb als Vorwurf die verspätete Verlegung bzw. Zuziehung eines Pädiaters übrig, die den Beklagten tatbestandsmäßig zuzurechnen sind.

Der Kläger hatte im Rahmen der Geburt eine Hirnblutung erlitten. Im Rahmen des OLG-Verfahrens wurde gutachterlich festgestellt, dass jeder der Beklagten in der Lage und verpflichtet gewesen wäre, für eine schnellere Hinzuziehung eines Pädiaters zu sorgen um den Kläger zu stabilisieren und ein Fortschreiten der Hirnblutung zu verhindern.

Das Kausalitätsproblem hat das OLG über § 830 Abs. 1 Satz 2 gelöst. Dazu führt es aus:

§ 830 Abs. 1 Satz 2 verhilft jedoch – wie hier – dem geschädigten Kläger zu einem Ersatzanspruch, weil sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren haftungsrechtlich beteiligten Beklagten und zu welchem Anteil den fortschreitenden Schaden infolge einer intra partum traumatisch und irreparabel ausgelösten Subarachnoidalblutung ursächlich in seinen Endzustand geführt hat. Die Bestimmung diene dazu, die Beweisnot des Klägers zu beheben, weil dieser einen Schaden erlitten hat, der nach der Haftungsordnung unzweifelhaft auszugleichen ist. Insofern sein das Interesse des Geschädigten, überhaupt Ersatz zu erhalten, gegenüber den Interessen der Beteiligten nicht ohne Kausalitätsnachweis haften zu müssen, höher zu bewerten und das Unaufklärbarkeitsrisiko auf die Beteiligten zu verlagern. Dies gelte auch für den Fall des Anteilszweifels, wenn sich nicht ermitteln lässt, welchen Schadensanteil der einzelne Beteiligte verursacht hat, sein Verhalten – wie hier – aber für den gesamten, nachgeburtlich vertieften Schaden, kausal sein kann. Nach alledem haften die Beklagten als Gesamtschuldner für die Schäden des Klägers, wie das Landgericht im Ergebnis zurecht ausgesprochen hat.

Im Verfahren hat der Gutachter Prof. Roos festgestellt:

Es ist deswegen hochgradig wahrscheinlich, dass das Ausmaß der neurologischen Schädigung des Klägers durch einen früheren Therapiebeginn hätte abgemildert werden können. Ich sehe also einen Kausalzusammenhang zwischen den Organisationsmängeln der nachgeburtlichen Versorgung des Klägers und dem Ausmaß seiner neurologischen Schädigung.

Im OLG-Verfahren haben die Beklagten **nicht** vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass ein abgrenzbarer Schadensanteil der Hirnblutung bereits unter der Geburt entstanden ist oder nur ein abgrenzbarer Schadensanteil auf die nachgeburtliche Behandlungsverzögerung entfällt.

Nachdem der BGH die Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten zurückgewiesen hat, ging es im **Grundverfahren beim Landgericht** weiter. Hier haben die Beklagten erstmals vorgetragen, dass lediglich über den „Vertiefungsschaden“ zu entscheiden sei, also nur der Anteil, der auf die Behandlungsverzögerung entfällt als Schadensanteil ersatzfähig ist. Dazu haben sie ein Privatgutachten eingeholt, welches feststellte, dass lediglich max. 10 % des Schadensanteils auf die nachgeburtliche Nichtversorgung zurückzuführen ist. Genaue Angaben konnte aber auch der Privatgutachter nicht machen.

Wir haben vorgetragen, dass dem Urteil des OLG erkennbar die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mitursächlichkeit und Zurechnung des gesamten Schadens bei bewiesener Mitursächlichkeit und nicht abgrenzbaren Schadensanteilen zugrunde gelegen hat, obwohl das OLG dies nicht ausdrücklich als solches benannt hat, sondern über § 830 Abs. 1 Satz 2 den Fall gelöst hat. Wir haben die Auffassung vertreten, dass bei bewiesener Mitursächlichkeit bereits im OLG-Verfahren die Gegenseite eine sog. Teil-Kausalität hätte behaupten müssen, also insofern, dass das ärztliche Versagen und ein weiterer, der Behandlungsseite nicht zurechenbarer Umstand, abgrenzbar zu dem Schaden geführt haben. Weder dem Tenor noch den Gründen ließe sich entnehmen, dass das OLG die Frage der qualitativ näher zu bestimmenden Schäden sowie die dann folgende quantitative Zerlegung des

Gesamtschadens dem Landgericht im Betragsverfahren überlassen wollte.

Das hat das Landgericht zunächst nicht so gesehen und ein Gerichtsgutachten eingeholt zur Frage, welchen Anteil die Behandlungsverzögerung in Bezug auf den Gesundheitsschaden, so wie er vom Kläger vorgetragen worden ist, hat. Dieser Gutachter kam zu der Einschätzung, dass 10 bis 20 % des Gesamtschadens der Behandlungsverzögerung zurechenbar sei. Wir haben mit der vorhin schon genannten Begründung dagegen gehalten und erreicht, dass –allerdings erst nach Richterwechsel- unserer Auffassung gefolgt wurde.

Mit Urteil vom 04.11.2010 sind die Beklagten antragsgemäß verurteilt worden. Im Wesentlichen führt das Landgericht aus:

Nach der Rechtskraft des Urteils des OLG steht fest, dass die Beklagten dem Grunde nach vollumfänglich für den dem Kläger entstandenen Schaden in seinem Endzustand, wie er durch die Intra partum traumatisch und irreparabel ausgelöste Gehirnblutung und die fehlerhafte nachgeburtliche Behandlung durch die Beklagten (mit-) verursacht wurde. Der Tenor des Urteils des OLG sei eindeutig. Dass die Beklagten dem Kläger dem Grunde nach vollumfänglich haften, sei bereits im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde thematisiert worden, der BGH habe die NZB zurückgewiesen. Mit der Rechtskraft des Urteils des OLG seien den Beklagten jegliche Einwendungen, die gegen ihre vollumfängliche Haftung gerichtet seien, abgeschnitten. Die Beklagten konnten sich also nicht darauf berufen, die ihnen zur Last gelegten Behandlungsfehler hätten den Gesundheitsschaden des Klägers nur zu einem kleinen Teil verursacht, da dieser zum größten Teil schon bei der Geburt entstanden sei. Hiermit greifen die Beklagten letztlich die haftungsbegründende Kausalität an, über die aber bereits rechtskräftig entschieden worden sei. Aus dem Urteil ergäbe sich nicht, dass das OLG die Haftung der Beklagten in irgendeiner Weise – insbesondere auf einen „Vertiefungsschaden“ – habe beschränken wollen. Vielmehr ergäbe sich aus den Entscheidungsgründen, dass das OLG ausgehend von dem Grundsatz, dass Mitursächlichkeit für die vollumfängliche Zurechnung eines Schadens genügt, die uneingeschränkte Haftung der Beklagten für den Hirnschaden des Klägers in seiner konkreten Ausprägung, d.h. mit den vom Kläger als Auswirkung geltend gemachten Beeinträchtigungen seines gesundheitlichen Befindens (BGH NJR 98, 3417) bejaht hat. Demnach sei im jetzigen Betragsverfahren nur noch über die Höhe des dem Kläger entstandenen materiellen Schadens, die Höhe des

Schmerzensgeldes, die Höhe der zu zahlenden Mehrbedarfsrente und die nun im Wege der Klageerweiterung geltend gemachten Erwerbsschadensrente zu entscheiden.

Gerade diese Abgrenzung zwischen Primärschaden und Sekundärschaden hat die Gegenseite nicht verinnerlicht. Gegen dieses Urteil ist wiederum Berufung eingelegt worden, über die zur Zeit noch nicht entschieden ist. Wie wird das OLG entscheiden?

Nach wie vor ist die Gegenseite der Auffassung, dass die Schadensanteile in ihrer qualitativen Bedeutung im Betragsverfahren zu berücksichtigen seien. Erst danach sei die Frage zu beantworten, welche materiellen Aufwendungen (Sekundärschaden) auf diesen qualitativen Teil der Höhe nach entfallen.

