

Wenzel

Der Arzthaftungsprozess

Medizinschaden – Fehler – Folgen – Verfahren

Herausgegeben von

Dr. Frank Wenzel
Rechtsanwalt in Köln

2. Auflage

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2024

Zitiervorschlag: *Wenzel/Bearbeiter*, Der Arzthaftungsprozess, Kap. Rn.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-472-08967-4

www.wolterskluwer.com

Alle Rechte vorbehalten.

© 2024 by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor Autorinnen und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: NewGen Knowledge Works (P) Ltd., Chennai

Druck und Weiterverarbeitung: Rodona Industria Gráfica, Spanien

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

Vorwort

Die 2. Auflage des Werkes erscheint nicht nur umfassend aktualisiert, sondern auch in neuem Gewand mit geändertem Aufbau und einer vollständig überarbeiteten »Keyword«-Struktur. Die Neubearbeitung entstand mit dem Anspruch eines »All-in-one«-Nachschlagewerks zum Thema »Haftung«.

Wer einen Arzthaftungsfall bearbeitet, soll hier seinen gesamten Werkzeugkoffer auffinden!

Untergliedert in neunzehn Teile, die jeweils von Mindmaps eingeleitet werden, gewährleistet das Handbuch eine höchst effiziente Nutzung und liefert durch eine Vielzahl von Grafiken und Übersichten sowie der Fokussierung auf haftungsrechtliche Aspekte praxisgerechte Lösungen für alle Fragestellungen während der praktischen Fallbearbeitung.

Nach einer Übersicht über die Erscheinungsformen der Patientenversorgung mit den jeweiligen Haftungsgrundlagen widmet sich die Darstellung dem zentralen Begriff des Behandlungsfehlers und erläutert das ärztliche Pflichtenprogramm anhand der einschlägigen Rechtsprechung. Aufklärungs-, Informations- und Dokumentationspflichten werden mit Schwerpunkt auf praktisch bedeutsame Fallkonstellationen und häufige Lebenssachverhalte dargestellt. Besonderes Augenmerk liegt auf den Fallgestaltungen der Haftungstatbestände im Rahmen des Krankenhausbetriebs, wie etwa Kooperations- und Organisationsfehlern.

Der Schwerpunktbereich Schadensrecht bietet einem Spezialwerk vergleichbare Information zum Personenschaden, zu Fragen der Kausalität und zur Berechnung von materiellem wie immateriellem Schadensersatz.

Vielfach vernachlässigt in der Fachliteratur, finden sich schließlich umfangreiche Tipps und praktische Hinweise für den äußerst praxisrelevanten Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung unter Berücksichtigung oft übersehener steuerlicher Fragen im Personenschadenbereich. Als wichtigem Player im Arzthaftungsrecht ist der Haftpflichtversicherung zusätzlich ein eigenständiger Teil mit wertvollen Praxistipps vorbehalten.

Schließlich runden die Teile über den zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess mit dessen vielfältigen Besonderheiten sowie die weiteren Folgen von ärztlichen Behandlungsfehlern strafrechtlicher und berufsrechtlicher Art die Gesamtdarstellung ab bevor im letzten Teil Regressmöglichkeiten vorgestellt werden sowie weitere mögliche Sanktionen ärztlichen Fehlverhaltens im Bereich des Berufs-, Vertragsarzt-, Zulassungs- und Arbeitsrechts.

Alle insgesamt 125 Unterkapitel sind entweder vollständig überarbeitet oder gänzlich neu eingefügt. Die Unterkapitel sind mit arzthaftungsrechtlichen »Keywords« überschrieben und erleichtern so das Auffinden gesuchter Thematiken. Zwischen »Arbeitsteilungsfehler« und »Zahnarzthaftung« finden sich Schlagworte wie »Gesundheitsdaten«, »Medizintourismus«, »Verjährungsfallen«, »Corona« oder »Korruption«.

Bewusst haben wir uns bei der Grundentscheidung für eine »kapitelstarke« Struktur zusätzlich dafür entschieden, alle einschlägigen Fragestellungen unter dem jeweiligen Schwerpunktthema zu behandeln. Dadurch ist ein Aspekt gelegentlich in verschiedenen Kontexten zu finden. Dabei sollen die unterschiedlichen Perspektiven und möglicherweise verschiedenen Ansichten der Autorinnen und Autoren einen Informationsgewinn und eine Hilfestellung im juristischen Alltag bieten, der doch vor allem vom Streit und konträren Ansichten lebt.

Die Neuauflage schafft auch Raum für neue und weitere höchst praxisrelevante Themen der stationären und ambulanten Krankenhausbehandlung, die immer häufiger Gegenstand von Arzthaftungsprozessen sind wie beispielsweise ebenso spezielle Haftungsfragen in der Pflege sowie im Not- und Rettungsdienst, den von obergerichtlicher Rechtsprechung stark geprägtem Bereich der Hygienefehler und den Verlust von Patienteneigentum. Außerdem gibt sie Antworten auf Haftungsfragen rund um Medizinprodukte und Arzneimittel.

Heilberufliche Spezialbereiche mit ihren haftungsrechtlichen Regelungen, wie beispielsweise die Zahnarzt-, Apotheker-, Hebammen- und Heilpraktiker- sowie die Tierarzthaftung, wurden ausführlicher bzw. in Kapitelstärke behandelt, wie die interessanten Fragestellungen des Medizintourismus bezüglich internationaler Zuständigkeiten sowie des anwendbaren Rechts.

Äußerst wichtig war es, die fortschreitende Digitalisierung und Technologisierung in allen Bereichen mit ihren Folgen und Wechselwirkungen abzubilden. Hier sind neue haftungsrechtliche Fragestellungen entstanden. Die Neuauflage des Handbuchs beleuchtet diese, stellt dazu insbesondere den aktuellen rechtlichen Stand des E-Health-Wesens und der digitalen Gesundheitsversorgung unter Berücksichtigung des geltenden Datenschutzes dar und gewährt außerdem einen Ausblick auf künftige Entwicklungen. Auch der Arzthaftungsprozess selbst ist unter dem Stichwort »Videoverhandlung« vom beschleunigten Digitalisierungstrend »betroffen«. Die Sensibilität eines Arzthaftungsprozesses erzwingt einen fachanwaltlichen Blick auf die Videoverhandlung, der ein eigenes Kapitel gewidmet ist.

Feingefühl und Sachverstand in besonderem Maße erfordern arzthaftungsrechtliche Sachverhalte, bei denen eine Person ihr Leben verloren hat oder schwerstgeschädigt wurde. Die Neubearbeitung bietet umfassende Hilfestellung im Zusammenhang mit Geburtsschadensfällen, Hinterbliebenengeld, Schockschäden und Haftungsfragen, die sich nach dem Suizid einer Patientin oder eines Patienten stellen können.

Von zentraler Bedeutung für jeden am Arzthaftungsprozess Beteiligten, vom medizinischen Bereich über in der Versicherungswirtschaft Tätige bis hin zur Anwalt- oder Richterschaft sind Kostenthemen. Die Neuauflage gibt aus unterschiedlichen Blickwinkeln Antworten auf die häufigsten Fragen in diesem Zusammenhang, die von Entgelt- und Honorarrückzahlungsansprüchen über steuerliche Aspekte der Regulierung und den Kosten eines Verfahrens bis hin zur wirksamen Schadensprävention reichen.

Jedes Kapitel gewährleistet durch ein hervorragendes Autorenteam höchstes juristisches Niveau und stellt die jeweils aktuellen Entwicklungen des immer noch sehr dynamischen Arzthaftungsrechts gewohnt praxisorientiert und unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung dar.

Schon in erster Auflage hat sich das Werk durch vielfältige visuelle Gestaltungsmerkmale ausgezeichnet. Um die Handhabung der Neuauflage noch praktikabler zu gestalten, sind Mindmaps, Bilder, Grafiken und Übersichten zur Veranschaulichung und besseren Einprägsamkeit der Inhalte in jedem Teil vorhanden und farblich gestaltet worden.

Außerdem gewährleistet das vollständig überarbeitete und ganz erheblich erweiterte Stichwortregister der Neuauflage eine effiziente Handhabung und neben dem nunmehr in höchstem Maße übersichtlichen Inhaltsverzeichnis ein besonders schnelles Auffinden der gesuchten Themen.

Das Autorenteam ist um viele namhafte Kolleginnen und Kollegen gewachsen. Bei ihnen möchte ich mich ganz herzlich für ihre Kreativität und ihre bereichernden Ausführungen bedanken.

Genauso gilt mein Dank aber auch all denjenigen Autorinnen und Autoren, auf die ich mich nunmehr seit vielen Jahren so vertrauensvoll verlassen darf. Ganz besonders möchte ich mich bei ihnen dafür bedanken, dass sie die Neustrukturierung kreativ unterstützt und möglich gemacht haben.

Dem gesamten Autorenteam danke ich von Herzen für ihren »langen Atem«, die Contenance und die fortdauernde Bereitschaft, das Werk über den langen Aktualisierungsprozess hinweg bis zum Schluss unter Wahrung höchsten juristischen Anspruchs top aktuell zu halten.

Danken möchte ich auch meiner Kollegin Frau Julia Braun, geborene Wittrock, sowohl für die konzeptionelle juristische Zusammenarbeit als auch für die Organisation sowie die Durchführung der angefallenen Korrekturarbeiten und die tatkräftige Umsetzung der Mindmaps.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Nürnberg von Wolters Kluwer für seine Geduld sowie tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung der 2. Auflage.

Für die Weiterentwicklung des Werkes würden wir uns über Rückmeldungen jeder Art sehr freuen.

Im Oktober 2023

Rechtsanwalt
Dr. Frank Wenzel

Im Einzelnen haben bearbeitet

Teil 1: Einführung

Kapitel 1 Simmler

Kapitel 2–3 Bals

Teil 2: Erscheinungsformen der**Patientenversorgung**

Kapitel 4 Bals

Kapitel 5 Eibl

Kapitel 6 Quaas

Kapitel 7 Scharmann

Kapitel 8 Hugemann

Kapitel 9 Eibl

Kapitel 10 Großkopf

Kapitel 11 Saalfrank/Grunwald

Kapitel 12 Münnch/Neuendorf

Teil 3: Haftungsgrundlagen

Kapitel 13–15 Hugemann

Kapitel 16 Eibl

Kapitel 17 Plagemann

Kapitel 18 Sarangi

Teil 4: Behandlungsfehler

Kapitel 19–23 Simmler

Teil 5: Einwilligung/Aufklärungsfehler

Kapitel 24–32 Simmler

Teil 6: Informationspflichten

Kapitel 33–36 Simmler

Teil 7: Dokumentation und Patientenakte

Kapitel 37–39 Simmler

**Teil 8: Pflichtverletzungen in
Spezialbereichen und Sonderfällen**

Kapitel 40 Simmler

Kapitel 41 Linden

Kapitel 42 Saalfrank/Grunwald

Kapitel 43 Rehmann

Kapitel 44 Rohner

Kapitel 45 Münnch/Neuendorf

Kapitel 46 Haag

Kapitel 47 Memm

Kapitel 48 Schmid/Köllner/Höbusch

Kapitel 49 Bals

Kapitel 50 Prütting/Friedrich

Kapitel 51 Faßbender

Kapitel 52 Staudinger

Kapitel 53 Oexmann

Teil 9: Kooperations- und Organisationsfehler

Kapitel 54–56 Hugemann

Kapitel 57 Simmler

Kapitel 58 Bock/Woelk

Teil 10: Kausalität und Zurechnung

Kapitel 59–66 Wellner

Teil 11: Materielle Ersatzansprüche	
Kapitel 67–74	Zoll
Kapitel 75	Lang
Kapitel 76	Zoll
Kapitel 77	Rohner
Teil 12: Schmerzensgeld	
Kapitel 78–85	Hensen
Teil 13: Außergerichtliche Streitbeilegung und steuerliche Aspekte der Regulierung von Personenschäden	
Kapitel 86	Maß
Kapitel 87	Jahnke
Kapitel 88	Gaidzik
Kapitel 89	Ketteler-Eising
Teil 14: Die Haftpflichtversicherung	
Kapitel 90	Weidinger
Kapitel 91	Rafshofer/Roybar
Kapitel 92	Ulsperger
Kapitel 93	Garbes
Kapitel 94	Kleitner/Müller
Kapitel 95	Hirgstetter
Teil 15: Der arzthaftungsrechtliche Zivilprozess	
Kapitel 96	Maß
Kapitel 97	Doukoff
Kapitel 98	Vogeler
Kapitel 99–100	Wenzel
Kapitel 101	Frahm
Teil 16: Kosten	
Kapitel 102–110	Schneider
Teil 17: Der Arzt im Strafverfahren	
Kapitel 111–115	Tsambikakis/Kessler
Teil 18: Sonstige Sanktionen ärztlichen Fehlverhaltens im Bereich des Berufs-, Vertragsarzt-, Zulassungs- und Arbeitsrecht	
Kapitel 116–120	Bonvie/Kirsch
Teil 19: Regress	
Kapitel 121–125	Engelbrecht/Krawiec

Inhaltsübersicht

Geleitwort	V
Vorwort	VII
Bearbeiterverzeichnis	IX
Im Einzelnen haben bearbeitet	XXI
Inhaltsverzeichnis	XXVII
Abkürzungsverzeichnis	LXI
Literaturverzeichnis	LXVII
Teil 1 Einführung	1
Kapitel 1 Die Arzthaftung – Eine systematische Einordnung	3
Kapitel 2 Grundzüge des deutschen Gesundheitssystems	39
Kapitel 3 Ärztliches Berufs- und Standesrecht	45
Teil 2 Erscheinungsformen der Patientenversorgung	57
Kapitel 4 Ambulante ärztliche Versorgung im niedergelassenen Bereich	59
Kapitel 5 Typologie der Ärzte-Kooperationen	65
Kapitel 6 Das Krankenhaus	104
Kapitel 7 Gesellschaftsrechtliche und personelle Organisationsstruktur im Krankenhaus	119
Kapitel 8 Spezialfachärztliche Versorgung/besondere Versorgung/Belegarzt/ Honorararzt	143
Kapitel 9 Das medizinische Versorgungszentrum (MVZ)	159
Kapitel 10 Haftung in der Pflege	169
Kapitel 11 Apothekenwesen	207
Kapitel 12 E-Health	220
Teil 3 Haftungsgrundlagen	245
Kapitel 13 Haftung des niedergelassenen Arztes/Rechtsgrundlagen	247
Kapitel 14 Haftung des Krankenhausträgers im stationären Bereich/ Rechtsgrundlagen	301
Kapitel 15 Haftung des Krankenhausträgers im ambulanten Bereich/ Rechtsgrundlagen	318
Kapitel 16 Haftung für Behandlungsfehler im MVZ	325
Kapitel 17 Staatshaftung für Medizinschäden	329
Kapitel 18 Haftung im Notarzt- und Rettungsdienst	339
Teil 4 Behandlungsfehler	363
Kapitel 19 Sorgfaltsmaßstab ärztlicher Leistungserbringung	365
Kapitel 20 Der grobe Behandlungsfehler	401
Kapitel 21 Befunderhebungsfehler	409
Kapitel 22 Diagnosefehler	414
Kapitel 23 Therapiefehler	419
Teil 5 Einwilligung/Aufklärungsfehler	429
Kapitel 24 Der Aufklärungsfehler im Haftungssystem	431
Kapitel 25 Risikoaufklärung	457
Kapitel 26 Diagnoseaufklärung	465
Kapitel 27 Verlaufsaufklärung	466
Kapitel 28 Eignung, Erfolgsaussichten, Misserfolgsrisiko	467
Kapitel 29 Alternativaufklärung	468

Kapitel 30	Formelle Anforderungen an die Aufklärung	475
Kapitel 31	Aufklärungspflichtiger und Aufklärungsdelegation	488
Kapitel 32	Aufklärungsadressat – Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungszuständigkeit/ Patientenverfügung/Vorsorgevollmacht/Betreuung.	492
Teil 6	Informationspflichten.	499
Kapitel 33	Wirtschaftliche Information	501
Kapitel 34	Therapeutische Information	503
Kapitel 35	Aufklärungsinformation für nicht einwilligungsfähige Patienten	509
Kapitel 36	Fehleroffenbarung.	512
Teil 7	Dokumentation und Patientenakte	515
Kapitel 37	Grundlagen der Dokumentationspflicht.	517
Kapitel 38	Umfang der Dokumentationspflicht.	520
Kapitel 39	Einsichtsrecht des Patienten	523
Teil 8	Pflichtverletzungen in Spezialbereichen und Sonderfällen	527
Kapitel 40	Fehler bei der Familienplanung	529
Kapitel 41	Zahnarzthaftung.	541
Kapitel 42	Apothekerhaftung.	566
Kapitel 43	Haftung für fehlerhafte Medizinprodukte und Arzneimittel.	593
Kapitel 44	Haftung für den Verlust von Patienteneigentum in Praxis und Krankenhaus	633
Kapitel 45	Digitale Gesundheitsversorgung und Haftung	640
Kapitel 46	Gesundheitsdaten, Datenschutz und Haftung	670
Kapitel 47	Haftungsfragen im Rahmen von Patientenverfügungen/ Vorsorgevollmachten	705
Kapitel 48	Arzt- und Hebammenhaftung in Geburtsschadenfällen	730
Kapitel 49	Heilpraktikerhaftung/Haftung in den heilberuflichen Parallel- und Hilfsberufen	802
Kapitel 50	Corona und Arzthaftung	808
Kapitel 51	Haftungsfragen beim Suizid	822
Kapitel 52	Medizintourismus und Fragen der internationalen Zuständigkeit sowie des anwendbaren Rechts.	846
Kapitel 53	Die Haftung des Tierarztes.	876
Teil 9	Kooperations- und Organisationsfehler.	945
Kapitel 54	Kooperationsfehler und Praxisorganisationsfehler.	947
Kapitel 55	Arbeitsteilungsfehler, Delegationsfehler bei Delegation innerhalb des ärztlichen Dienstes	957
Kapitel 56	Technisch-apparativer Organisationsbereich, Geräteeinsatz und Medikamentenvorhaltung	963
Kapitel 57	Aufklärungsorganisationsfehler.	965
Kapitel 58	Hygienefehler	967
Teil 10	Kausalität und Zurechnung	993
Kapitel 59	Haftungsbegründende Kausalität – Begriff.	995
Kapitel 60	Haftungsbegründende Kausalität – Zurechnung und Bezugspunkt	999
Kapitel 61	Mitursächlichkeit und Teilkausalität.	1007
Kapitel 62	Haftungsausfüllende Kausalität	1009
Kapitel 63	Mitverschulden.	1010

Kapitel 64	Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärschaden	1013
Kapitel 65	Kausalitätsbeweis	1016
Kapitel 66	Hypothetische und mutmaßliche Einwilligung	1023
Teil 11	Der Medizinschaden	1027
Kapitel 67	Haftungsumfang	1029
Kapitel 68	Heilbehandlungskosten	1039
Kapitel 69	Vermehrte Bedürfnisse	1045
Kapitel 70	Erwerbs- und Fortkommensschaden	1051
Kapitel 71	Haushaltsführungsschaden	1071
Kapitel 72	Ersatzansprüche Dritter	1079
Kapitel 73	Beerdigungskosten	1082
Kapitel 74	Unterhaltsschaden	1084
Kapitel 75	Hinterbliebenengeld	1104
Kapitel 76	Drittleistungsträger und Kapitalisierung aus schadensrechtlicher Sicht	1128
Kapitel 77	Entgelt- und Honorar-Rückzahlungsansprüche von Patienten	1131
Teil 12	Schmerzensgeld im Gefüge des Arzthaftungsrechts	1139
Kapitel 78	Grundlagen	1141
Kapitel 79	Aufgaben	1148
Kapitel 80	Schutzgüter	1154
Kapitel 81	Besonderheiten wrongful life und Schockschäden	1160
Kapitel 82	Bemessung	1164
Kapitel 83	Prozessuales	1184
Kapitel 84	Verjährung	1205
Kapitel 85	Schmerzensgeldtabelle/Rechtsprechungsübersicht	1213
Teil 13	Außergerichtliche Streitbeilegung und steuerliche Aspekte der Regulierung von Personenschäden	1285
Kapitel 86	Außergerichtliche Fallbearbeitung	1287
Kapitel 87	Abfindungsvergleich	1333
Kapitel 88	Ärztliche Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen	1524
Kapitel 89	Steuerliche Aspekte der Regulierung von Personenschäden	1543
Teil 14	Die Haftpflichtversicherung	1579
Kapitel 90	Die Heilwesenhaftpflichtversicherung – Berufshaftpflichtversicherung des Arztes	1581
Kapitel 91	Die Heilwesenhaftpflichtversicherung – Betriebshaftpflichtversicherung für Krankenhäuser, Pflegeeinrichtungen und sonstige Dienstleistungsgemein- schaften für Gesundheitsleistungen (MVZ)	1624
Kapitel 92	Der Schadensfall aus der Perspektive des Haftpflichtversicherers	1689
Kapitel 93	Versicherungssummenüberschreitung und Kürzungs- und Verteilverfahren in der allgemeinen Haftpflichtversicherung	1708
Kapitel 94	Der Heilwesenversicherer und allgemeine Schadenprävention	1729
Kapitel 95	Versicherungsmedizinische Grundlagen für die Bearbeitung von Arzthaftpflichtschäden	1743
Teil 15	Der arzthaftungsrechtliche Zivilprozess	1781
Kapitel 96	Prozessvorbereitung aus Sicht des Patientenanwalts und Klageschrift	1783
Kapitel 97	Verjährungsfallen in der Prozessvorbereitung	1847
Kapitel 98	Prozessvorbereitung auf Behandlerseite	1874
Kapitel 99	Prozessführung in erster Instanz	1885

Kapitel 100	Berufung und Revision im Arzthaftungsprozess	1999
Kapitel 101	Der Sachverständige im Arzthaftungsprozess	2016
Teil 16	Kosten in Arzthaftungssachen	2071
Kapitel 102	Einleitung	2073
Kapitel 103	Vergütungsvereinbarungen	2074
Kapitel 104	Die gesetzliche Vergütung	2095
Kapitel 105	Die Wertfestsetzung	2162
Kapitel 106	Die Kostenfestsetzung	2166
Kapitel 107	Die Kostenerstattung	2167
Kapitel 108	Die Beratungshilfe	2171
Kapitel 109	Die Prozesskostenhilfe	2173
Kapitel 110	Die Rechtsschutzversicherung	2176
Teil 17	Der Arzt im Strafverfahren	2179
Kapitel 111	Vorbemerkung: Der Arzt und das Strafrecht	2181
Kapitel 112	Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit und gegen das Leben	2183
Kapitel 113	Verstöße gegen die ärztliche Lauterkeit	2227
Kapitel 114	(Abrechnungs-)Betrug, Untreue und Korruption	2241
Kapitel 115	Der Strafprozess	2271
Teil 18	Sonstige Sanktionen ärztlichen Fehlverhaltens im Bereich des Berufs-, Vertragsarzt-, Zulassungs- und Arbeitsrechts	2309
Kapitel 116	Vorbemerkung: Sonstige Sanktionen ärztlichen Fehlverhaltens	2311
Kapitel 117	Berufsrechtliche Sanktionen	2313
Kapitel 118	Approbationsrechtliche Folgen	2330
Kapitel 119	Vertragsarztrechtliche Folgen	2334
Kapitel 120	Arbeitsrechtliche Folgen	2341
Teil 19	Regress	2361
Kapitel 121	Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X	2363
Kapitel 122	Regress des Rentenversicherungsträgers nach § 119 SGB X	2431
Kapitel 123	Regress des Dienstherrn	2441
Kapitel 124	Regress des Arbeitgebers	2451
Kapitel 125	Regress des privaten Krankenversicherers	2454
	Stichwortverzeichnis	2457

dürften die Anforderungen an die – grundsätzlich der einzelfallbezogenen tatrichterlichen Würdigung überlassenen¹⁰² – Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung gestiegen sein.

C. Haftungszurechnung bei Vertragshaftung

Zusammenfassend ergeben sich damit folgende vertragliche Haftungszurechnungen für die verschiedenen Vertragsmodelle: 37

Haftung	Krankenhaus	selbstliquidierender Arzt
totaler Krankenhausvertrag	<ul style="list-style-type: none"> – für sämtliche ärztlichen und nicht ärztlichen Fehlleistungen – für Versagen technischer Geräte 	<ul style="list-style-type: none"> – entfällt
gespaltener Arzt-Krankenhaus-Vertrag	<ul style="list-style-type: none"> – für Ärzte, die nicht dem Fachgebiet des selbstliquidierenden Arztes angehören – für nichtärztliches Personal – für Versagen technischer Geräte – für Organisationsmängel 	<ul style="list-style-type: none"> – für eigene Fehlleistungen – für nachgeordnete Ärzte/Assistenz des gleichen Fachgebiets – für von ihm hinzugezogene Ärzte anderer Fachrichtungen – Pflegefehler, wenn diese auf unzureichender Information oder Instruktion durch den selbstliquidierenden Arzt zurückzuführen sind
totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag	<ul style="list-style-type: none"> – für sämtliche ärztlichen und nichtärztlichen Fehlleistungen, einschließlich derjenigen des selbstliquidierenden Arztes – für Versagen technischer Geräte 	<ul style="list-style-type: none"> – für eigene Fehlleistungen – für nachgeordnete Ärzte/Assistenz des eigenen Fachgebietes

D. Deliktische Haftung

Wie bei der Behandlung durch den niedergelassenen (Zahn-)Arzt kommt auch im Bereich der Krankenhausbehandlung neben der vertraglichen Haftung eine deliktische Haftung in Betracht. Die deliktische Haftung des Krankenhausträgers gliedert sich in eine Haftung für eigenes Verschulden (§§ 823 ff. BGB), für das widerrechtliche Verhalten seiner Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) und für schädigende Handlungen seiner Organe (§ 31 BGB). Für beamtete Ärzte haftet der Krankenhausträger gegebenenfalls nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. 38

I. Haftung für eigenes Verschulden

Der Krankenhausträger haftet deliktisch für eigenes Verschulden vor allem bei einer Verletzung seiner Organisationspflichten. Die spezifischen Voraussetzungen für eine Haftung aus Organisationspflichtverletzung werden an späterer Stelle eingehend erörtert.¹⁰³ Neben dem Krankenhausträger haben grundsätzlich auch die Krankenhausärzte und das nichtärztliche Personal für ihre Fehler deliktisch nach § 823 BGB einzustehen. Hiervon ausgenommen sind im Blick auf das Verweisungsprivileg aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich beamtete Ärzte. 39

¹⁰² BGH, Urt. vom 01.02.2007, III ZR 126/06, VersR 2007, 950, 951.

¹⁰³ S. Kap. 54 Rdn. 2.