Ich bin nach wie vor der Auffassung, dass die Frage der qualitativen Schadensanteile ins Grundverfahren gehört, da es hier um den Primärschaden geht, der unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Mitverursachung zur Verurteilung der Gegenseite auf den gesamten Schaden geführt hat. Eine qualitativ näher zu bestimmende Schadensabgrenzung war und ist nicht möglich, erst danach würde sich die Frage nach einer quantitativen Zerlegung des Gesamtschadens stellen, die eben im OLG-Verfahren nicht zu erfolgen hatte. Außerdem würde die Frage hinsichtlich der qualitativ zu bestimmenden Schäden zur Beweislast der Gegenseite stehen.

Es kommt ja vor, dass im Tenor eine Haftungsquote bestimmt wird. Dann wäre aber klar, mit welcher Quote im Betragsverfahren gehaftet wird.

In einem Fall von uns hat das **OLG Hamm** vor einiger Zeit in einem geburtshilflichen Schadensfall, bei dem sich ebenfalls der Schwerpunkt der Haftung im postpartualen Bereich herauskristallisierte, entschieden,

dass dann, wenn positiv feststeht, dass ein einfacher Behandlungsfehler für den Schaden mit ursächlich geworden ist, die Haftung des Schädigers auf den gesamten Schaden geht, wenn der Anteil einer nicht haftungsrelevanten Vorschädigung nicht abgrenzbar sicher festgestellt werden kann (OLG Hamm, Urteil vom 07.05.2007, 3 U 30/05, Juris). Es hätte auf jeden Fall die reelle Chance des Klägers bestanden, bei einem fachgerechten Vorgehen der Ärzte in erheblich geringerem Umfang geschädigt zu sein. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei nicht einmal sicher festzustellen, dass in Bezug auf irgendeinen prozentualen Schadensanteil die Mitverursachung des Verhaltens der Beklagten sicher ausgeschlossen werden könne, sodass die Haftung auf den gesamten Schaden gerichtet ist, da hierfür bereits eine Mitursächlichkeit genügt. Denn sobald positiv feststeht, dass ein einfacher Behandlungsfehler für den Schaden mitursächlich ist, geht die Haftung auf den gesamten Schaden, wenn der Anteil einer nicht haftungsrechtlich relevanten Vorschädigung nicht abgrenzbar sicher festgestellt werden kann. Wenn es den Ärzten durch eine rechtzeitige Intubation gelungen wäre, die massiven Sauerstoffabfälle im Rahmen der Krämpfe aufzuhalten, dann wäre das Ausmaß der Hirnschädigung und damit der heutige Residualzustand mit einer für das praktische Leben ausreichenden Sicherheit verringert worden.

In ähnlicher Weise äußert sich das **OLG Brandenburg** (brandenburgisches Oberlandesgericht) im Urteil vom 26.04.2007, 12 U 125/06 in einem von uns bearbeiteten Fall:

Es stellt fest, dass die beim Kind eingetretene Schädigung auch kausal geworden sei, da eine Kausalität im haftungsrechtlichen Sinne bereits dann gegeben sei, wenn der Behandlungsfehler für den Schaden mitursächlich geworden ist. Eine Alleinursächlichkeit sei nicht erforderlich. Stehe fest, dass der Patient durch einen Behandlungsfehler einen Schaden erlitten hat, so ist es Sache des Arztes zu beweisen, dass der Patient den gleichen Schaden auch bei einem fehlerfreien Handeln erlitten hätte (Hinweis auf BGH VersR 2005, Seite 942).

Die Frage der Mitverursachung und Zurechnung des gesamten Schadens spielt in vielen Fällen eine Rolle, wird jedoch häufig von den Gerichten vernachlässigt.

Gerade in geburtshilflichen Fällen oder Fällen mit Hirnschäden stellt sich die Frage, ob durch eine Behandlungsverzögerung, Nichtbehandlung oder Falschbehandlung der Schaden zumindest gutachterlich bewiesen mitverursacht worden ist. Wenn sich dann nicht gutachterlich nachweisen lässt, dass diese Mitursächlichkeit lediglich einen bestimmten Teil des gesamten Primärschadens, also eines Schadens, so wie er vom Kläger qualitativ behauptet wird, abgrenzen lässt, dann geht der gesamte klägerseits geltend gemachte Gesundheitsschaden in seiner konkreten Ausprägung zulasten der Gegenseite.

Bevor also die Kausalität abgelehnt wird, ist zu prüfen, ob nicht zumindest beweisbar der Schaden zumindest geringer ausgefallen wäre, respektive eine Mitursächlichkeit gutachterlich zu beweisen ist. Wenn das der Fall ist, muss die Gegenseite beweisen, dass ein abgrenzbarer Teil nicht auf die Behandlungsfehler zurückzuführen ist. Gelingt dieser Beweis nicht, ist der gesamte Primärschaden der Gegenseite zuzurechnen und erst danach in einem ggf. nachfolgenden Betragsverfahren ist zu klären, in welcher quantitativen Größenordnung der geltend gemachte materielle und immaterielle Schaden ersetzt wird (§ 287 ZPO).

Insofern hat aus diesseitiger Sicht das Landgericht zurecht nach Einholung eines Pflegefachgutachtens die materiellen und immateriellen Schäden im Wesentlichen zugesprochen. Ob das OLG nunmehr wegen der Höhe der Schäden noch einen Termin anberaumt oder ob ggf. zumindest zum Grund eine Beschlusszurückweisung erfolgt, bleibt abzuwarten.

Dieser Fall zeigt auch, dass es Verfahren mit unerträglich langer Verfahrensdauer gibt. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger 1992 Klage eingereicht. Wer weiß, wann das Verfahren beendet sein wird. Dieses Verfahren dauert bis heute sage und schreiben 19 Jahre. Ein Ende ist nicht absehbar.

Mit einer überlangen Verfahrensdauer beschäftigen sich 2 jüngere Entscheidungen.

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zur Dauer eines Arzthaftungsprozesses ausgeführt:

Der Arzthaftungsprozess war schwierig. Das Gericht hätte das schon über 12 Jahre laufende Verfahren aber beschleunigen können. Es hätte insbesondere den Parteien schon zu Beginn des Verfahrens aufgeben können, sämtliche Krankenakten vorzulegen, und schon vor der mündlichen Verhandlung einen Beweisbeschluss erlassen können. Das Verfahren bei der Einholung von Sachverständigengutachten hätte abgekürzt werden können, wenn das Gericht den Sachverständigen schon zur ersten mündlichen Verhandlung geladen hätte, damit er sein Gutachten mündlich erstattet oder erläutert. (EGMR NJW 2011, 1055).

In einer weiteren Entscheidung hat der 3. Zivilsenat des BGH zur Verfahrensdauer festgestellt:

Bei der Würdigung, ob dem Richter pflichtwidrige Verzögerungen anzulasten sind, ist zu beachten, dass sich bei zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen, verdichtet. (BGH VersR 2011, 494).

Soweit wir das überblicken können, befleißigt sich allein das Landgericht Bonn einer sehr straffen Prozessführung im Sinne des EGMR. Der über viele Jahre schon der Arzthaftungskammer Vorsitzende Richter erlässt einen Beweisbeschluss im schriftlichen Verfahren (§ 358 a ZPO). Die Beweisfragen werden sehr detailliert

gestellt. Gleichzeitig wird ein Gutachter bestellt und für einen ausreichend langen Zeitraum terminiert, wobei der Gutachter bereits zum Termin zur mündlichen Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens geladen wird. Zwischen Klageeinreichung und Hauptverhandlung mit Anhörung des Gutachters vergehen selten mehr als ein Jahr.

Sicher eignet sich nicht jedes Verfahren für eine solch straffe Prozessführung. Nicht selten müssen noch Tatsachen erhoben werden durch Zeugenaussagen oder durch Einholung weiterer Gutachten wenn verschiedene Fachgebiete betroffen sind.

Die Gegenüberstellung beider Verfahrensabläufe (19 Jahre versus ca 1 Jahr) zeigt aber, dass sicherlich Verfahren drastisch abgekürzt werden können. Ich erinnere an meine obigen Ausführungen, wo uns aufgegeben worden ist, die Behandlungsunterlagen der Beklagten im Original beizubringen. Allein der Schriftwechsel dazu und die tatsächliche Beiziehung der Originalunterlagen hat schon ein halbes Jahr gedauert. Solche Verzögerungen sind sicher vermeidbar, wenn bereits nach Klageerwidern die Unterlagen beigezogen werden und, wie oben, zum Landgericht Bonn vorgetragen, das Verfahren gestrafft wird.

Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten und Beweislast

Fall Ehrecke:

Ich möchte Ihnen einen weiteren interessanten Fall vorstellen, der sich mit der Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden in der Geburtshilfe befaßt.

Sachverhalt:

Am 6.7.1994 wurde die Mutter des Klägers mit vorzeitigem Blasensprung und Abgang zweier Blutkoagel in der abgeschlossenen 30. SSW in der Uni Klinik Magdeburg stationär aufgenommen. Am späten Nachmittag des Aufnahmetages versuchten die Ärzte zunächst die Geburt vaginal einzuleiten. Als dies keinen Erfolg brachte wurde der Kläger am späten Abend per sectio geboren. Der Kläger war kurz nach der Geburt relativ gut adaptiert, entwickelte dann aber Atemstörungen und mußte intubiert werden. Am folgenden Tag wurde bei einem ersten US eine periventriculäre Echogenitätserhöhung beobachtet. Einige Tage nach der Geburt zeigten sich dann im US zunehmende Blutungen mit Erweiterung des Ventrikelsystems. Der Kläger ist heute geistig und körperlich schwer behindert. Außerdem liegt eine zentrale Sehbehinderung vor.

Nachdem zunächst außergerichtlich den Beklagten durch eine auswärtige Kanzlei vorgeworfen wurde, den Kaiserschnitt zu spät durchgeführt zu haben, haben wir nach Anwaltswechsel den Beklagten u.a. vorgeworfen, den Kaiserschnitt ohne Indikation und mit Blick auf die Frühgeburtlichkeit und deren Risiken für eine Hirnblutung zu früh eingeleitet zu haben. Es hätte unter Antibiose abgewartet werden müssen um dem Kind weitere Reifungsmöglichkeiten zu geben. Im übrigen fehle es an einer wirksamen Aufklärung über die Risiken der Frühgeburtlichkeit aufgrund der aktiv vorgenommen Schwangerschaftsbeendigung.

Außergerichtlich war keine Einigung möglich, sodaß 2000 Klage beim LG Magdeburg erhoben wurde.

Im Laufe des Verfahrens wurden mehrere Gutachten nebst Ergänzungen eingeholt und Zeugen vernommen. Nachdem wir mit unseren diversen Behandlungsfehlervorwürfen nicht durchgedrungen sind, konzentrierte sich das Verfahren auf die Frage, ob die Mutter des Klägers wirksam in den Kaiserschnitt eingewilligt hat oder nicht. Im Zuge der gutachterlichen Beweisaufnahme hatte sich –wie wir ebenfalls in Bezug auf die Aufklärungsrüge vorgetragen haben– herausgestellt, daß beide therapeutischen Ansätze, nämlich aktives Vorgehen durch SS Beendigung um einer aufsteigenden Infektion

zuvorzukommen als auch konservativ abwartendes Verhalten unter engmaschiger Kontrolle der Infektionsparameter gleichermaßen medizinisch möglich waren. Damit war klar, daß die Mutter über die bestehende Alternative des Abwartens mit Förderung der Lungenreife anstelle der aktiven SS Beendigung aufzuklären war. Da die Gegenseite hinsichtlich der Aufklärung im Sinne einer Eingriffsaufklärung beweisbelastet war blieb sie auch nach Zeugenvernehmung für eine wirksame Aufklärung beweisfällig.

Die Gegenseite hat zur Kausalität vorgetragen, daß der Kläger nicht bewiesen habe, daß bei weiterem Zuwarten der Schaden ausgeblieben wäre, da bei vorzeitigem Blasensprung eine maßgebliche Schwangerschaftsverlängerung nicht möglich sei.

Obwohl wir schon erstinstanzlich mit Engelszungen darauf hingewiesen haben, daß bei der hier in Rede stehenden mangelnden Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten die Beweislast für die Behauptung eines hypothetischen Kausalverlaufs bei der Gegenseite liegt, beharrte die Gegenseite darauf, daß der Kläger die Kausalität zwischen rechtswidrigem Eingriff und dem eingetretenen Schaden beweisen müsse.

Im Urteil vom Nov.2006 führte das LG zur Kausalität wörtlich aus:

Die Verletzung der Aufklärungspflicht der behandelnden Ärzte der Beklagten ist auch kausal für den Schaden des Klägers. Der Zurechnungszusammenhang zwischen der unterlassenen Aufklärung und der eingetretenen Schadensfolge besteht im Hinblick auf den Schutzzweck der Aufklärungspflicht jedenfalls dann, wenn sich gerade wie hier das aufklärungspflichtige Risiko verwirklicht hat.

Weitere Ausführungen zur Kausalitätsfrage und Beweislast machte das LG nicht. Damit war die Berufung der Gegenseite vorprogrammiert.

Das OLG Naumburg hat dann auch eine ergänzende Beweisaufnahme für erforderlich gehalten , weil das LG die Frage

nach der Kausalität des Aufklärungsfehlers nicht hinreichend beantwortet hatte.

Desweiteren stellte sich als wesentliches Kernproblem des Falles die Frage, ob die Entscheidung für die Schnittentbindung als solche (aktives Vorgehen) einen Behandlungsfehler darstellt oder ob sie – zumindest auch- medizinisch indiziert war.

Wir hatten im OLG Verfahren den Vorwurf der nichtindizierte und damit behandlungsfehlerhaften sectio auf der Grundlage eines erstinstanzlich eingeholten Gutachtens aufrecht erhalten aber – insofern hilfsweise- bezüglich der Aufklärungsrüge die sectio als gleichwertige Behandlungsalternative akzeptiert.

Hintergrund:

wären wir mit dem Behandlungsfehler durchgedrungen hätten wir die Kausalität nicht beweisen können. Ein grober Fehler mit der Folge der Beweislastumkehr lag aber in weiter Ferne. Die vom Senat auch angesprochene mögliche Einordnung in Form einer therapeutischen Aufklärung hätte uns auch nicht weitergebracht, da wir auch in diesem Fall den Kausalitätsnachweis hätten erbringen müssen.

Nur die Einordnung der Kausalitätsfrage in den hypothetischen Kausalitätseinwand für den die Gegenseite beweisbelastet war konnte der Klage zum Erfolg verhelfen. Nachdem erkennbar der Gutachter keinen Behandlungsfehler feststellte und in seinem Bemühen, die Gegenseite zu entlasten, den Kaiserschnitt insbesondere wegen neuerer Erkenntnisse sogar als vorgehen der Wahl anpries, mußte das Abwartende Verhalten geradezu aus ihm herausgekitzelt werden. Jedenfalls stand nach der mündlichen Anhörung fest, daß jedenfalls beide Vorgehensweisen gleichwertig und mit unterschiedlichen Risiken medizinisch indiziert waren. Damit war der Prozeß gewonnen und hielt auch erwartungsgemäß beim BGH stand.

Das OLG führt aus:

Die Beklagte hat den Beweis nicht erbracht, daß es zu der Cerebralparese auch dann gekommen wäre, wenn die Schnittentbindung unterblieben wäre. Die Beweislast für diese auf eine Hypothese gestützte Behauptung trägt die Beklagte. Soweit die Berufungsklägerin die Auffassung vertritt, der Kläger müsse beweisen, daß eine abwartende, konservative Behandlung den eingetretenen Schaden verhindert hätte, was nicht zu beweisen sei, beruht dies auf einer Verkennung der Beweislast. Die Beklagte verkennt, daß die Frage, ob eine Behandlungsalternative zu einem besseren Ergebnis geführt hätte, nicht die Kausalität der tatsächlich durchgeführten Entbindung für den eingetretenen Schaden, sondern einen hypothetischen Kausaverlauf im Falle des rechtmäßigen Alternativverhaltens betrifft, für den die Beklagte beweispflichtig ist.

Die Beklagte räumt selbst ein, daß dieser Beweis nicht gelungen ist, auch wenn sie es für wahrscheinlich hält, daß auch die gutachterlich erwähnte Alternative den Schaden des Klägers nicht verhindert hätte.

Dieser Fall zeigt, daß gerade die genaue Bewertung des Sachverhalts und die richtige Einordnung hinsichtlich der Aufklärungsrüge prozeßentscheidend ist.

Dabei war dem Senat durchaus bewußt, daß bei konservativem Zuwarten unter Umständen nur eine kurze Zeit der Schwangerschaftsverlängerung erreicht werden kann:

Bei der Bewertung der ärztlichen Entscheidung für eine rasche sectio ist außerdem zu bedenken, daß der Arzt im Falle des vorzeitigen Blasensprungs nicht in jedem Fall und auch nicht unbegrenzt abwarten darf. Denn auch ein zu langes Abwarten kann leicht zu einem Behandlungsfehler führen. (Hinw. Auf OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2005, 273)

In konsequenter Anwendung der vorreferierten OLG Rechtsprechung müßte auch im Fall des Zuwartens mit der Ausbildung eines AIS und ggf Sepsis beim Kind als Alternative die rasche sectio unter Aufklärungsgesichtspunkten geprüft werden. **Beweislast! -Ende-**

Es liegt auf der Hand, dass gerade für betroffene Patienten allein die Möglichkeit einer so langen Verfahrensdauer über viele Jahre abschreckend wirkt. Hinzu kommt aber auch, dass eine möglichst rasche finanzielle Kompensation, insbesondere bei jungen Geschädigten, notwendig ist, um z.B. Therapien zu bezahlen oder andere Dinge anzuschaffen, die nicht von den gesetzlichen oder privaten Krankenkassen übernommen werden. Wenn ein geburtsgeschädigtes Kind bzw. die Eltern, über viele Jahre auf Entschädigung warten müssen, dann vergeht wertvolle Zeit zur Förderung des Kindes. Das Leben mit einem behinderten Kind fordert höchste Anstrengungen der gesamten Familie, u.a. auch der Geschwisterkinder. Wenn über viele Jahre gestritten wird und bei bewiesenen Behandlungsfehlern die Sache letztlich an dem Kausalitätsnachweis scheitern sollte, dann trifft dies bei Geschädigten auf Unverständnis. Zwar hat die Rechtsprechung in den letzten 20 Jahren ein komplexes und abgestuftes System von Beweiserleichterungen sowohl auf Tatbestandsebene als auch auf Rechtsfolgen und Kausalitätsebene geschaffen, mittlerweile ist dieses System und die Rechtsprechung aber durchaus so komplex geworden, dass immer wieder Unsicherheiten in der Anwendung entstehen.

Patientenschutzorganisationen fordern deshalb, dass auch bei einfachen Behandlungsfehlern der Arzt beweisen muss, dass der Schaden nicht auf die bewiesenen Behandlungsfehler zurückzuführen ist. Letztlich ist die Situation hier nicht anders wie bei einem groben Behandlungsfehler. Die Beweisfigur des groben Behandlungsfehler soll zur Herstellung der Waffengleichheit der Parteien im Arzthaftungsprozess beitragen. Über die dogmatische Begründung wird nach wie vor in der Literatur gestritten. Nach der Rechtsprechung ist sie keine Beweissanktion für ärztliches Behandlungsverschulden, sondern Ausgleichung der durch den groben Behandlungsfehler zulasten des Patienten verschlechterten

Beweissituation hinsichtlich des Verwirklichungsspektrums des Fehlers bei der Behandlung eines Patienten durch den Arzt oder auch durch das Pflegepersonal (Geiss/Greiner, *Arzthaftpflichtrechte*, 6. Auflage, Rn. 251). Diese dogmatische Begründung passt genauso gut auf einen einfachen Behandlungsfehler. Auch hier wird durch den Behandlungsfehler die Beweissituation des Patienten verschlechtert und das Verwirklichungsspektrum des Fehlers lässt sich doch kaum am Grad der Standardunterschreitung messen.

Gerade die Frage, ob sich aus den Äußerungen des Sachverständigen die juristische Bewertung eines „groben Behandlungsfehlers“ ableiten lässt, führt in manchen Fällen zu einem wahren Eiertanz. Die Definition eines groben Behandlungsfehlers ist bekannt. Eindeutiger Verstoß gegen bewehrte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse und dadurch Begehen eines Fehlers, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler dem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.

In so manchen Beweisbeschlüssen findet sich diese Definition mit der Frage an den Gutachter, ob er unter Berücksichtigung dieser Definition einen groben Behandlungsfehler bejaht oder nicht. Manchmal wird der Gutachter aber auch ohne die Definition im Beweisbeschluss einzubringen nach einem groben Fehler gefragt. Es beginnt die Suche nach Äußerungen im Gutachten oder bei der mündlichen Anhörung nach Äußerungen, die in Richtung Unverständlichkeit oder das hätte bei mir nicht passieren dürfen etc. Anknüpfungspunkte für die juristische Bewertung als grob liefern. An diesem Punkt sind in der Regel das Gericht und die Parteien dem Gutachter ausgeliefert. Hier kommt es darauf an, dass das Gericht dem Gutachter sehr eindringlich vor Augen führt, dass es nicht um die subjektive Bewertung eines Verschuldensmaßstabes geht,

sondern um eine objektive Standardunterschreitung, die aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen objektiv vom Gutachter benannt werden müssen. Oft wird von Gutachtern menschliches Verständnis angeführt, um die Schwelle zum groben Behandlungsfehler nicht zu erreichen. Übrigens: wo liegt diese Schwelle?

Die von der Rechtsprechung des BGH angeführten „Milderungsgründe“, die trotz eindeutigen Standardverstoßes die ärztliche Behandlung aus medizinischer Sicht noch nachvollziehbar und verständlich erscheinen lassen, verschwimmen häufig mit Meinungsäußerungen des Gutachters, die aus objektiver Sicht nicht begründet werden. Es ist äußerst schwierig, hier als Klägerpartei den Gutachter so zu befragen, dass der objektive und nicht von subjektiven Elementen beeinträchtigte Standardverstoß herausgearbeitet wird. Dies insbesondere dann, wenn die Verhandlungsführung die Bemühungen der Klägerpartei nicht akzeptiert und einwendet, der Gutachter habe die Frage nach dem Fehler ja schon beantwortet, obwohl es gerade um die wichtige Frage der Ausdifferenzierung von Meinungsäußerungen des Gutachters und objektiv medizinischen Tatbeständen und Standardunterschreitungen geht. Naturgemäß kann hier nicht weiter in die Tiefe gegangen werden. Aus Klägersicht und aus Sicht des Patientenanwaltes sind solche zugespitzten Situationen äußerst unerfreulich. Ob der Prozess gewonnen oder verloren wird, hängt dann manchmal an einen winzig kleinen Stups in Richtung: Schwelle zum groben Fehler überschritten.

An dieser Stelle muss auch darauf hingewiesen werden, dass die richterliche Überzeugungsbildung bezüglich der Beurteilung der Kausalität zwischen nachgewiesenem einfachem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden häufig überspannt wird. Leider habe ich das Referat von Herrn Garke nicht gehört, er wird sicher zu diesem Thema hinreichend Ausführungen gemacht haben. Wenn in

Beweisbeschlüssen z.B. nach einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit gefragt wird, so ist dies sicher verfehlt.

Es genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Wahrscheinlichkeit, der Zweifel und Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.

Häufig neigen Gutachter dazu, als Naturwissenschaftler den naturwissenschaftlich sicheren Beweis für die Kausalität zu suchen. Es geht aber nicht darum, dass ein naturwissenschaftlich reproduzierbarer Beweis erforderlich ist, sondern darum, dass im konkreten Fall nach obiger Definition auch der Gutachter seine Einschätzung aus medizinischer Sicht darlegen muss. Dabei kommt es auf entfernt liegende, theoretische Möglichkeiten anderer Kausalverläufe nicht an.

Hinsichtlich der Kausalität ist auch der Anscheinsbeweis zwar nicht häufig, aber doch möglich. Ob im Einzelfall aus einem festgestellten Behandlungsfehler typischerweise auf das Vorliegen eines Verschuldens und / oder auf die ursächliche Zuordnung des Primärschadens geschlossen werden kann, muss im Einzelfall geklärt werden. Umgekehrt kann in Betracht stehen, dass eine feststehende Primärschädigung typischerweise nur durch einen schuldhaften Behandlungsfehler verursacht sein kann.