II. Haftungszurechnung beim Krankenhausträger, § 831 BGB

- 40 Ebenso wie der niedergelassene (Zahn-)Arzt haftet auch der Krankenhausträger hierneben für widerrechtliche Schadenszufügungen durch seine Verrichtungsgehilfen nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die obigen Ausführungen zur deliktsrechtlichen Haftungszurechnung beim niedergelassenen (Zahn-)Arzt¹⁰⁴ gelten für die Haftung des Krankenhausträgers entsprechend. Grundsätzlich ist die Inanspruchnahme des Krankenhausträgers aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB zwar für den Patienten gegenüber einer Inanspruchnahme aus eigenem Organisationsverschulden mit dem Nachteil behaftet, dass dem Krankenhaus der Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB offen steht. Allerdings stellt der BGH an den Entlastungsbeweis allgemein sehr hohe Anforderungen, so dass in der Praxis die Unterschiede zwischen Organisationshaftung und Haftung aus § 831 BGB einerseits, wie auch zur vertraglichen Haftung unter Zurechnung etwaiger Fehler des Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB andererseits, weitestgehend aufgehoben sind.¹⁰⁵
- 41 Die Haftungszurechnung nach § 831 BGB greift auch bei Behandlung in den **Institutsambulanzen**. Denn hier ist der Krankenhausträger Geschäftsherr des ärztlichen und pflegerischen Dienstes.¹⁰⁶

III. Organhaftung des Krankenhausträgers, §§ 31, 89 BGB

- 42 Bei der praktischen Umsetzung der Verpflichtung des Krankenhausträgers, für einen ordnungsgemäßen ärztlichen Dienst Sorge zu tragen, haben die **Chefärzte** die führende Rolle übernommen: Sie werden selbstständig tätig, delegieren Aufgaben an ihre Ober- oder Assistenzärzte, teilen die nicht-ärztlichen Hilfskräfte ein und kontrollieren diese.¹⁰⁷ Dabei ist der Chefarzt in medizinischen Fragen regelmäßig weisungsfrei und kann aus diesem Grund nicht als Verrichtungsgehilfe des Krankenhausträgers angesehen werden. Die Rechtsprechung stuft ihn als »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« und mithin als **Organ des Krankenhausträgers** ein, für dessen Verschulden der Träger gemäß §§ 31, 89 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit einzustehen hat.¹⁰⁸ Denn für eine solche Vertretung ist es ausreichend, dass dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert.¹⁰⁹ Auch der Oberarzt ist als Organ des Klinikträgers anzusehen, sofern er in Wahrnehmung seiner Funktion als Vertreter des Chefarztes tätig wird.¹¹⁰
- 43 Der Klinikträger haftet auch im Rahmen des **totalen Krankenhausvertrags mit Arztzusatzvertrag** nach §§ 31, 89 BGB für die Fehler leitender Ärzte; denn der selbst liquidierende Chefarzt wird auch im Bereich der von ihm erbrachten Wahlleistungen nicht nur für sich, sondern zugleich für den Klinikträger tätig.¹¹¹
- 44 Bei Fehlern des Chefarztes im Rahmen stationärer Behandlung auf der Grundlage eines **gespaltenen Krankenhausvertrages** haftet der Klinikträger hingegen grundsätzlich nicht deliktisch. Allerdings können Fehler des selbstliquidierenden Arztes Überwachungs- und Organisationsfehler des Krankenhauses aufdecken und auf diesem Wege zu einer gesamtschuldnerischen deliktischen Haftung führen. So muss der Krankenhausträger etwa organisatorisch sicherstellen, dass durch den selbstliquidierenden Arzt keine ärztlichen Aufgaben an das nichtärztliche Personal delegiert

104 Dazu Kap. 13 Rdn. 62.

105 Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 120.

106 Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 141.

107 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 612.

108 BGH, Urt. vom 21.09.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334; Urt. vom 22.04.1980, VI ZR 121/78, NJW 1980, 1901, 1902.

109 BGH, Urt. vom 21.09.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334.

110 BGH, Urt. vom 30.06.1987, VI ZR 257/86, NJW 1987, 2925.

111 BGH, Urt. vom 18.06.1985, VI ZR 234/83, NJW 1985, 2189, 2190; vgl. Rdn. 30.

werden¹¹² oder vor der Entbindung stehende Risikopatientinnen nicht allein durch nichtärztliches Personal überwacht werden.¹¹³

Auch für Fehler in der **Chefartzambulanz** hat der Krankenhausträger deliktisch nicht einzustehen.¹¹⁴ Insbesondere kommt nach der Rechtsprechung des BGH eine deliktische Verantwortung des Krankenhausträgers aus eigenem Organisationsverschulden auch dort nicht in Betracht, wo dieser die Behandlung von Kassenpatienten in der Chefartzambulanz durch nachgeordnete Krankenhausärzte duldet, auch wenn die Chefartzambulanz dadurch faktisch zur Institutsambulanz wird.¹¹⁵ 45

IV. Haftung des leitenden Arztes

Bezüglich der deliktischen Haftung der Ärzte in Leitungsfunktion ist zu differenzieren zwischen solchen, die ihre Tätigkeit als Angestellte des Krankenhauses ausüben und solchen, denen der Status eines Beamten zukommt. 46

1. Angestellte Ärzte

Für eigene Fehler haben angestellte Ärzte in Leitungsfunktion unmittelbar nach § 823 Abs. 1 BGB einzustehen. 47

Die deliktische Haftung des leitenden Klinikarztes aus § 831 Abs. 1 BGB für eine fehlerhafte Ausübung der eigenen Leitungsfunktion gegenüber nachgeordneten ärztlichen und nichtärztlichen Mitarbeitern wird durch die deliktische Haftung des Klinikträgers nicht berührt.¹¹⁶ Erfolgt die Behandlung auf der Grundlage eines totalen Krankenhausvertrages wird allerdings in der Regel nur der Krankenhausträger als Geschäftsherr der ärztlichen und pflegerischen Assistenz angesehen werden können.¹¹⁷ Der selbstliquidierende Arzt (totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag oder gespaltener Krankenhausvertrag) hat demgegenüber für die ärztliche Assistenz prinzipiell nach § 831 Abs. 1 BGB einzustehen. Für Fehler bei der pflegerischen Betreuung hat auch der selbstliquidierende Arzt nur insoweit einzustehen, wie diese auf eigene fehlerhafte Anweisungen zurückgehen.¹¹⁸ 48

In der **Chefartzambulanz** werden nachgeordnete ärztliche und nichtärztliche Mitarbeiter ausschließlich als Verrichtungsgehilfen des die Ambulanz leitenden Arztes tätig. Er und nicht das Krankenhaus hat deliktisch nach § 831 Abs. 1 BGB für ihre Fehler einzustehen.¹¹⁹ 49

2. Beamtete Ärzte

Beamtete Chefärzte haften demgegenüber deliktisch allein nach Maßgabe von § 839 BGB. Sie sind **im stationären Behandlungsbereich** infolge des **Verweisungsprivilegs** aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB von ihrer deliktischen Haftung frei, wenn dem Patienten ein anderer (vertraglicher oder deliktischer) Haftungsschuldner zur Verfügung steht, sofern dieser nicht seinerseits lediglich subsidiär haftet. Dies ist im Blick auf die vorstehend erörterte Organhaftung aus §§ 31, 89 BGB regelmäßig der Krankenhausträger, sofern nicht ausnahmsweise ein gespaltener Krankenhausvertrag vereinbart ist.¹²⁰ Aber auch die Eigenhaftung des Krankenhausträgers wegen Organisationsmängeln und des nachgeordneten nicht beamteten Personals aus § 823 Abs. 1 BGB heben die deliktische Haftpflicht 50

112 BGH, Urt. vom 16.04.1996, VI ZR 190/95, NJW 1996, 2429, 2431; vgl. Rdn. 24.

113 BGH, Urt. vom 16.05.2000, VI ZR 321/98, NJW 2000, 2737, 2739.

114 Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 133.

115 BGH, Urt. vom 28.04.1987, VI ZR 171/86, NJW 1987, 2289, 2290.

116 BGH, Urt. vom 01.02.1994, VI ZR 65/93, NJW 1994, 1594.

117 OLG Oldenburg, Urt. vom 17.06.1997, 5 U 21/97, VersR 1998, 1285; OLG Düsseldorf, Urt. vom 10.07.1997, 8 U 80/96, NJW 1998, 3420.

118 Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 139.

119 BGH, Urt. vom 20.09.1988, VI ZR 296/87, NJW 1989, 769, 771.

120 OLG Köln, Urt. vom 23.10.2002, 5 U 4/02, VersR 2004, 1181.

des leitenden Arztes auf.¹²¹ Für die Eröffnung des Verweisungsprivilegs spielt es keine Rolle, ob der beamtete Arzt zur Selbstliquidierung berechtigt ist.¹²² Entscheidend ist vielmehr, ob der Arzt aus seiner beamtenrechtlichen Dienststellung heraus tätig wird. Diese ist auch bei ambulanter Behandlung des Patienten betroffen, wenn sie in die Zuständigkeit des Krankenhasträgers fällt (§§ 115a ff. SGB V).¹²³ Es steht zur Darlegungs- und Beweislast des Patienten, dass ihm keine andere Ersatzmöglichkeit offensteht.

- 51 Bei der Behandlung des Patienten in der **Chefarztambulanz** wird der beamtete Arzt hingegen nicht aus seiner Dienststellung heraus tätig und kann sich ebenso wenig wie sein Vertreter auf das Verweisungsprivileg berufen;¹²⁴ er haftet deliktisch aus § 823 Abs. 1 BGB. »Insoweit wird der beamtete Chefarzt, gleichgültig, ob er diese Behandlung der Privatpatienten in der Krankenhausambulanz oder einem besonderen Raum vornimmt, nicht im Rahmen des öffentlichen Auftrages seines Krankenhauses zur medizinischen Versorgung der Bevölkerung tätig; er übt diese Krankenbehandlungen vielmehr aufgrund der Genehmigung als Nebentätigkeit außerhalb seines Hauptamtes aus, für das er als Beamter bestellt worden ist. Eine solche ambulante Behandlung von Privatpatienten durch einen Chefarzt gehört daher nicht zu seinen Dienstpflichten.«¹²⁵ Anderes soll nach Ansicht des OLG Stuttgart jedoch gelten, wenn die ambulante Tätigkeit des Chefarztes der Entscheidungsfindung in Bezug auf eine stationäre Behandlung dient und es zur stationären Aufnahme kommt.¹²⁶ Nach Auffassung des OLG Köln soll bei einer sich an eine ambulante Behandlung anschließenden stationären Versorgung die Zuordnung davon abhängen, ob die Behandlung als Einheit anzusehen ist, und falls dies zu bejahen ist, wo der sachliche Schwerpunkt der Behandlung liegt.¹²⁷
- 52 Die **vertragliche Haftung** des beamteten Arztes wird durch das Verweisungsprivileg jedoch nicht berührt. Bei Vereinbarung von Wahlleistungen auf der Grundlage eines totalen Krankenhausvertrages mit Arztsatzvertrag oder bei Abschluss eines gespaltenen Krankenhausvertrages kann sich der selbstliquidierende beamtete Arzt einer Haftung durch das Verweisungsprivileg daher nicht entziehen. Durch die Einführung eines vertraglichen Schmerzensgeldanspruchs hat daher das Verweisungsprivileg erheblich an praktischer Bedeutung verloren. Bedeutsam bleibt es jedoch beim nachgeordneten beamteten Arzt, der nicht in vertraglichen Beziehungen zum Patienten steht, sondern ausschließlich deliktisch haftet. Dieser kann sowohl die vertragliche und deliktische Haftung des selbstliquidierenden Arztes als auch diejenige des Klinikträgers als anderweitige Ersatzmöglichkeit anführen.¹²⁸

V. Hoheitliche Behandlung

- 53 Erfolgt die stationäre Behandlung ausnahmsweise hoheitlich, wie etwa bei der Zwangsunterbringung psychisch Kranker aufgrund der Unterbringungsgesetze der Länder, tritt – ohne dass es dazu eines Beamtenstatus bedürfte – deliktsrechtlich die Anstellungskörperschaft als Haftungsschuldner an die Stelle des Arztes oder Pflegers.¹²⁹

► Praxistipp:

- 54 – Für die Prüfung der Frage, wem gegenüber im Falle einer fehlerhaften stationären Behandlung erfolversprechend Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden können (Stichwort: Passivlegitimation), kommt es darauf an, welcher Krankenhausvertragstyp vereinbart wurde (totaler

121 Gehrlein Kap. A Rn. 53.

122 BGH, Urt. vom 08.12.1992, VI ZR 349/91, NJW 1993, 784, 785.

123 BGH, Urt. vom 20.12.2005, VI ZR 180/04, NJW 2006, 767, 768; zur ambulanten Krankenhausbehandlung s. Kap. 15 Rdn. 1 ff.

124 BGH, Urt. vom 08.12.1992, VI ZR 349/91, NJW 1993, 784.

125 BGH, Urt. vom 08.12.1992, VI ZR 349/91, NJW 1993, 784, 786.

126 OLG Stuttgart, Urt. vom 27.07.1999, 14 U 65/97, OLGR 2000, 132.

127 OLG Köln, Urt. vom 23.10.2002, 5 U 4/02, VersR 2004, 1181.

128 Gehrlein Kap. A Rn. 56.

129 Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 147.

Krankenhausvertrag, totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag oder gespaltener Arzt-Krankenhaus-Vertrag). Der Patientenanwalt sollte daher die zur Prüfung dieser Frage notwendigen Unterlagen bei seinem Mandanten oder beim Krankenhausträger anfordern.