In einem unserer Fälle, wo es um eine Plexusparese mit Ausriss der Nervenwurzel ging, aufgrund einer Schulterdystokie, hat der Gutachter ausgeführt:

Die eingetretene Verletzung mit dem Ausriss der Nervenwurzel C 7 ist nur durch einen starken Zug am kindlichen Köpfchen überhaupt erklärbar. Andere mögliche Ursachen für dieses Schädigungsmuster erschließen sich dem Sachverständigen nicht. Wenn bei protrahierter Rumpfwicklung bei großem Kind am kindlichen Köpfchen so gezogen wird, dass der im vorliegenden Fall evident eingetretene Schaden resultiert, so muss man einen derartigen Zug als fehlerhaft ansehen. Ein

derartiger Fehler ist so zu klassifizieren, dass er einer erfahrenen Hebamme schlechterdings nicht passieren darf. Letztlich muss der Sachverständige dem Beweis des ersten Anscheins folgend, im vorliegenden Fall davon ausgehen, dass ein solcher Fehler kausal für den eingetretenen Ausriss der Nervenwurzel C 7 verantwortlich war (Sache Miletic, LG Bochum).

Hier hat ein Gutachter mit wünschenswerter Klarheit sowohl auf Tatbestandsebene als auch auf Kausalitätsebene den Anscheinsbeweis medizinisch unterlegt. Zu starker Zug ist ein schwerer Fehler, im Übrigen ist das Schädigungsmuster beweisend für die Kausalität zwischen zu starkem Zug und Eintritt des Ausrisses der Nervenwurzel.

Zur Abgrenzung Diagnosefehler - Befunderhebungsmangel

Die Abgrenzung zwischen Diagnosefehlern und Befunderhebungsmängel bereitet in der Praxis oft Schwierigkeiten mit gravierenden Auswirkungen für den grundsätzlich vom Patienten zu erbringenden Kausalitätsnachweis. Ein Diagnosefehler liegt vor, wenn der Arzt die tatsächlich erhobenen notwendigen Befunde falsch interpretiert. Diagnosefehler sind nach der Rechtsprechung des BGH nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler zu werten (zuletzt BGH VersR 2003, S. 1256). Eine objektiv falsche Diagnose führt nicht per se zur Umkehr der Beweislast zwischen dem Diagnosefehler und dem entstandenen Schaden, sondern nur ein fundamentaler Diagnoseirrtum, ein Irrtum also, der schlechterdings unverstänlich ist und nach Lage der Dinge nicht passieren darf. Ein Befunderhebungsmangel liegt demgegenüber vor, wenn der Arzt die für eine Diagnosestellung oder für eine Überprüfung einer ersten Diagnose erforderlichen Befunde schuldhaft nicht erhebt und deswegen zu einer objektiv unrichtigen Diagnose kommt. Ein solcher

Befunderhebungsmangel kann bereits für sich genommen als grob fehlerhaft in Erscheinung treten (Folge Beweislastumkehr). Eine Umkehr der Beweislast ist aber auch dann gerechtfertigt, wenn die unterlassene Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen so deutlichen und gravierenden Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen müsste. (BGH NJW 2004, S. 1871).

Auf der Zeitschiene der Behandlungschronologie ist demnach ein Befunderhebungsmangel der abschließenden Diagnose vorgelagert. Wenn der Arzt demnach alle erforderlichen Befunde zur Stellung der richtigen Diagnose erhoben hat, diese Befunde aber objektiv falsch bewertet und so zu einem Diagnoseirrtum kommt, kann ihm nicht vorgehalten werden, dass er weitere Kontrollbefunde schuldhaft unterlassen hat. Eine objektiv gebotene, aber wegen eines vorwerfbaren Diagnoseirrtums folgerichtig unterlassene Befunderhebung kann nicht Anknüpfungspunkt für Beweiserleichterung in Bezug auf die Schadensursächlichkeit sein, wenn der Diagnoseirrtum seinerseits nicht als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren ist (OLG Köln, OLG-Report 1/06, Seite 10).

Das OLG Köln (wie vor) hatte einen Fall zu beurteilen, in dem der behandelnde Frauenarzt bei der Patientin 2 Krebsvorsorgeabstriche durchführte, die er jeweils mit PAP II befundete. Diese Befundung erwies sich später als objektiv falsch mit der Folge, dass keine weiteren rechtzeitigen Kontrolluntersuchungen durchgeführt wurden und die Patientin nach Wechsel des Frauenarztes mit einem operationspflichtigen Krebsbefund in die Klinik eingewiesen wurde. Die Patientin hat dem betreuenden Frauenarzt vorgeworfen, dass die Operation wesentlich früher hätte durchgeführt werden müssen und eine Reduktion des Operationsumfanges sowie eine bessere

Prognose möglich gewesen wäre. Aufgrund der gutachterlichen Aussagen gelangte das OLG zur Einschätzung eines einfachen Diagnosefehlers mit der Folge, dass die Beweislast bezüglich der Kausalität bei der Patientin verblieb. Da dieser beweisfällig blieb, wurde die Berufung der Klägerin gegen das ebenfalls klageabweisende Urteil 1. Instanz zurückgewiesen. Nur ein fundamentaler Diagnoseirrtum hätte das Blatt wenden können. Das OLG hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass dem Beklagten lediglich ein einfacher Diagnosefehler bei der Auswertung des Abstriches angelastet werden kann, der, da die Fehlinterpretation des Befundes nicht als fundamental fehlerhaft zu bewerten ist, nicht zu einer Beweislastumkehr führt. Dass der Beklagte aufgrund seiner objektiv fehlerhaften Auswertung des Abstriches keine Kontrolluntersuchung in 3 Monaten angeordnet hat, sei die folgerichtige Konsequenz aus der Fehlinterpretation des Befundes. Es sei auch keine Rechtfertigung dafür ersichtlich, gleichwohl an die unterlassene Anordnung einer objektiv erforderlichen Kontrolluntersuchung 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 nichtfundamentalen Diagnoseirrtum gleichwohl alleine deshalb Beweiserleichterungen anzunehmen, weil als bloße Folge jenes Fehlers an sich objektiv gebotene Befunderhebungen unterblieben.

Dieser Entscheidung des OLG Köln möchte ich 2 Entscheidungen gegenüberstellen, die sich mit Behandlungsfehlern bei der Schwangerschaftsbetreuung (Wachstumsretardierung) befassen.

1. OLG Hamm, 3 U 52/05 vom 14.2.2005:

Die 1997 geborene Klägerin fordert vom Beklagten, einem niedergelassenen Frauenarzt, wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung im Zusammenhang mit der Schwangerschaftsbetreuung Schadensersatz. Die Klägerin wurde wegen Verdachts auf schwere Plazentainsuffizienz durch primären Kaiserschnitt entbunden. Eine Versorgungsstörung des Hirns führte zu einer schweren periventrikulären Leukomalazie, aus der eine spastische Tetraparese resultierte. Die Klägerin ist nahezu blind, körperlich und geistig schwerstbehindert und umfassend pflegebedürftig. Die Klägerin macht geltend, dass der Frauenarzt fehlerhaft bei einer Routineuntersuchung durch Ultraschall einen ATD-Wert (Thoraxumfang) von 64 gemessen, diesen Wert fehlerhaft in die Wachstumskurve im Bereich eines Wertes mit 74 eingetragen und die Patientin erst 14 Tage später zur Kontrolluntersuchung einbestellt. Das OLG führt aus:

Der Beklagte hätte angesichts des ATD-Wertes von 64 zwingend die sofortige Krankenhauseinweisung der Mutter vornehmen müssen, eine andere Therapiemöglichkeit habe es nicht gegeben. Da es sich bei der Ultraschalluntersuchung um eines der pflichtigen Ultraschallscreenings gehandelt habe, bestand bei einem so krass von der Norm abweichenden ATD-Wert nur die Möglichkeit einer sofortigen Kontrollmessung. Das Abwarten von 14 Tagen bis zum nächsten Kontrolltermin war eindeutig behandlungsfehlerhaft und schlechterdings unverständlich, weil das Kind innerhalb eines so langen Zeitraumes hätte versterben können. Bei einer Bestätigung des ATD-Wertes von 64 hätte keine andere Möglichkeit als die sofortige Krankenhauseinweisung bestanden. Dort wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die auffällige Retardierung der Klägerin festgestellt worden.