- An die Wirksamkeit von Wahlleistungsvereinbarungen stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen. Neben der Schriftform sind die detaillierten Unterrichtungspflichten zu beachten. Ist die Vereinbarung wegen Nichtbeachtung dieser Vorgaben nichtig, können infolgedessen zuviel gezahlte Beträge nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (§§ 812 ff. BGB) zurückgefordert werden, es sei denn, die Wahlleistungen wurden über einen längeren Zeitraum abgerufen, beanstandungsfrei erbracht und honoriert (§ 242 BGB).
- Auch bei ambulanten Krankenhausbehandlungen ist sorgsam zu prüfen, wer Vertragspartner des Patienten geworden ist (liquidationsberechtigter Arzt oder Krankenhausträger?).
- Der Krankenhausträger muss sich widerrechtliche Schadenszufügungen durch seine Verrichtungshelfen nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB zurechnen lassen, schuldhafte Fehler seiner Chefärzte hingegen nach den Grundsätzen der Organhaftung analog §§ 31, 89 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit.
- Beim gespalteten Arzt-Krankenhaus-Vertrag haftet der Krankenhausträger für Fehler des liquidationsberechtigten Arztes ebenso wenig deliktisch, wie bei Fehlern in der Chefarztambulanz.
- Angestellte Chefärzte haften deliktisch für eigene Fehler nach § 823 Abs. 1 BGB und für nachgeordnete ärztliche und nichtärztliche Mitarbeiter nach § 831 Abs. 1 BGB wohingegen beamtete Chefärzte – soweit der stationäre Behandlungsbereich betroffen ist – lediglich nach § 839 Abs. 1 BGB deliktisch haften; ihnen kommt hier das Verweisungsprivileg aus § 839 Abs. 2 Satz 2 BGB zugute.
- Anders ist dies bei Behandlung des Patienten in der Chefarztambulanz, weil der Chefarzt hier nicht aus seiner Dienststellung heraus tätig wird, so dass das Verweisungsprivileg nicht greift.
- Die vertragliche Haftung des beamteten Chefarztes wird durch das Verweisungsprivileg indes nicht berührt, so dass dieses mit der Einführung des vertraglichen Schmerzensgeldanspruchs erheblich an praktischer Bedeutung verloren hat.

Kapitel 20 Der grobe Behandlungsfehler

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Bedeutung und Reichweite der Beweiserleichterung	1	C. Ausnahmen von der Beweislastumkehr.	25
I. Bedeutung	1	D. Mitursächlichkeit	29
II. Reichweite	10	E. Checkliste zum groben Behandlungsfehler	36
B. Kriterien des groben Behandlungsfehlers	17		

A. Bedeutung und Reichweite der Beweiserleichterung

I. Bedeutung

Diese Beweiserleichterung, die der Gesetzgeber mit dem PatientenrechteG in die Form des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB gegossen hat, betrifft den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem konkreten Gesundheitsschaden. Auch wenn es durchaus Fälle gibt, in denen dieser Zusammenhang klar ist oder problemlos festgestellt werden kann,¹ ist dieser Nachweis für den Patienten vielfach schwierig und oft geradezu unmöglich, wenn noch andere Ursachen als der Behandlungsfehler für seinen Gesundheitsschaden in Betracht kommen. Weil dies im Hinblick auf die Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus häufig der Fall ist, müssten ohne eine Erleichterung dieses Nachweises noch viel mehr auf fehlerhafte medizinische Behandlung gestützte Schadensersatzklagen an der Hürde des § 286 ZPO scheitern, als dies ohnehin der Fall ist. Das aber würde nicht nur den erforderlichen **Interessenausgleich** zwischen Patienten- und Behandlungsseite wesentlich erschweren und damit nicht nur für diese wichtigen Haftungsfälle den verfassungsrechtlich gebotenen **Rechtsgewährungsanspruch** in Frage stellen,² sondern durch ein allzu häufiges Ausbleiben der Haftung für ärztliche Fehler auch die Einhaltung eines guten **medizinischen Standards** gefährden, der für die Allgemeinheit von eminenter Bedeutung ist.

Zum **Schutz des Patienten**, zur **Vermeidung unerträglicher Haftungslücken** und nicht zuletzt auch zur **Durchsetzung** des erforderlichen medizinischen **Standards** hat die Rechtsprechung eine besondere Beweiserleichterung entwickelt, die von herausragender Bedeutung für den Arzthaftungsprozess ist. Der Gesetzgeber hat erklärtermaßen mit § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB lediglich die von der Rspr. entwickelten Grundsätze unverändert kodifizieren wollen. Die Beweislastumkehr aufgrund groben Behandlungsfehlers knüpft der Sache nach an das Gewicht des Behandlungsfehlers an, indem sie darauf abstellt, ob er grob war, was in den meisten Fällen gleichbedeutend mit dem **Ausmaß der Abweichung des ärztlichen Verhaltens vom gebotenen medizinischen Standard** ist.

Ob ein solcher Fehler festgestellt werden kann, ist meist entscheidend für den Ausgang des Prozesses, weil ein grober Behandlungsfehler in der Regel zur **Umkehr der Beweislast** führt.³ Die frühere Formel »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr« hat BGH im Interesse größerer Klarheit und Rechtssicherheit ausdrücklich aufgegeben⁴ – es findet also, wie nun auch § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB statuiert, grundsätzlich eine Umkehr der Beweislast statt. Als deren Folge wird die Kausalität vermutet, so dass der Arzt beweisen muss, dass sein (grober) Fehler für die Schädigung nicht

1 BGH, Urt. vom 27.03.2007, VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767.

2 Hierzu BVerfG, Beschl. vom 11.10.1994, 1 BvR 1398/93, BVerfGE 91, 176, 182; BVerfG, Beschl. vom 30.04.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 401 sowie BGH, Urt. vom 27.04.2004, VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013 m.w.N.

3 Zu Ausnahmen Rdn. 25.

4 BGH, Urt. vom 27.04.2004, VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011.

ursächlich geworden ist.⁵ Das ist mindestens ebenso schwer wie der normalerweise dem Patienten obliegende Beweis der Ursächlichkeit, wird also in der Praxis nur selten gelingen, auch wenn beides gelegentlich vorkommt.

4

Grober Behandlungsfehler	
Beweislast Patient	Beweislast Behandler
<ul style="list-style-type: none"> Behandlungsfehler (BF) Verschulden Schaden <p>ABER:</p> <p style="text-align: center;">Ursachenzusammenhang (zwischen BF und Schaden) wird vermutet</p>	<ul style="list-style-type: none"> Widerlegung des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden

5 Diese Beweiserleichterung ist keine Sanktion für besonders schweres ärztliches Verschulden, auch wenn dieses beim groben Behandlungsfehler nicht selten vorliegen wird. Vielmehr ist sie zum Ausgleich dafür entwickelt worden, dass durch das Gewicht des groben Fehlers die Aufklärung des Behandlungsgeschehens und insbesondere des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden besonders erschwert worden, also das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch diesen Fehler besonders verbreitert bzw. verschoben worden ist und der Patient sich deshalb **unbillig in Beweisnot** befindet.⁶

6 Der BGH hat immer wieder klargestellt,⁷ dass diese **Verschiebung des Spektrums nur ein Motiv** und nicht etwa ein zusätzliches Erfordernis für die Beweislastumkehr darstellt. Letztlich wird diese Beweiserleichterung von der Erkenntnis getragen, dass die generelle Schwierigkeit, den Zusammenhang zwischen ärztlichem Fehlverhalten und einem Gesundheitsschaden des Patienten nachzuweisen, es strukturell erforderlich macht, dem Patienten die Beweislast zu erleichtern, wenn das Fehlverhalten der Behandlungsseite besonders grob war. Andernfalls müsste wegen der **Eigenart eines Gesundheitsschadens** und den komplexen, oft nicht einwandfrei zu klärenden Zusammenhängen zwischen dem Behandlungsgeschehen und seiner Auswirkung auf den menschlichen Organismus die strikte Anwendung der zivilrechtlichen Beweisregeln zur Versagung von Schadensersatz auch in Fällen führen, wo das nicht mehr hinnehmbar ist und schlechthin unbillig erscheint. Deshalb ist nochmals zu betonen, dass es nicht um den Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit gegenüber dem Arzt geht.⁸ Auch Verstöße gegen die Aufklärungspflicht spielen insoweit keine Rolle.⁹ Maßgeblich

5 BGH, Urt. vom 29.05.2001, VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792; Urt. vom 27.04.2004, VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011.

6 BGH, Urt. vom 26.11.1991, VI ZR 389/90, NJW 1992, 754; Urt. vom 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801; Urt. vom 29.11.1994, VI ZR 189/93, NJW 1995, 778; Urt. vom 13.02.1996, VI ZR 402/94, NJW 1996, 1589; Urt. vom 24.09.1996, VI ZR 303/95, NJW 1997, 794.

7 BGH, Urt. vom 27.04.2004, VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011; Urt. vom 27.03.2007, VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767.

8 BGH, Urt. vom 26.11.1991, VI ZR 389/90, NJW 1992, 754; vgl. auch Müller NJW 1997, 3049, 3052 ff.

9 BGH, Urt. vom 10.03.1987, VI ZR 88/86, NJW 1987, 2291.

ist vielmehr das **Gewicht des groben Fehlers**, der freilich geeignet sein muss, um den konkreten Gesundheitsschaden herbeizuführen.¹⁰

► **Praxistipp:**

Die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler ist aus Gründen der Billigkeit entwickelt worden, um bei schwerem ärztlichem Versagen dem Patienten aus der Beweisnot zu helfen. 7

Die Umkehr der Beweislast gilt im Grundsatz auch bei einem groben Verstoß gegen die Pflicht zur Sicherheits- oder **therapeutischen Aufklärung** (in der Terminologie des Patientenrechtegesetz: therapeutische »**Informationspflicht**«, § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB),¹¹ weil diese aus rechtlicher Sicht einen Behandlungsfehler darstellt.¹² Sie gilt auch bei grober Verletzung von **Organisations- und Kontrollpflichten** und kann, wenn der betreffende Fehler im Bereich des voll beherrschbaren Risikos liegt, eine hierdurch begründete Fehler- und Verschuldensvermutung durch die zusätzliche Vermutung der Ursächlichkeit ergänzen.¹³ Mit einer gewissen Abstufung gilt sie auch bei groben Verstößen gegen die Pflicht zur **Erhebung und Sicherung medizinisch gebotener Befunde**, die im nächsten Kapitel (Kap. 21) erörtert wird.¹⁴ 8

Ein Diagnoseirrtum ist nur dann als grober Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst anzusehen, wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handelt. Diese Eingrenzung ist erforderlich wegen der Schwierigkeit ärztlicher Diagnostik.¹⁵ Deshalb ist nicht jeder Diagnosefehler ein Behandlungsfehler.¹⁶ Ist allerdings der Irrtum fundamental, so hat das beweisrechtlich die gleichen Folgen wie beim groben Behandlungsfehler.¹⁷ Als grober Diagnosefehler kann die Fehlinterpretation eines Befundes bezeichnet werden, die aus ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich ist und einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Das ist z.B. dann der Fall, wenn die Kenntnis der richtigen Diagnose grundlegend ist und schon bei einem Examenkandidaten erwartet werden kann oder wenn die vom Arzt angenommene Ursache so unwahrscheinlich ist, dass sich hieraus ein massiver Verstoß gegen medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen ergibt.¹⁸ 9

II. Reichweite

Die Umkehr der Beweislast erstreckt sich grundsätzlich nur auf die **haftungsbegründende Kausalität**, also den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und dem Primärschaden¹⁹ sowie solchen Sekundärschäden, die als typische Folge des Primärschadens angesehen werden können und denen durch die grob verletzte Sorgfaltspflicht ebenfalls vorgebeugt werden soll.²⁰ Für eine solche ausnahmsweise Erstreckung der Beweislast legt der BGH strenge Maßstäbe an, um die ärztliche Haftung nicht zu sehr auszuweiten. 10

10 Hierzu Rdn. 21.

11 BGH, Urt. vom 17.11.2015, VI ZR 476/14, NJW 2016, 563.

12 Hierzu u. Rdn. 21.

13 BGH, Urt. vom 01.02.1994, VI ZR 65/93, NJW 1994, 1594; Urt. vom 16.04.1996, VI ZR 190/95, NJW 1996, 2429.

14 BGH, Urt. vom 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778; Urt. vom 29.09.2009, VI ZR 251/08, VersR 2009, 299; hierzu Kap. 21 Rdn. 1.

15 Hierzu näher Kap. 22 Rdn. 1.

16 BGH, Urt. vom 08.07.2003, VI ZR 304/02, NJW 2003, 2827.

17 BGH, Urt. vom 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513; Urt. vom 29.11.1994, VI ZR 189/93, NJW 1995, 778; Urt. vom 13.02.1996, VI ZR 402/94, NJW 1996, 1589; weitere Beispiele (nach Fachrichtungen geordnet) bei Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht, B Rn. 267–269.

18 Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht, B Rn. 265.

19 BGH, Urt. vom 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801; Urt. vom 12.02.2008, VI ZR 221/06, NJW 2008, 1381.

20 BGH, Urt. vom 09.05.1978, VI ZR 81/77, NJW 1978, 764; Urt. vom 16.11.2004, VI ZR 328/03, NJW 2005, 427.

► **Musterfall:**

- 11 So hat der BGH es nicht als typischen Folgeschaden in diesem Sinn angesehen, dass die Patientin nach einem zunächst erlittenen Hinterwandinfarkt, dessen Folgen vom beklagten Arzt grob fehlerhaft nicht abgewendet worden waren, noch während des Krankenhausaufenthalts vier Wochen später einen Vorderwandinfarkt erlitten hat.²¹ Der BGH hat deshalb das Berufungsgericht korrigiert, das zu Lasten des Beklagten eine Umkehr der Beweislast auch für die Folgen des Vorderwandinfarkts angenommen hatte.

► **Praxistipp:**

- 12 Die Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler begründet eine Vermutung hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität, die von der Behandlungsseite widerlegt werden kann.
- 13 Keinesfalls gilt die Beweislastumkehr für die sog. **haftungsausfüllende Kausalität**, nämlich den Zusammenhang zwischen dem primären Gesundheitsschaden und weiteren Folgeschäden wie etwa einem Vermögensschaden. Auch wenn diese nach dem erleichterten Maßstab des § 287 ZPO zu beweisen sind, kann das im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.

► **Musterfall:**²²

- 14 Ein Fußballspieler erlitt bei einer Operation schwere Verbrennungen durch Lagerung auf einer zu heißen Wärmeplatte. Er machte geltend, dass ihm durch diese Verletzungen finanzielle Schäden entstanden seien, weil ihm gewinnbringende Verträge entgangen seien, auf deren Abschluss er fest habe rechnen können. Das konnte er jedoch nicht mit einer für § 287 ZPO ausreichenden Wahrscheinlichkeit nachweisen, weil es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür gab, dass es tatsächlich zu solchen Verträgen gekommen wäre und ihm insoweit auch keine Beweiserleichterungen zugute kamen.
- 15 Grundsätzlich greift die Beweislastumkehr infolge eines groben Behandlungsfehlers nur insoweit ein, als sich gerade das Risiko verwirklicht, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt.²³ Ob die Umkehr der Beweislast auch beim **Gesamtschuldnerausgleich** unter mehreren Schädigern stattfindet, die nicht sämtlich am Behandlungsverhältnis beteiligt sind, hat der BGH bisher offen lassen können.²⁴
- 16 Unterläuft bei **zeitlich nacheinander tätigen Ärzten** dem ersten ein einfacher und dem zweiten ein grober Behandlungsfehler, so kommt unter dem Aspekt des Zurechnungszusammenhangs zwar eine Haftung des ersten Arztes für den Fehler des zweiten in Frage, wenn die zweite Behandlung durch seinen Fehler mit veranlasst worden ist. Eine Beweislastumkehr gibt es jedoch für den Patienten nur gegenüber dem zweiten Arzt, weil nur dessen Fehler grob war.²⁵

B. Kriterien des groben Behandlungsfehlers► **Praxistipp:**

- 17 Ein Behandlungsfehler ist grob, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der

21 BGH, Urt. vom 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801.

22 BGH, Urt. vom 11.05.1993, VI ZR 207/92, NJW 1993, 2383.

23 BGH, Urt. vom 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513; Urt. vom 16.11.2004, VI ZR 328/03, NJW 2005, 427.

24 BGH, Urt. vom 06.10.2009, VI ZR 24/09, NJW-RR 2010, 831; vgl. auch Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., B Rn. 256.

25 BGH, Urt. vom 28.01.1986, VI ZR 83/85, NJW 1986, 2367; Urt. vom 20.09.1988, VI ZR 37/88, VersR 1988, 1273; Urt. vom 06.05.2003, VI ZR 259/02, NJW 2003, 2311.

aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.

Die vorstehende Definition enthält die maßgeblichen Kriterien für einen groben Behandlungsfehler. Diese werden in zahlreichen Entscheidungen des BGH erläutert,²⁶ wobei die Einstufung des Fehlers durch den Tatrichter revisionsrechtlich nur eingeschränkt nachprüfbar ist.²⁷ Nach dieser Definition handelt es sich um Verstöße gegen elementare Behandlungsregeln und elementare Erkenntnisse der Medizin. Maßgeblich ist die Gesamtbetrachtung. Die Häufung mehrerer an sich nicht grober Fehler kann die Behandlung insgesamt als grob fehlerhaft erscheinen lassen.²⁸ Andererseits kann bei einer nicht optimalen, aber doch insgesamt sachgerechten Behandlung mit nur geringfügigen Verzögerungen ein grober Fehler im Ergebnis zu verneinen sein.²⁹ Es kann wohl auch eine Rolle spielen, ob der Fehler (z.B. bei Auswertung eines Röntgenbildes) einer Fachklinik oder einem niedergelassenen Arzt unterläuft.³⁰ Auch erschwerende Behandlungsbedingungen können im Einzelfall der Bewertung eines Fehlers als grob entgegen stehen.³¹

Abgrenzung: Eine **eindeutige Standardverletzung** ist nur ein eindeutiger Behandlungsfehler,³² während für die Bewertung als grob zusätzliche Komponenten erforderlich sind, dass nämlich ein solcher Fehler aus fachlicher (nicht menschlicher!) Sicht schlechthin unverständlich ist und einfach nicht vorkommen darf.

► **Praxistipp:**

Ein eindeutiger Verstoß gegen den Standard ergibt (noch) keinen groben, sondern nur einen eindeutigen Behandlungsfehler.

Ein wichtiges Kriterium ist ferner die **Schadensneigung** des (groben) Fehlers. Es reicht aus, wenn er grundsätzlich zur Herbeiführung eines Schadens der tatsächlich eingetretenen Art geeignet ist. Eine besondere Wahrscheinlichkeit ist nicht erforderlich.

► **Musterfall:**

Dem Arzt war bei einer intraartikulären Injektion ins Knie ein gravierender Hygienefehler unterlaufen,³³ den das Berufungsgericht zu Recht als grob bewertet hat. Der am Knie eingetretene Gesundheitsschaden konnte nach den Darlegungen des Sachverständigen durch eine Infektion infolge des Hygienefehlers oder durch eine allergische Reaktion entstanden sein. Das Berufungsgericht ging von einer generellen Eignung des Hygienefehlers für den Gesundheitsschaden aus, hielt aber wegen der Keimfreiheit des Punktsats eine allergische Reaktion für wahrscheinlicher und verneinte deshalb die Umkehr der Beweislast. Das war falsch, weil der Hygienefehler generell geeignet und ein Ursachenzusammenhang keineswegs völlig unwahrscheinlich war. Bei dieser Sachlage musste die Behandlungsseite beweisen, dass der Schaden nicht durch ihren (groben) Behandlungsfehler verursacht worden ist.

26 BGH, Urt. vom 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778; Urt. vom 11.06.1996, VI ZR 172/95, NJW 1996, 2428; Urt. vom 24.09.1996, VI ZR 303/95, NJW 1997, 794; Urt. vom 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796; Urt. vom 27.04.2003, VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011.

27 BGH, Urt. vom 21.07.1998, VI ZR 15/98, NJW 1998, 3417; Urt. vom 28.05.2002, VI ZR 42/01, NJW 2002, 2944; Urt. vom 27.03.2007, VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767.

28 BGH, Urt. vom 08.03.1988, VI ZR 201/87, NJW 1988, 1511; Urt. vom 27.01.1998, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782; Urt. vom 29.05.2001, VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792.

29 OLG Düsseldorf, Urt. vom 21.12.1995, 8 U 133/94, VersR 1997, 490.

30 LG Augsburg, Urt. vom 01.12.1997, 9 O 3209/95, MedR 1998, 471.

31 BGH, Urt. vom 08.03.1988, VI ZR 201/87, NJW 1988, 1511.

32 BGH, Urt. vom 19.06.2001, VI ZR 286/00, NJW 2001, 2794.

33 BGH, Urt. vom 08.01.2008, VI ZR 118/06, VersR 2008, 490.

- 23 Ist jedoch der Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden **gänzlich unwahrscheinlich**, kann das einer Beweiserleichterung entgegenstehen.³⁴ Dann ist nämlich nicht anzunehmen, dass durch den Fehler das Spektrum der möglichen Schadensursachen in einer Weise verschoben oder verbreitert worden ist, die eine Zuweisung der Beweislast an die Behandlungsseite rechtfertigen könnte. Will der Arzt einen solchen Sachverhalt geltend machen, so muss er ihn vortragen und beweisen.³⁵ Wann Unwahrscheinlichkeit anzunehmen ist, bleibt eine Frage des Einzelfalls, so dass feste Prozentzahlen nur mit Vorsicht zu verwenden sind. Jedenfalls dürften 10 % für die Annahme gänzlicher Unwahrscheinlichkeit nicht ausreichen.³⁶

24



C. Ausnahmen von der Beweislastumkehr

- 25 Nicht jeder grobe Behandlungsfehler hat Beweiserleichterungen zur Folge. Hierfür ist kein Raum, wenn **feststeht**, dass der grobe Behandlungsfehler nicht schadensursächlich geworden ist, sondern ein anderer, aber nicht schwerwiegender Verstoß gegen die ärztlichen Sorgfaltspflichten.³⁷ In einem solchen Fall bedarf es nämlich keiner Beweiserleichterung, weil eine solche nach dem oben dargestellten Haftungskonzept der Rechtsprechung dazu dient, durch die Zuweisung der Beweislast an eine der Parteien eine Entscheidung des Streitfalls zu ermöglichen, wenn eine tatsächliche Frage wie die Ursächlichkeit eines Behandlungsfehlers für den konkreten Gesundheitsschaden des Patienten nicht geklärt werden kann.
- 26 Keine Beweiserleichterungen gibt es auch, wenn dem groben Fehler **keine Bedeutung** für die Aufklärung des Behandlungsverlaufs beikommt, was aber nur ausnahmsweise der Fall sein wird. Denkbar ist z.B., dass eine grob fehlerhaft unterlassene bildgebende Diagnostik in einer anderen Einrichtung zeitnah durchgeführt wird und die kurzzeitige Verzögerung für die Krankheitsentwicklung unerheblich ist.

34 BGH, Urt. vom 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333; Urt. vom 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801; Urt. vom 29.11.1994, VI ZR 189/93, NJW 1995, 778; Urt. vom 14.02.1995, VI ZR 272/93, NJW 1995, 1611; Urt. vom 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796; Urt. vom 13.01.1998, VI ZR 242/96, NJW 1998, 1780.

35 BGH, Urt. vom 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513; Urt. vom 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; Urt. vom 27.04.2004, VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013.

36 OLG Brandenburg, Urt. vom 08.04.2003, 1 U 26/00, VersR 2004, 1050.

37 BGH, Urt. vom 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513.

Kapitel 25 Risikoaufklärung

Übersicht	Rdn.	Rdn.
A. Umfang der Risikoaufklärung	3	C. Verminderte Aufklärungspflicht 26
B. Intensität der Aufklärung	10	

Die sog. **Eingriffs- oder Risikoaufklärung** (§ 630e Abs. 1 Satz 2 BGB), die der Unterrichtung des Patienten über das Risiko des beabsichtigten ärztlichen Vorgehens dient, stellt zweifellos das Hauptkontingent der Aufklärungsfehler dar, die vor Gericht geltend gemacht werden. Wie bereits oben ausgeführt ist ihr Zweck, dem Patienten eine reale Einschätzung über die mit der Behandlung verbundenen Risiken zu erlauben und ihm somit eine informierte Einwilligung in die Behandlung zu ermöglichen. Eine solche informierte Einwilligung setzt voraus, dass der Patient über sein Krankheitsrisiko informiert ist (was habe ich und wie wird sich das ggfls. weiter fortsetzen) und ihm klar gemacht wird, gegen welche behandlungsimmanente Risiken (was kann bei der Behandlung alles passieren) er dieses Krankheitsrisiko austauscht (Austauschrisiko).



A. Umfang der Risikoaufklärung

Der **Aufklärungsumfang** bietet im Streitfall ein weites (Streit-)Feld, bei dem sich einige Unklarheiten daraus ergeben haben, dass hier – vor allem im Schrifttum – Begriffe wie »Grundaufklärung« oder »Basisaufklärung« mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet werden.¹ Der BGH hat den Begriff »**Grundaufklärung**« bisher nur für eine ganz besondere Fallgruppe verwendet, und zwar dann, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, das nicht aufklärungspflichtig war, so dass von daher keine Haftung gegeben wäre, jedoch dem Patienten nicht einmal eine »Grundaufklärung« erteilt worden ist, die ihm die Gefahren des Eingriffs verdeutlicht und damit die sinnvolle Ausübung seines Selbstbestimmungsrecht ermöglicht hätte (vgl. dazu Kap. 24 Rdn. 78 und Kap 71 Rdn. 17 ff.).