Das OLG befasst sich nicht mit der Frage, ob es sich bei der Fehlinterpretation des vom Frauenarzt gemessenen ATD-Wertes um einen Diagnosefehler handelt, der möglicherweise in Verbindung mit anderen Umständen des Falles zurückhaltend zu beurteilen wäre. Dies zu Recht, da der Arzt hier einen richtigen Befund erhoben hat, der auf jeden Fall reaktionspflichtig war in Form einer nochmaligen Kontrolluntersuchung oder eben der sofortigen Einweisung in das Krankenhaus. Es geht hier also nicht um eine fehlerfreie Messung, die objektiv falsch interpretiert wurde, demnach als Diagnosefehler zu qualifizieren wäre, sondern um die Messung eines richtigen Wertes ohne standardgemäße Reaktion darauf. Der Arzt hat also die für eine notwendige Überprüfung der 1. Diagnose erforderlichen weiteren Befunde schuldhaft nicht erhoben und deshalb die Patientin zu spät wieder einbestellt. Das Unterlassen der Reaktion auf den vom Arzt erhobenen alarmierenden Befund ist vom Gericht zu Recht als fundamental und grob behandlungsfehlerhaft eingestuft worden. Folge ist die Verurteilung des Arztes, da er den Beweis der Nichtursächlichkeit nicht führen konnte.

Wie wäre der Fall aber zu beurteilen, wenn der Arzt statt des richtigen ATD-Wertes einen falschen Wert abgegriffen hätte, der nicht sofort Anlass zur Besorgnis gegeben hätte? Dann wäre ein hinweisendes Merkmal auf die Wachstumsretardierung objektiv – wenngleich fehlerhaft – falsch diagnostiziert worden. Dann hätte sich in der Tat die Frage anschließen müssen, ob ein solcher Diagnosefehler fundamental fehlerhaft gewesen ist oder nur als einfacher Diagnosefehler in Erscheinung tritt. Aus der Sicht ex ante erschiene dann die nachfolgende Nichtreaktion auf einen möglicherweise objektiv bedrohlichen Befund, der indes nicht in Erscheinung getreten ist, folgerichtig, da mit einer relevanten Wachstumsverzögerung des Kindes nicht zu rechnen war. Spätere Befunderhebungsmängel zur Sicherung einer aufgrund fehlerhafter Erstdiagnose nicht zwingenden weiteren Untersuchungen wären

dann dem Arzt kaum vorwerfbar. Bei isolierter Betrachtung des ATD-Wertes hätte der Patient kaum Chancen, seinen Schadensersatzanspruch zu realisieren, wenn nicht andere Umstände noch hinzutreten, die zur weiteren Abklärung genötigt hätten.

2. OLG Celle, 1 U 24/00, vom 06.06.2001

(LG Göttingen, 4 O 65/97 vom 10.03.2000)

Das OLG Celle hatte einen Fall zu beurteilen, in dem der betreuende Frauenarzt den biparietalen Durchmesser (BIP) sowie den Abdomino transversalen Durchmesser (ATD) bestimmt hatte und eine Retardierung um 1 bis 2 Wochen notiert. Nach 3 weiteren Untersuchungsterminen wurden die Werte ebenfalls genommen und eine Retardierung um 2 Wochen sowie mit dem Eintrag in die Ambulanzkarte „kleines Kind“ vermerkt. Nachdem die Mutter später mit regelmäßigen Wehen stationär aufgenommen wurde, wurden im CTG Auffälligkeiten bemerkt, die später zur Kaiserschnittentbindung führten. Das Kind hat ebenfalls eine schwerwiegende Hirnschädigung erlitten und ist dauerhaft pflegebedürftig. Das OLG hat, insofern dem Landgericht folgend, dem beklagten Frauenarzt erhebliche Versäumnisse während der Betreuung der Schwangerschaft angelastet. Aufgrund der konkret gemessenen Ultraschallbefunde seien Hinweiszeichen für eine Entwicklungsstörung feststellbar gewesen, die den Beklagten zu einer alsbaldigen Wiederholung der Messung des biparietalen Schäeldurchmessers wie auch des Thoraxumfanges hätten veranlassen müssen. Wenn ihm Letzteres mit dem ihm zur Verfügung stehenden Ultraschallgerät nicht möglich gewesen sein sollte, so hätte er die Patientin zu einer entsprechenden Untersuchung in eine Klinik einweisen müssen. Ab der 35. Schwangerschaftswoche war zusätzlich keinerlei Gewichtszunahme

der Patientin mehr feststellbar, was in Verbindung mit einer sorgfältigen Biometrie einen weiteren Hinweis für einen Wachstumsstillstand des Kindes hätte ergeben können. Spätestens aufgrund des letzten Untersuchungsergebnisses sei eine sofortige Klinikeinweisung erforderlich gewesen. Keineswegs hätte der Beklagte auch an diesem Tag auf eine Vermessung des Thoraxumfanges, eine Schätzung des Gewichtes des Kindes und eine Kontrolle der Herztöne ohne Kardiotokogramm verzichten dürfen. Das Unterlassen dieser durch die erhobenen Befunde unbedingt indizierten Untersuchungen beurteilt das Gericht als groben Behandlungsfehler und führt dazu aus:

Ein grober Behandlungsfehler ist dem Beklagten anzulasten, weil er trotz Erkennens einer zumindest möglichen Retardierung des Kindes die nächste Ultraschalluntersuchung erst 8 Wochen später vornahm und außerdem an diesem Tag weder selbst die dringend gebotene Messung des Thoraxumfanges sowie eine Messung der kindlichen Herztöne mittels Kardiotogramms vornahm, noch entsprechende Maßnahmen in einer Klinik veranlasste. Angesichts der bekanntermaßen schwerwiegenden Folgen einer chronischen Plazentainsuffizienz, deren Vorliegen sich ihm aufgrund der von ihm selbst erhobenen Befunde hätte aufdrängen müssen, ist sein Verhalten als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu bewerten. Regelmäßige sonographische Untersuchungen zwischen der 31. und der 39. Schwangerschaftswoche hätten mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem frühzeitigen Erkennen der Plazentainsuffizienz geführt mit der Folge, dass eine Mangelversorgung des Gehirns hätte vermieden werden können.

Auch in diesem Fall geht es also darum, dass ein eindeutig reaktionspflichtiger Befund fundamental fehlerhaft verkannt und entsprechend weitere diagnostische Maßnahmen

(Befunderhebungen) zur Sicherung bzw. zum Ausschluss der Diagnose nicht geführt wurden. Auf der Zeitachse der Behandlungschronologie ist also nach Feststellen eines reaktionspflichtigen Befundes nicht standardgemäß reagiert worden. Es geht also hier wiederum nicht darum, dass ein Befund falsch erhoben wurde, somit eine falsche Diagnose in Richtung des Verkennens einer Wachstumsretardierung vorlag, sondern ein richtiger Befund, der nur nicht zum Anlass weiterer erforderlicher Diagnostik genommen wurde.

Beide Fälle zeigen, dass sehr sorgfältig der Sachverhalt auf der Zeitachse der Behandlungschronologie zu untersuchen ist, um Diagnosefehler von Fehlern bei der Befunderhebung zu differenzieren. Die Praxis zeigt, dass hier auch seitens der Gerichte häufig Unsicherheiten bestehen, insbesondere hinsichtlich der Beweislastverteilung, wenn es darum geht, bei der Annahme der Erforderlichkeit weiterer Befunderhebung weiter zu differenzieren, wenn bei einfachem weiteren Befunderhebungsmangel die Frage zu prüfen ist, ob sich möglicherweise bei unterstellter Befunderhebung ein reaktionspflichtiges Befundergebnis gezeigt hätte. Wenn ein solcher reaktionspflichtiger Befund wahrscheinlich ist (über 50 % - OLG Köln), dann ist hypothetisch die Frage zu prüfen, ob die Nichtreaktion darauf fundamental falsch oder aber grob behandlungsfehlerhaft gewesen wäre.