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist Dreh- und Angelpunkt der Aufklärungspflicht. Gegenstand der Risikoaufklärung ist grundsätzlich nur eine **Aufklärung im »Großen und Ganzen«** über die dem

¹ Vgl. Geiß/Greiner, Arzthafpflichtrecht, Rn. C 156; Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 529; Frahm/Walter, Arzthafungsrecht, Rn. 486. *Gödicke MedR 2017, 770.*

Eingriff spezifisch anhaftenden Risiken. Der Schutz des Patienten, der sich der ärztlichen Behandlung im Vertrauen auf Besserung oder Linderung seiner Krankheit unterwirft, gebietet in jedem Fall eine Aufklärung über **Verlauf, Chancen und Risiken** der Behandlung »im Großen und Ganzen«. Ihm muss als medizinischem Laien eine zutreffende Vorstellung darüber vermittelt werden, wie ihm nach medizinischer Erfahrung durch Diagnosemaßnahmen und Therapie geholfen werden kann (**Indikation**, ggfs. **Dringlichkeit** der Maßnahme), aber auch, welchen Gefahren er sich dabei aussetzt. Dazu müssen ihm nicht alle denkbaren Risiken des Eingriffs medizinisch exakt beschrieben werden. Es genügt, dass der Patient einen zutreffenden Eindruck erhält von der Schwere des Eingriffs, und dass er erfährt, welche Art von Belastungen für seine Integrität und Lebensführung auf ihn zukommen kann. Auch diese Risiken müssen nur angesprochen werden, wenn der Patient sie nicht ohnehin mit Art und Umfang des Eingriffs verbindet. Er muss dann nach seinen eigenen Maßstäben, nicht nach denen eines »vernünftigen« Durchschnittspatienten, entscheiden, ob er die ihm angebotenen ärztlichen Maßnahmen auf sich nehmen will oder nicht.²

5



- 6 Die Notwendigkeit einer **Detailaufklärung** hängt vom Aufklärungswunsch und etwaigen Nachfragen des Patienten ab. Diese Faustregel ist dahin zu verdeutlichen, dass der Zweck der Aufklärung den Arzt zwingt, diejenigen medizinischen und situationsbezogenen Gesichtspunkte zur Sprache zu bringen, die gerade für die Entscheidung dieses einzelnen Patienten in seiner **konkreten Lage** von Bedeutung sind.³ Dabei ist die Erwartung des Patienten ebenso zu berücksichtigen wie der mögliche Eingriff in dessen Lebensqualität durch die Verwirklichung eines Risikos. Der Arzt darf hier etwaige Risiken nicht verharmlosen, aber auf ihre Seltenheit hinweisen. Er darf die **Dringlichkeit** eines Eingriffs nicht dramatisieren, muss aber (was im Einzelfall eher eine Frage der therapeutischen Aufklärung darstellen dürfte, wenn der Patient zögernd erscheint,⁴ vgl. dazu Kap. 34 Rdn. 15) darauf hinweisen, wenn ein Eingriff dringlich ist. Hinsichtlich der Detailliertheit der Risikodarstellung wird sich der Arzt von der Erfahrung leiten lassen dürfen, dass ungünstige Nebenwirkungen einer Behandlung für den Patienten weniger wichtig sind, je schwerer die **Folgen einer Nichtbehandlung** wären,⁵ dagegen eine Risikoabwägung bei fraglichem oder nur vorübergehendem Erfolg der vorgeschlagenen Behandlung patientenseits besonders detailreich erfolgen wird. Auch und gerade wenn man von diesem Grundsatz ausgeht, liegt es auf der Hand bzw. in der Natur der Sache, dass der Umfang der Aufklärungspflicht nicht generell und abstrakt bestimmt werden kann, sondern sich nach dem Einzelfall richtet.⁶ Von dessen Umständen hängt sie weitgehend ab, so dass der

² So grundlegend BGH, Urt. vom 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 179 f.; Urt. vom 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 398.

³ Vgl. *Lepa r+s* 2001, 441.

⁴ BGH, Urt. vom 16.06.2009, VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820.

⁵ Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 449.

⁶ So auch Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 327.

Richter auch hier oft auf die Hilfe eines medizinischen Sachverständigen angewiesen sein wird. Im Lauf der Jahrzehnte ist hier durch die Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik entstanden, die in ausführlichen Einzeldarstellungen im Fachschrifttum⁷ aufgearbeitet ist, die Prozessparteien im Streitfall jedoch – wie bereits oben ausgeführt (Kap. 24 Rdn. 16) nicht davon entbinden, die Aufklärungspflichten im konkreten Einzelfall sachverständig ermitteln zu lassen.

Aufklärungspflichtig sind grundsätzlich Risiken, die »**eingriffsspezifisch**« sind, also dem Eingriff typischerweise anhaften. Hierfür spielt die statistische Wahrscheinlichkeit keine ausschlaggebende Rolle, auch wenn sie im Einzelfall von Interesse sein kann. Es ist einzuräumen, dass das Kriterium »eingriffsspezifisch« nicht unproblematisch ist, weil es einen weiten Beurteilungsspielraum läßt und den Richter auch in diesem Punkt abhängig von der Beurteilung des Sachverständigen macht. Ein besseres und griffigeres Kriterium ist jedoch nicht ersichtlich, so dass die Prozessbeteiligten des Haftungsprozesses mit ihm auskommen müssen.

Gegenstand der Risikoaufklärung sind generell alle **behandlungstypischen** Risiken, deren Kenntnis beim Laien nicht vorausgesetzt werden kann, die aber für die Entscheidung des Patienten über die Zustimmung zur Behandlung ernsthaft ins Gewicht fallen. Auch über ein gegenüber dem Hauptrisiko weniger schweres Risiko ist deshalb aufzuklären, wenn dieses dem Eingriff spezifisch anhaftet, es für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet würde.⁸

► **Musterfall:**⁹

Ein Mädchen litt an einer Adoleszenzskoliose, die zu einer starken Verkrümmung des Rückgrates führte. Nach Ausschöpfung der konservativen Behandlungsmöglichkeiten wurde ärzteseitig eine Operation vorgeschlagen. Diese war nur relativ indiziert und sehr risikobelastet. Schwerstes Risiko war eine Querschnittslähmung; wegen des notwendigen operativen Zugangs durch den Brustkorb bestanden weiterhin Risiken einer Falschgelenkbildung (Pseudarthrose) und sowie von Verwachsungen im Brustraum und Rippeninstabilitäten. Über die mit dem Operationszugang verbundenen Risiken (die eintraten) wurde nicht aufgeklärt, jedoch über das Risiko der Querschnittslähmung (das auch eintrat). Hierzu führt der BGH aus: »Der Hinweis auf das Risiko der Querschnittslähmung, das überdies von den beteiligten Ärzten als äußerst gering dargestellt worden war, vermochte kein realistisches Bild davon zu vermitteln, welche sonstigen Folgen die Verwirklichung der weiteren Risiken der Operation für die künftige Lebensgestaltung der Klägerin mit sich bringen konnte. Bei dieser Sachlage führt die fehlerhafte Aufklärung grundsätzlich zur Haftung des Beklagten für die Folgen des ohne wirksame Einwilligung durchgeführten Eingriffs«.

B. Intensität der Aufklärung

Daneben sind für den Umfang der erforderlichen Aufklärung natürlich auch die konkreten Umstände des Falles zu berücksichtigen. Als **Faustregel** kann insoweit angenommen werden, dass der Umfang und die Genauigkeit der Aufklärung umgekehrt proportional zur Dringlichkeit und zu den Erfolgsaussichten des Eingriffs sind. Die Aufklärungspflichten nehmen in dem Maße zu, in dem der Dringlichkeitsgrad des Heileingriffs und seine Erfolgsaussichten abnehmen und umgekehrt.¹⁰ So sind beispielsweise an die Aufklärung in einer Notsituation schon zwangsläufig inhaltlich wesentlich geringere Anforderungen zu stellen als bei weniger dringlichen oder gar nur kosmetischen Eingriffen¹¹ oder womöglich bei einem objektiv unvernünftigen Eingriff, auf dem der Patient jedoch

⁷ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rn. C 18–96a; Pauge/Offenloch/Gödicke, Rn. 403 ff.

⁸ BGH, Urt. vom 10.10.2006, VI ZR 74/05, NJW 2007, 217.

⁹ BGH, Urt. vom 10.10.2006, VI ZR 74/05, NJW 2007, 217.

¹⁰ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rn. C 8.

¹¹ BGH, Urt. vom 12.11.1991, VI ZR 369/90, VersR 1992, 237, 238.

besteht. In einem solchen Sonderfall ist sicherlich eine besonders eindringliche Aufklärung unter Herausstellung des konkreten Risikos geboten.

11

Besonders intensive Aufklärung

- bei Verwendung neuer Methoden, für die es noch keinen medizinischen Standard gibt
- bei Heilversuch außerhalb des medizinischen Standards
- bei Außenseitermethoden
- bei Einsatz eines noch nicht zugelassenen, noch in der Erprobung befindlichen Medikaments
- bei altruistischen Eingriffen (Blutspenden)
- bei Schönheitsoperationen
- bei elektiven Eingriffen

12 Im Einzelnen ist besonders in folgenden Fällen eine **besonders intensive Aufklärung** zu verlangen:

13 Unter einer »echten« **Schönheitsoperation** soll hier der Fall verstanden werden, in dem rein aus ästhetischen Gründen operiert wird, ohne dass sich eine medizinische Begründung hierfür findet. Solche Operationen dürften wohl die einzigen ärztlichen Eingriffe darstellen, bei denen das Fehlen einer medizinischen Indikation diesen nicht gleich behandlungsfehlerhaft macht. Aber auch hier ist Vorsicht geboten: Ob eine Schönheitsoperation medizinisch geboten ist, müsste im Zweifel ein Sachverständiger entscheiden. Es gibt Fälle, in denen Patienten psychisch so unter ihrem (nach dem Urteil des Betrachters unauffälligen) Aussehen leiden, dass dies Krankheitswert hat. Gelegentlich ist dies jedenfalls präoperativ behauptet worden, um eine Übernahme der Kosten durch eine gesetzliche Kasse zu erreichen. Hier ist es Aufgabe des Tatrichters, den Einzelfall im Auge zu behalten und nicht in Schemata (Schönheitsoperation = immer erhöhte Aufklärungspflicht) zu verfallen.

14 Für **rein kosmetische** Eingriffe hat der BGH den Grundsatz aufgestellt, dass ein Patient umso ausführlicher und eindrücklicher über Erfolgsaussichten und etwaige schädliche Folgen eines ärztlichen Eingriffs zu informieren ist, je weniger dieser medizinisch geboten ist, also nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie der Heilung eines körperlichen Leides dient, sondern eher einem psychischen und ästhetischen Bedürfnis.¹² Die Anforderungen an die Aufklärung sind in solchen Fällen sehr streng: Der Patient muss darüber unterrichtet werden, welche Verbesserungen er günstigenfalls erwarten kann, und ihm müssen etwaige Risiken deutlich vor Augen geführt werden, damit er genau abwägen kann, ob er einen etwaigen Misserfolg des ihn immerhin belastenden Eingriffs oder sogar gesundheitliche Beeinträchtigungen in Kauf nehmen will, selbst wenn diese auch nur entfernt als Folge des Eingriffs in Betracht kommen.¹³ Es liegt auf der Hand, dass der plastische Chirurg eine solche fast geschäftsschädigende »Horroraufklärung« mit deutlichem Hinweis auf das Risiko des Fehlschlagens des Eingriffs oder der möglichen Verschlechterung des präoperativen Zustandes ungern vornehmen wird.

► Beispielfall:

15 Hier besteht nach der forensischen Erfahrung der Autorin eine erhebliche Haftungsfalle für den reinen Schönheitschirurgen, da dieser üblicherweise zu verharmlosenden Äußerungen

12 BGH, Urt. vom 14.03.2006, VI ZR 279/04, NJW 2006, 2108.

13 BGH, Urt. vom 14.03.2006, VI ZR 279/04, NJW 2006, 2108.

neigt: »Ich habe der Patientin schon gesagt, das Ergebnis könne suboptimal sein« wurde z.B. von Arztseite für ausreichend hinsichtlich der Risiken einer Fettabsaugung gehalten.

In entsprechender Anwendung dieser Grundsätze zur Aufklärung bei kosmetischen Operationen hat der BGH bei einer **fremdnützigen Blutspende**, die für den Spender noch nicht einmal mit einer Verbesserung seines Zustandes verbunden ist, sondern allein zugunsten der Allgemeinheit erfolgt, erhöhte Aufklärungspflichten statuiert:¹⁴ Auch hier gehört es zu der besonderen Verantwortung des Arztes, seinem Patienten das Für und Wider mit allen Konsequenzen vor Augen zu stellen, damit der Spender voll informiert entscheiden kann, ob er zum Wohle der Allgemeinheit bereit ist, das – wenn auch seltene – Risiko bleibender Schäden für seine Gesundheit auf sich zu nehmen.¹⁵

Besondere Aufklärung ist ebenfalls geboten, wenn die Operation nur **relativ indiziert** ist und wesentlich vom Sicherheitsbedürfnis des Patienten abhängt. Hier ist nicht nur darüber aufzuklären, welche eingriffsspezifischen Risiken bestehen, sondern auch darüber, dass und mit welchem Risiko auch ein Aufschieben oder gänzlichliches Unterlassen der Operation möglich ist.¹⁶ Relativ indiziert kann ein Eingriff auch dann sein, wenn eine andere (z.B. konservative) Behandlungsmöglichkeit besteht¹⁷ (zur dann geschuldeten **Alternativaufklärung** gleich Kap. 29 Rdn. 1).