Bei der Beurteilung dieser Frage ist darauf zu achten, dass die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines reaktionspflichtigen Befundes aus der Sicht sowohl ex ante als auch ex post zu treffen ist. Alle Umstände des Falles können herangezogen werden, um die Wahrscheinlichkeit eines möglicherweise reaktionspflichtigen Befundes zu eruieren. Erst danach, bei unterstellt reaktionspflichtigem Befund, ist die Frage gutachterlich zu prüfen,

wie denn die Reaktion darauf hätte aussehen müssen. Die Beantwortung dieser Frage entscheidet darüber, wer den Prozess gewinnt. Nur bei einem groben oder fundamentalen Versagen dreht sich die Beweislast zu Gunsten des Patienten um. Bei einfachem Fehler verbleibt sie beim Patienten, so dass dieser in der Regel beweisfällig bleibt und im Prozess unterliegt. Die Diskussion dieser Fälle zeigt einmal mehr, dass der medizinische Sachverhalt auf der Zeitachse der Behandlungschronologie möglichst dezidiert nachvollzogen werden muss, um Diagnosefehler von Befunderhebungsfehlern zu differenzieren. Je intensiver der Sachverhalt aufgeklärt wird, desto einfacher und einleuchtender wird diese Differenzierung ausfallen. Das setzt auch für den Juristen eine intensive Einarbeitung in medizinische Sachverhalte voraus. Ohne ein solches profundes medizinisches Verständnis besteht die Gefahr, dass Sachverhalte falsch eingeordnet werden und zu falschen Prozessergebnissen führen. Dies betrifft sowohl Anwälte als auch Gerichte. Wir machen immer wieder die Erfahrung, dass durch spezialisierte Spruchkammern oder Senate komplexe Arzthaftungssachen wesentlich besser bearbeitet werden, als durch Gerichte ohne Spezialzuweisung. Dies betrifft nicht nur Art und Weise der Verfahrensführung, die häufig zu langjährigen Prozessen führt, als auch insbesondere bei der Bewertung medizinischer Sachverständigengutachten und Beurteilung der Beweislasten. Anwälte sollten sich bemühen, den Sachverhalt so umfänglich wie möglich aufzuarbeiten und zu verstehen, erst dann lassen sich die Rechtsprechungsgrundsätze zielführend anwenden.

Keine Beweismachteile für den Arzt, wenn in geburtshilflichen Schadensfällen das Geburtsprotokoll lückenhaft ist und die CTG-Aufzeichnungen fehlen?

Urteil OLG Hamm vom 29.10.2003 (3 U 91/02), veröffentlicht in VersR 2005, Seite 412

Es ist in der Vergangenheit nicht selten vorgekommen, dass auch sog. Altschäden noch zur Haftung führten, wenn die Beweislage dies aufgrund vorhandener Krankenblattaufzeichnungen erlaubte. Das OLG Hamm hat nun, bestätigt durch den Bundesgerichtshof, entschieden, dass es nicht zum Nachteil des Arztes gereichen darf, wenn nach Ablauf der 10-Jahres-Grenze zur Aufbewahrung ärztlicher Krankenblattaufzeichnungen der Patient Behandlungsfehler nicht beweisen kann. Dazu im Einzelnen:

1.

Die Geburt fand im Oktober 1981 per Vakuumextraktion statt. Nach der Geburt wurden Auffälligkeiten festgestellt, die zur weiteren Verlegung und Behandlung in der Kinderklinik führten. Das Kind weist heute schwerste neurologische Defizite auf, ist tetrapastisch und blind. Die Klägerin hat behauptet, dass das Kind früher hätte durch Sectio geboren werden müssen und die Verzögerung der Geburt grob fehlerhaft war. Sie war der Auffassung, dass das nicht vorhandene CTG und die extrem lückenhafte Dokumentation des Geburtsprotokolls ihr nicht zu Nachteil gereichen dürfen, im Gegenteil, zu ihren Gunsten eine Pathologie des CTGs zu unterstellen sei. Auch sei die Indikation zur Vakuumextraktion fraglich, im Übrigen sei der Zustand des Kindes nach der Geburt zumindest indiziell beweisend für eine Verschlechterung des Kindes im vorgenannten Zeitraum. Beide berühmten Gutachter, Prof. Dr. O. und Prof. Dr. Prof. Dr. S., konnten aufgrund der teils nicht vorhandenen, teils extrem lückenhaften Dokumentation keine Behandlungsfehler positiv feststellen.

2.

Das OLG stellt fest, dass keine Beweiserleichterungen sich für den Kläger aus der Tatsache ergeben, dass jedenfalls seit der Geltendmachung der Ansprüche die CTG-Streifen nicht oder nicht mehr vorliegen. Grundsätzlich sind Krankenunterlagen so lange aufzubewahren, wie sie eine medizinische Relevanz besitzen können. Abgesehen von gesetzlich normierten Aufbewahrungspflichten (z.B. Strahlenschutzverordnung oder Röntgenverordnung) finden sich solche gesetzlichen Vorgaben mit Blick auf die Aufbewahrung von CTG-Aufzeichnungen nicht. Deshalb gibt es in dem hier konkret zu entscheidenden Fall aus Sicht des OLG keinen Anlass, eine längere Aufbewahrungszeit als 10 Jahre zu fordern. Diese 10-Jahres-Frist war bei Geltendmachung der Ansprüche im Jahre 1995 bei Weitem überschritten. Braucht aber der Arzt als Krankenhausträger die Krankenunterlagen nicht länger aufzubewahren, darf ihm wegen derer Vernichtung oder wegen eines Verlustes hieraus kein Nachteil mehr entstehen. Wenn dem aber so ist, so kann zu seinen Lasten auch nicht angenommen werden, dass das CTG Auffälligkeiten zeigte, die zu einem geburtshilflichen Einsatz, insbesondere zu einer vorzeitigen Geburtsbeendigung Anlass gaben.

3.

Auch die Dürftigkeit der vorhandenen geburtshilflichen Dokumentation, insbesondere des Geburtsprotokolls, führt nicht zu Beweiserleichterungen zugunsten der Klägerin. Hierzu führt das OLG aus:

Die Pflicht des Arztes zur Dokumentation erfolgt in erster Linie als notwendige Grundlage für die Sicherheit des Patienten in der

Behandlung. Sie zielt nicht auf eine Beweissicherung für den Haftungsprozess des Patienten und bietet dem Patienten bei ihrem Fehlen oder bei Dokumentationslücken keine eigene Anspruchsgrundlage für die ärztliche Haftung (Steffen/Fessler a.a.O. Rn. 455 und 464; jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGH). Entfällt der Grund für die Sicherung des Patienten durch die gebotene Dokumentation und gibt es auch ansonsten keinen medizinischen Grund für deren Aufbewahrung, so braucht diese Dokumentation auch nicht länger aufbewahrt zu werden. Bilden die Krankenunterlagen keine Anspruchsgrundlage für eine Inanspruchnahme des Arztes und finden sie ihre Rechtfertigung nicht in der zivilrechtlichen haftungsrechtlichen Beziehung des Arztes zu seinem Patienten, so kann sich aus diesem Aspekt auch keine Grundlage für eine weitere Aufbewahrungspflicht ergeben. Umgekehrt berechtigt etwa den Arzt aber auch nicht die zivilrechtliche Verjährung zur Vernichtung seiner Dokumentation, wenn medizinisch deren weitere Verwahrung geboten ist. Wie bereits ausgeführt, geben Gesetz und Rechtsverordnung teilweise Fristen vor. Fehlen diese, wird man in der Regel davon ausgehen, dass nach einem Ablauf von zehn Jahren seit der Behandlung eine medizinische Grundlage für die längere Aufbewahrung nicht mehr besteht. Zur Überzeugung des Senates ist das auch bei Geburtsfällen nicht anders. Der eigentliche Geburtsverlauf neben allen Einzelheiten wird in aller Regel nur noch in Haftungsfällen Relevanz erhalten, nicht jedoch aus medizinischer Betrachtung heraus. So spielt die Dokumentation vorliegend ebenfalls nur im Hinblick auf die zivilrechtliche Haftung des Beklagten eine Rolle. Die beteiligten Ärzte einschließlich der tätig gewordenen Privatgutachter mögen wegen des Zeitablaufs und der dürftigen oder fehlenden Dokumentation medizinische Schlussfolgerungen nicht wie gewünscht ziehen können. Diese sollen jedoch vorliegend ausschließlich als Grundlage der begehrten Haftung des Beklagten dienen, nicht der medizinischen Behandlung der Versicherten. So ist die Kl. Offenbar nur aus Gründen der Anspruchstellung auf die Idee

gekommen, die geburtshilflichen Unterlagen beizuziehen. Zuvor hat kein Mediziner Anlass gesehen, im Rahmen der Behandlung der Versicherten das Partogramm beizuziehen oder nach dem CTG zu fragen.