Die Anwendung einer sogenannten »**Außenseitermethode**« erfordert zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten dessen Aufklärung über das Für und Wider dieser Methode. Einem Patienten müssen nicht nur die Risiken und die Gefahr eines Misserfolges des Eingriffs erläutert werden, sondern er ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und seine Wirksamkeit statistisch (noch) nicht abgesichert ist. Der Patient muss wissen, auf was er sich einlässt, um abwägen zu können, ob er die Risiken einer (eventuell nur relativ indizierten) Behandlung und deren Erfolgsaussichten im Hinblick auf seine Befindlichkeit vor dem Eingriff eingehen will.¹⁸

► **Musterfall:**¹⁹

Die Klägerin litt an einem Bandscheibenvorfall. Der Behandler legte ihr einen Racz-Katheter, durch den ein Medikamentencocktail in den Spinalkanal injiziert wurde. Über das Risiko einer Querschnittslähmung mit Blasen- und Mastdarmstörung wurde sie aufgeklärt; dies trat auch ein. Der BGH bejahte dennoch einen Aufklärungsfehler mit der Begründung, die Aufklärung der Klägerin sei nicht ausreichend gewesen, weil sie eine unrichtige Vorstellung von der Schaden-Nutzen-Relation vermittelte. Die Klägerin war unstreitig nicht darüber belehrt worden, dass es sich bei der Methode Racz um eine neuartige, wissenschaftlich umstrittene Art der Schmerztherapie handelte, die (noch) nicht medizinischer Standard, deren Wirksamkeit statistisch nicht abgesichert war und die der Sachverständige als »klinisch-experimentell« bezeichnet hat.

Der vorige Musterfall zeigt, dass die Grenze zwischen Außenseiter- und Neulandmethode hinsichtlich der Aufklärungsanforderungen fließend ist. Sowohl die Außenseiter-Methode als auch die Neuland-Methode stellen **Abweichungen vom Standard** dar, die besondere Aufklärungspflichten begründen. Will der Arzt keine allseits anerkannte Standardmethode, sondern eine relativ neue und noch nicht allgemein eingeführte Methode mit neuen, noch nicht abschließend geklärten Risiken anwenden, so hat er den Patienten auch darüber aufzuklären und darauf hinzuweisen, dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind.²⁰ Dagegen sind bei standardgemäßer Behandlung allgemeine Überlegungen dazu, dass der Eintritt bislang unbekannter Komplikationen in der Medizin nie ganz auszuschließen ist, nach Auffassung des BGH für die Entscheidungsfindung

14 BGH, Urt. vom 14.03.2006, VI ZR 279/04, NJW 2006, 2108.

15 So auch Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann, Transfusionsrecht, Rn. 193, 196.

16 BGH, Urt. vom 14.01.1997, VI ZR 30/96, NJW 1997, 1637.

17 BGH, Urt. vom 22.02.2000, VI ZR 100/99, NJW 2000, 1788.

18 BGH, Urt. vom 15.10.2019, VI ZR 105/18, MDR 2020, 32.

19 BGH, Urt. vom 22.05.2007, VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774.

20 BGH, Urt. vom 13.06.2006, VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477.

des Patienten nicht von Bedeutung und würden ihn im Einzelfall sogar nur unnötig verwirren und beunruhigen.²¹

► **Musterfall²² (»Robodoc«):**

- 21 Der Klägerin wurde mit Hilfe eines computerunterstützten Fräsverfahrens (Robodoc) eine zementfreie Hüftgelenksendoprothese in einer 5½ stündigen Operation exakt implantiert. Bei der Operation wurde ein Nerv der Klägerin geschädigt. Sie leidet seither unter Beeinträchtigungen der Bein- und Fußfunktion und machte Aufklärungsfehler geltend. Der BGH nutzte den Fall, um die oben genannten Grundregeln zum Aufklärungsumfang bei Neulandmethoden darzulegen; die Klägerin verlor jedoch, da sich bei ihr nur ein Risiko (Nervschaden) verwirklicht hatte, über das sie aufgeklärt worden war (vgl. Kap. 24 Rdn. 78 und Kap. 60 Rdn. 16).
- 22 Dagegen **nicht aufklärungspflichtig** ist, dass es neben der Standardmethode noch eine Neulandmethode gibt, wenn der Arzt die Standardmethode anwenden will (zur Alternativaufklärung vgl. Kap. 29 Rdn. 1).
- 23 Im Behandlungsfehlerrecht ist der Heilversuch eine eigene Kategorie, an die besondere Abwägungspflichten des Arztes gekoppelt sind.²³ Für die Aufklärungspflichten stellt sich der Heilversuch jedoch nur als eine weitere Ausprägung der **Abweichung vom Standard** dar, so dass die Anforderungen an den Umfang der Aufklärung denen von Außenseitermethode und Neulandmethode vergleichbar sind.

► **Musterfall:²⁴**

- 24 Der an Epilepsie leidende Kläger nahm ein noch in der Zulassung befindliches Medikament gegen seine Erkrankung ein. Er erblindete plötzlich, was ein damals noch nicht bekanntes Einnahmerisiko darstellte. Er war weder über die fehlende Zulassung noch über die Möglichkeit unbekannter Risiken aufgeklärt worden. Der BGH führte hierzu aus, dass der Arzt, der eine neue und noch nicht allgemein eingeführte Behandlung mit einem neuen, noch nicht zugelassenen Medikament mit ungeklärten Risiken anwenden wolle, den Patienten nicht nur über die noch fehlende Zulassung, sondern auch darüber aufzuklären habe, dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind. Dies sei erforderlich, um den Patienten in die Lage zu versetzen, für sich sorgfältig abzuwägen, ob er sich nach der herkömmlichen Methode mit bekannten Risiken behandeln lassen möchte oder nach der neuen Methode unter besonderer Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Vorteile und der noch nicht in jeder Hinsicht bekannten Gefahren.

21 BGH, Urt. vom 12.12.1989, VI ZR 83/89, NJW 1990, 1528.

22 BGH, Urt. vom 13.06.2006, VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477.

23 BGH, Urt. vom 23.02.2007, VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767.

24 BGH, Urt. vom 23.02.2007, VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767.

Kapitel 93 Versicherungssummenüberschreitung und Kürzungs- und Verteilverfahren in der allgemeinen Haftpflichtversicherung

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Einleitung	1	2. Was heißt Rente im Sinne von § 107 VVG?	68
B. Versicherungssummenüberschreitung	10	3. Beginn der Rente	73
C. Das Kürzungs- und Verteilverfahren	27	4. Weitere Parameter für die Berechnung der Rente	76
I. Der Zeitpunkt für die Einleitung des Kürzungs- und Verteilverfahrens	28	IV. Sonstige Besonderheiten	86
II. Zu berücksichtigende Zahlungen	38	V. Rangfolge der Befriedigung	92
III. Renten	60	D. Praxistipps zum Kürzungs- und Verteilverfahren	94
1. Bedeutung der Renten bei der Berücksichtigung der Ansprüche	60		

A. Einleitung

- 1 Das VVG sieht in einigen wenigen Regelungen sog. Sozialnormen vor, die historisch bedingt die Sozialbindung der Haftpflichtversicherung deutlich machen sollen. Dazu gehören neben dem in § 108 VVG geregelten relativen Verfügungsverbot, auch die Vorschriften der §§ 107, 109 ff. VVG in Form der Berechnung der Rentenleistungen in Bezug auf die Versicherungssumme und das nachfolgend noch zu behandelnde gesetzliche Kürzungs- und Verteilverfahren.¹
- 2 Die Versicherungssummenüberschreitung² ist in der Kombination mit dem sich daran teilweise anschließenden gesetzlichen Verteilverfahren nach §§ 108, 109 VVG³ ein bis heute insbesondere in der allgemeinen Haftpflichtversicherung stiefmütterlich behandeltes Thema, obwohl es die Vorschriften bereits mit der Einführung des VVG im Jahre 1908 gab.
- 3 Hintergrund sind die erst durch die Inflation größerer Personenschäden und nicht ausreichender Versicherungssummen in den geschätzt letzten 20 Jahren fehlenden Anwendungsfälle in der Allgemeinen Haftpflichtversicherung und die dadurch bedingte fehlende Relevanz und Bedeutung in der Abwicklung von sog. Mangelfällen.
- 4 Zu der Gesamthematik der Versicherungssummenüberschreitung gibt es für die Krafthaftpflichtversicherung naturgemäß wegen der Marktrelevanz einige maßgebliche Veröffentlichungen⁴ und Grundsatzentscheidungen des BGH,⁵ die auch für die Allgemeine Haftpflichtversicherung Gültigkeit haben. Gleichwohl ist die Auseinandersetzung in der Judikatur und Literatur für die Allgemeine Haftpflichtversicherung eher von untergeordneter Bedeutung.
- 5 Entgegen der in der Krafthaftpflichtversicherung mit ihren als generelle Pflichtversicherungssummen gekennzeichneten schon historisch hohen Versicherungssummen, sind die Höchstgrenzen in der Allgemeinen Haftpflichtversicherung zwar immer mehr auch unter dem Blickwinkel der einzelgesetzlichen Pflichtversicherungsthematik angestiegen. Allerdings sind die generellen Höchstgrenzen in der Allgemeinen Haftpflichtversicherung traditionell so niedrig gewesen, dass es mit der Inflation der großen (Personen-)Schäden immer mal wieder zu Mangelfällen kam. Auch die VVG-Reform von 2008 sieht in § 114 VVG für den Fall einer fehlenden anderweitigen gesetzlichen Regelung nur eine Mindestversicherungssumme von 250.000,00 € 4-fach maximiert vor. Es

1 *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 134 ff.

2 Bis zur VVG-Reform 2008 auch Deckungssummenüberschreitung genannt.

3 §§ 155, 156 VVG a.F.

4 So z.B. nur *Konnadi*, Das Kürzungs- und Verteilungsverfahren gem. §§ 155, 156 Abs. 3 VVG a.F. bzw. § 109 VVG, VersR 2009, 321; *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, Das Kürzungs- und Verteilungsverfahren bei Überschreitung der Versicherungssumme in der Haftpflichtversicherung.

5 Z.B. BGH VersR 2006, 1679 ff., NZV 2007, 127 ff. und NJW 2007, 370.

gibt zwischenzeitlich zwar einige (länder)gesetzliche⁶ oder berufsrechtliche⁷ Sonderregelungen. An einer analog der Krafthaftpflichtversicherung bundesweiten einheitlichen Regelung fehlt es indes.

Warum mittlerweile das Thema der Versicherungssummenüberschreitung und das Verteilverfahren auch in der Praxis der Allgemeinen Haftpflichtversicherung angekommen sind, wird im Nachfolgenden noch erläutert. 6

Bereits jetzt kann aber schon darauf hingewiesen werden, dass insbesondere die Kombination der Versicherungssummenüberschreitung einerseits und das sich dann ggf. anschließende Kürzungs- und Verteilverfahren andererseits als sehr anspruchsvoll in der Bearbeitung erweisen. Beides erfordert ein gehöriges Maß an Haftungs- und Versicherungsschutzverständnis und stellt hohe Anforderungen an eine parteiübergreifende und interessengerechte Kommunikation. 7

So weist *Langenick* sehr pointiert darauf hin, dass die Gesamthematik mit »ganz außerordentlichen Schwierigkeiten verbunden ist« und »alle Beteiligten vor große rechtliche und praktische Schwierigkeiten stellt«,⁸ ergänzt aber zutreffender Weise, dass bei Berücksichtigung der mit den VVG-Bestimmungen intendierten gesetzgeberischen Vorstellungen und der zum Themenkomplex ergangenen Rechtsprechung eine vernünftige Handhabung des Kürzungs- und Teilungsverfahrens in Mangelfällen möglich ist.⁹ 8

Die nachfolgenden grundsätzlichen Ausführungen sollen dabei helfen, diesen Schwierigkeiten zu begegnen. Dabei wird versucht, nur über die wesentlichen Punkte sich der Gesamthematik zu nähern. Auf die Darstellung der Vielzahl aller Einzelfälle wird dabei verzichtet in der Hoffnung, dass diese bei Bedarf durch die generelle Darstellung dann einer Lösung zugeführt werden können. 9

B. Versicherungssummenüberschreitung

Der Begriff Versicherungssummenüberschreitung bzw. wie es im Gesetz sinngemäß heißt »übersteigen die Forderungen die Versicherungssumme« findet sich für die allgemeine Haftpflichtversicherung nach Neuordnung auch des § 156 Abs. 3 VVG durch die Reform im Jahre 2008 mit nachfolgendem Wortlaut: 10

§ 109 VVG Mehrere Geschädigte

¹Ist der Versicherungsnehmer gegenüber mehreren Dritten verantwortlich und übersteigen deren Ansprüche die Versicherungssumme, hat der Versicherer diese Ansprüche nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu erfüllen. ²Ist hierbei die Versicherungssumme erschöpft, kann sich ein bei der Verteilung nicht berücksichtigter Dritter nachträglich auf § 108 Abs. 1 nicht berufen, wenn der Versicherer mit der Geltendmachung dieser Ansprüche nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste.

Bis zur Reform des Versicherungsvertragsgesetzes 2008 fand sich die Regelung des § 109 VVG in der alten Fassung des § 156 Abs. 3 VVG mit einem prinzipiell gleichen Inhalt. Es besteht Einvernehmen darüber, dass die alte Regelung des § 156 Abs. 3 VVG sich in der neuen gesetzlichen Normierung des § 109 VVG wiederfindet und dem Versicherungsnehmer und Geschädigten weiterhin den gesetzgeberischen Vorteil sichern soll.¹⁰ 11

Eine Versicherungssummenüberschreitung liegt nach den Ausführungen des BGH sinngemäß dann vor, wenn die Versicherungssumme regelmäßig nicht ausreicht, um nach Abzug der 12

6 Für Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Architekten/Ingenieure.

7 Beispielsweise Ärzte, Hebammen; aber auch bei Architekten und Ingenieuren; umfassend dazu Garbes, Die Haftpflichtversicherung der Architekten/Ingenieure.

8 *Langenick*, Probleme des Verteilungsverfahrens, insbesondere das in § 118 Abs. 1 VVG verborgene Super-Befriedigungsvorrecht, r + s 2011, 70 ff.; *Küppersbusch*, FS Gerda Müller.