Besteht damit aus medizinischen Gründen grundsätzlich keine Notwendigkeit, Behandlungsunterlagen länger als 10 Jahre aufzubewahren, so darf zur Überzeugung des Senates nach Ablauf der Aufbewahrungszeit dem Arzt aus ihrem Fehlen kein Nachteil erwachsen. Denn der Arzt hätte mit Ablauf dieses Zeitraums die Unterlagen ebenso gut vernichten dürfen, ohne dass ihm Nachteile entstünden. Erwächst ihm aber aus dem Fehlen der Krankenunterlagen als solche kein Nachteil, dann darf ihm juristisch und nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist auch aus deren Unvollständigkeit kein Nachteil erwachsen. Nicht anders zu bewerten ist die mangelhafte Dokumentation. Juristisch steht die fehlende Dokumentation der unvollständigen oder mangelhaften gleich.

Selbstverständlich können die Krankenunterlagen nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist zur Haftung des Arztes führen, wenn sie noch vorhanden sind und die fehlerhafte Behandlung des Arztes belegen. Vor der dokumentierten Fehlerhaftigkeit des ärztlichen Handelns sind nicht nur deshalb die Augen zu verschließen, weil die Aufbewahrungsfristen verstrichen sind. Nach Ablauf der Aufbewahrungszeit führen jedoch Dokumentationsversäumnisse insbesondere nicht (mehr) zu Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten, so dass es bei seiner vollen Darlegungs- und Beweislast verbleibt. Nach diesen Grundsätzen hat die Kl. – wie im Einzelnen dargelegt – den ihr obliegenden Beweis fehlerhaften Handelns des Bekl. nicht erbracht.

4.

Der Bundesgerichtshof hat die Zulassungsbeschwerde nicht angenommen und festgestellt, dass die beweisrechtlichen Folgen sowohl des gänzlichen Fehlens als auch der Unvollständigkeit einer medizinisch gebotenen Dokumentation in der Rechtsprechung geklärt sei. Der vorliegende Fall werfe keine ungeklärten oder klärungsbedürftigen Fragen auf, das Berufungsgericht habe auch keinen von der gesicherten Rechtsprechung abweichenden Rechtssatz aufgestellt, so dass das Urteil keine Rechtsfehler erkennen lasse.

5. Kommentar:

Zunächst einmal muss festgestellt werden, dass nach wie vor gilt, dass eine Befundsicherungspflicht dann besteht, wenn innerhalb der 10-Jahres-Grenze Ansprüche angemeldet werden. Wenn im 9. Jahr Ansprüche angemeldet werden, dürfen die Unterlagen nicht nach 10 Jahren ab Geburt vernichtet werden, damit sie in einem Gerichtsverfahren später nicht mehr zur Verfügung stehen. Hinsichtlich der CTG-Aufzeichnungen war die 10-Jahres-Grenze, die in der ärztlichen Berufsordnung normiert ist, schon immer ein Problem. Insofern ergibt sich nichts Neues. Dies betrifft aber nur Fälle, wenn erstmals nach Ablauf der 10 Jahre Haftungsansprüche angemeldet worden sind. Interessant ist der Hinweis des Senates, dass selbstverständlich die Krankenunterlagen auch nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist zur Haftung führen können, wenn sie denn noch vorhanden sind und vorgelegt werden. Dieser Wink mit dem Zaumpfahl dürfte wohl dazu führen, dass entweder die Krankenhausarchive konsequenter aufgeräumt werden oder aber im Einzelfall sich der Arzt auf Vernichtung beruft.

Von besonderem Interesse sind aber die Ausführungen hinsichtlich der sonstigen Dokumentation, insbesondere des Geburtsprotokolls. Hierzu sagt der Senat, dass dem Arzt aus der Dürftigkeit der Dokumentation deshalb kein Nachteil erwachsen dürfen, weil er diese ja auch vollständig hätte vernichten können. Juristisch steht insofern die fehlende Dokumentation der unvollständigen oder mangelhaften gleich. Diese Argumentation halte ich für widersprüchlich insbesondere deshalb, weil dieser Feststellung der Hinweis folgt, dass selbstverständlich die Krankenunterlagen auch nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist zur Haftung des Arztes führen können, wenn sie dennoch noch vorhanden sind und die fehlerhafte Behandlung des Arztes belegen. Im vorliegenden Fall wurde eben ein solches Krankenblatt in Form eines Geburtsprotokolls vorgelegt. Der Mangel in der Dokumentation bestand nicht etwa deshalb, weil Teile des Geburtsprotokolls vernichtet wurden, sondern darin, dass die maßgeblichen Befunde, insbesondere zur Indikation der Vakuumextraktion nicht dokumentiert waren. Auch die Dokumentation hinsichtlich der Nachsorge war wohl äußerst mangelhaft. Dieser Mangel haftete dem Geburtsprotokoll aber nicht erst nach Ablauf von 10 Jahren an, sondern bestand von Anfang an. Wenn der Arzt solche Unterlagen vorlegt, dann muss er aus diesseitiger Sicht auch die Mangelhaftigkeit der von Anfang an mangelhaften Dokumentation beweisrechtlich zu vertreten haben. Ob im vorliegenden Rechtsstreit dieser Gedanke vertieft wurde, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Aus meiner Sicht ist der Fall hier nicht anders zu beurteilen, als derjenige, den wir vor geraumer Zeit abgeschlossen haben. In den Mutterschaftsrichtlinien bestand keine Notwendigkeit, die Patientin auf Toxoplasmose zu untersuchen. In unserem Fall hatte der Arzt dies aber getan, einen Befund dokumentiert, danach aber nicht mehr reagiert. Das Ergebnis war ein geschädigtes Kind aufgrund einer Toxoplasmoseembriopathie. Der Arzt wurde verurteilt, obwohl er nicht per se verpflichtet gewesen wäre, den Toxoplasmosetiter zu erheben.

Das Urteil wird uns in Zukunft erhebliche Schwierigkeiten bereiten, zumindest bei Fällen, die erst nach Ablauf von 10 Jahren seit der Geburt geltend gemacht werden. Vorausgesetzt, dass bis dahin Ansprüche nicht schon verjährt sind, muss damit gerechnet werden, dass nach Ablauf von 10 Jahren der Arzt keine Unterlagen mehr vorlegt, die ihn belasten könnten. Beweiserleichterungen aus dem Fehlen von Krankenblattaufzeichnungen oder deren Unvollständigkeit kommen dem Patienten nicht zugute. Darauf muss auch der Anwalt in der Beratung hinweisen. Bekanntlich beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Patient von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Diese Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände, die auf den Behandlungsfehlervorwurf abstellen, können natürlich erst nach 10 Jahren auch ohne grobe Fahrlässigkeit vorhanden sein. Dann jedenfalls könnte man nur noch von Glück sagen, wenn tatsächlich die Krankenunterlagen so beweiskräftig sind und auch vorgelegt werden, dass sich darauf ein Haftungsanspruch stützen lässt. Im Ergebnis ist also festzustellen, dass der Anwalt zunächst wie üblich die Verjährung zu prüfen hat, insbesondere Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände oder grob fahrlässige Unkenntnis und dann, wenn 10 Jahre schon ins Land gezogen sind und Verjährung noch nicht anzunehmen ist, vielleicht einen befreundeten Arzt bittet, die Krankenblattaufzeichnungen kollegialiter anzufordern. Jedenfalls sollte man nicht, wie manchmal zu sehen, den Arzt beschuldigen und gleichzeitig die Krankenblattaufzeichnungen anfordern. Es ist davon auszugehen, dass diese Entscheidung des OLG-Senates auch in ärztlichen Publikationen an dominanter Stelle Eingang findet, so dass in Kürze von einer flächendeckenden Kenntnisnahme auszugehen ist. Altfälle sollten nicht per se zur Seite gelegt werden, sie müssen aber mit einer gewissen Sensibilität anfänglich bearbeitet werden.