9 *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 138.

10 *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 424 ff.

Kapitalleistungen auf Ansprüche, die keine Rentenansprüche sind, die Summe der Kapitalisierungswerte aller Rentenleistungen auszugleichen.¹¹

- 13 Die Neuregelung des VVG sieht nur in dem § 118 VVG eine dem alten VVG nicht entsprechende Vorschrift vor, deren Neuschaffung dem Bestreben nach Pflichtversicherungsregelungen Rechnung tragen sollte.¹²
- 14 Materiell liegt eine Versicherungssummenüberschreitung vor, wenn die Gesamtsumme des berechtigt geltend gemachten Haftpflichtanspruchs des Geschädigten bzw. bei mehreren Geschädigten deren berechnete Haftpflichtansprüche durch die Versicherungssumme nicht vollständig ausgeglichen werden können und damit ein sog. Mangelfall vorliegt.

► **Beispiel:**

- 15 Ausgangsfall (mehr als ein Geschädigter jeweils mit Kapitalforderungen):

Versicherungssumme:	1.000.000,00 €
Berechtigter Anspruch Geschädigter A:	1.000.000,00 €
Berechtigter Anspruch Geschädigter B:	500.000,00 €
Summe berechtigter Ansprüche von A und B:	1.500.000,00 €
Verteilung nach § 109 VVG:	
Geschädigter A erhält 2/3 seiner Forderung:	666.667,00 €
Geschädigter B erhält 1/3 seiner Forderung:	33.333,00 €

- 16 Der vorgenannte Fall ist der von allen Konstellationen einfachste Fall. Problematisch sind die Fälle unterschiedlicher wiederkehrender Leistungen mehrerer Geschädigter mit unterschiedlichen Rangfolgen. Darauf wird später unter Teil C. eingegangen.
- 17 Aus dem vorgenannten Beispiel ergibt sich schon, dass Mangelfälle nur ausnahmsweise bei großen Sachschäden z.B. bei Serienschäden im Produkthaftpflichtbereich oder auch in Prospekthaftungsfällen bei echten Vermögensschäden auftreten können. Mangelfälle treten aber eher in Personenschäden mit vielen Anspruchstellern und/oder bei langlaufenden Personenschäden auf.¹³ Sie sind aber in der Praxis nicht der Regelfall, sondern in Summe immer noch Einzelfälle.
- 18 Leider gibt es – soweit bekannt – keine offiziellen Zahlen über die Häufigkeit von Mangelfällen; sowohl bei den einzelnen Versicherern als auch beim Bundesverband der Deutschen Versicherungswirtschaft.¹⁴ Selbst die vom Verband in den beiden Studien über die Entwicklung von Personenschäden¹⁵ untersuchten Schäden haben keine statistischen Nachweise über die Anzahl von Mangelfällen ergeben. Gleiches gilt z.B. auch die Jahresstatistik 2019 über die Behandlungsfehler-Begutachtung der MDK-Gemeinschaft des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen.¹⁶

11 BGH VersR 2006, 1679, NJW 2007, 370 mit Hinweis auf BGHZ 84, 151, NJW 1982, 2321; so auch *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 199.

12 So auch *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 160; und im weiteren Rn. 424 ff.; s. auch Rdn. 55 ff. und 99 ff.

13 *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, S. 65 ff. (66); *Jorzig/Berger*, Handbuch Arzthaftungsrecht, 2. Teil, 7. Kap. Rn. 22.

14 Im Folgenden abgekürzt GDV.

15 *Hellberg/Lonsing*, Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen, VW 6/2010, S. 421 ff. und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung in *Hellberg/Lonsing*, Personenschäden verteuern sich dramatisch, VW 13/2012, S. 962 ff. und zuletzt nochmals *Hellberg/Lonsing*, Risikomarkt Heilwesen VW 01/2018, S. 54 ff.; dazu auch *Jorzig/Berger*, Handbuch Arzthaftungsrecht, 2. Teil, 7. Kap. Rn. 22.

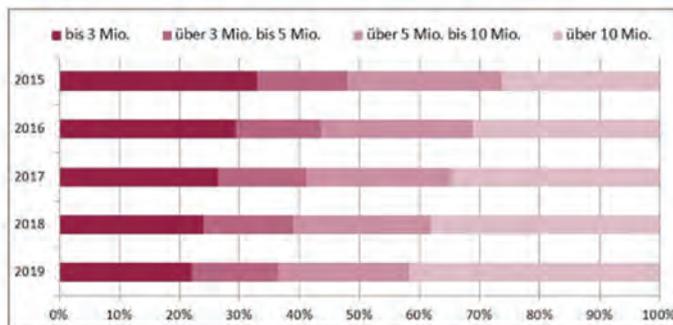
16 Im Nachfolgenden abgekürzt MDK.

So hat auch die seit Juli 2021 neu geschaffene Regelung im Rahmen des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung¹⁷ als Motiv die Sicherung der Sozialversicherungsträger für den Fall unzureichender Versicherungssummen. Allerdings bleibt das Gesetz veröffentlichte Nachweise über Anzahl und Folgen nicht zu realisierender Regresse schuldig.

Aus der nachfolgenden aktuellen Darstellung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) ergibt sich für das Segment der Allgemeinen Haftpflichtversicherung die Entwicklung der Versicherungssummenerhöhung in den letzten Jahren. Die sich daraus ableitende Entwicklung immer höherer Versicherungssummen zeigt, dass die Wahrscheinlichkeit von Mängelfällen trotz steigender Schadenaufwände wegen der steigenden Versicherungssummen in der Praxis nicht sonderlich hoch ist.

Entwicklung der Versicherungssummen in der Allgemeinen Haftpflicht

Anteil Verträge mit einer Versicherungssumme (in Euro) von



GDV

Quelle: GDV

Stand: 1.10.2021

Um die Frage beantworten zu können, ob und in welchem Umfang eine Versicherungssummenüberschreitung vorliegt, ist naturgemäß erst einmal die Ermittlung der relevanten, zur Verfügung stehenden Versicherungssumme erforderlich. Die Frage mag im Regelfall einfach durch Blick in die Vertragsunterlagen zu beantworten sein. Das kann aber z.B. in Schadenfällen mit einer gleichen oder ähnlichen Ursachenidentität dann schwierig sein, wenn über mehrere Jahre verteilt Schadenereignisse vorliegen und dann zu entscheiden ist, ob die Versicherungssumme nur einmal im Sinne eines Serienschadens oder mehrfach – ggf. auch pro Jahr oder auch für mehrere Jahre aufaddiert – zur Verfügung steht.¹⁸ Entscheidend ist in den letztgenannten Fällen auch, wie viele Anspruchsteller für welches Jahr die jeweilige betroffene Versicherungssumme in Anspruch nehmen. Das kann in sehr komplexen mehrjährigen Schadenverläufen mit einer unterschiedlichen Anzahl von Anspruchstellern und divergierenden Anspruchshöhen in unterschiedlichen Jahren zu einem weiteren rechtlichen und auch mathematischen Komplexitätstreiber werden.

Wichtig ist auch der Hinweis, dass im Falle von gesetzlich vorgesehenen Pflichtversicherungssummen bei etwaiger Unterschreitung der Vertragsversicherungssumme nach § 113 VVG jeweils die vorgeschriebene Pflichtversicherungssumme zu berücksichtigen ist. Sieht die gesetzliche Regelung im Falle von Pflichtversicherungen keine Versicherungssummen vor, dann gelten nach § 114 VVG die dort genannten Mindestversicherungssummen.¹⁹ Diese hat der Versicherer unabhängig

¹⁷ Abgedruckt im BGBl. I Nr. 44.

¹⁸ Dazu grds. Späte/Schimikowski/Harsdorf-Gebhardt, Ziff. 6 AHB, Rn. 10 ff.; und auch Lücke in Prölss/Martin, VVG, AHB Ziff. 6, Rn. 8 ff., S. 1560 ff.

¹⁹ Derzeit 250.000,00 € je Versicherungsfall, 4-fach maximiert (= 1 Million € für alle Versicherungsfälle eines Versicherungsjahres).

von der mit dem Versicherungsnehmer vereinbarten Vertragsversicherungssumme immer zur Verfügung zu stellen.

- 23 Auf vertiefte Einzelheiten wird dazu an dieser Stelle verzichtet, sondern auf die allgemeinen versicherungsvertraglichen Überlegungen dazu verwiesen, weil dieses Thema einer ausführlichen eigenen Darstellung bedarf.²⁰
- 24 Abschließend bleibt nur noch der Hinweis, die einzelnen Schadenarten – Personen-, Sach- und (echte) Vermögensschäden – im Kürzungs- und Verteilverfahren separat zu betrachten, soweit nicht pauschale Versicherungssummen versicherungsvertraglich vereinbart sind.
- 25 Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist auch § 101 Abs. 3 VVG. Danach sind Kosten und Zinsen grundsätzlich nicht auf die Versicherungssumme anzurechnen. Das erhöht bei diesen Positionen die zur Verfügung stehende verteilbare Summe, weswegen bei derartigen Konstellationen auf die korrekte Differenzierung bei der Berechnung der zur Verfügung stehenden und zu verteilenden (Versicherungs-)Summe zu achten ist. Kosten in diesem Sinne sind neben den externen Schadenregulierungskosten wie z.B. Sachverständige etc. auch sämtliche prozessbedingte Kosten. Außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten des Anspruchstellers sind hingegen nach allgemeiner Auffassung als eine über § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB geschuldete Schadenersatzposition Teil des Haftpflichtanspruches und damit auch Teil der zu berücksichtigenden Versicherungssumme.²¹
- 26 Der Versicherer kann sich auch nicht durch Auszahlung der Versicherungssumme beispielsweise an die Hinterlegungsstelle seiner Verpflichtungen einseitig entledigen. Unabhängig davon, dass die Auskehrung einer Versicherungssumme mit dem Ziel einer einseitig befreienden Zahlung kein Hinterlegungsgrund nach der Hinterlegungsordnung ist,²² ist dem Haftpflichtversicherer diese Möglichkeit der einseitigen Entlastung aus seinen versicherungsvertraglichen Verpflichtungen nicht möglich, weil darin allgemein eine Verkürzung der bedingungsgemäß zu leistenden Rechtsschutzfunktion gesehen wird.²³ Demzufolge hat sich der Versicherer in den Fällen nicht ausreichender Versicherungssummen mit der ihm gegenüber gesetzlich normierten Verpflichtung auf eine zutreffende Verteilung auseinanderzusetzen.²⁴

C. Das Kürzungs- und Verteilverfahren

- 27 Ist eine Versicherungsüberschreitung prognostisch zu erwarten bzw. könnte bereits die Möglichkeit einer drohenden Versicherungssummenüberschreitung bestehen – die in der praktischen Handhabung dann bereits zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt zu beachten ist –, stellen sich weitere Fragen als nur die Feststellung der zur Verfügung stehenden (restlichen) Versicherungssumme.

I. Der Zeitpunkt für die Einleitung des Kürzungs- und Verteilverfahrens

- 28 Einer der vielen zu beantwortenden Fragen ist zunächst der Zeitpunkt, ab dem ein Kürzungs- und Verteilverfahren zu berücksichtigen ist. Das Gesetz definiert den Zeitpunkt nicht. Materiell gibt es darüber grundsätzlich keinen Streit.

20 So z.B. bei Späte/Schimikowski/*Schimikowski*, Einl. Rn. 180 ff. oder auch *Lücke* in Prölss/Martin, VVG, Ziff. 6 AHB, Rn. 8 ff.; dazu grundsätzlich auch MüKo-VVG/*Littbarski*, § 114 Rn. 5 ff.

21 Dazu auch BGH VersR 2017, 1282; BGH VersR 2006, 521 und BGH VersR 2005, 558 (559); *Armbruster* in Prölss/Martin, VVG, § 114 Rn. 346.

22 Beispielhaft nur *Langheid* in Langheid/Rixecker, VVG, § 109 Rn. 8.

23 Unabhängig von der rechtlichen Unzulässigkeit in der allgemeinen Haftpflichtversicherung wegen der Verkürzung der Rechtsschutzfunktion, sehen die Regelungen für die Haftpflichtversicherung eine solche Möglichkeit ausdrücklich nicht vor – anders z.B. in der Transportversicherung, § 141 VVG; relativierend *Langheid* in Langheid/Rixecker, VVG, § 107 Rn. 16.

24 So auch *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 170; *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, S. 73; BGH VersR 1982, 791.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Einleitung und Anwendung des Kürzungs- und Verteilverfahrens ist das Datum bzw. der Zeitpunkt, in dem der Versicherer bei prognostischer Bewertung der möglichen Ansprüche mit einer Überschreitung der Versicherungssumme rechnen musste;²⁵ anders formuliert, dass ein höheres Maß an Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die haftungsrechtlich geschuldeten Forderungspositionen unter Berücksichtigung zukünftiger Kapitalaufwendungen und etwaiger kapitalisierter Barwerte die Versicherungssumme überschreiten.²⁶

Dem gesetzgeberischen Willen entsprechend sind mit Einleitung des Kürzungs- und Verteilverfahrens anstehende Kapitalforderungen sowie als Barwert berechnete Rentenleistungen von der Versicherungssumme abzuziehen. Gleiches gilt aber auch für bereits vor Einleitung erbrachte Rentenleistungen. Diese sind mit ihrem ebenfalls berechneten Barwert bei der Ermittlung der Verteilquote abzuziehen.

Zukünftige, noch zu erfüllende Renten sind mit ihrem Barwert und zukünftige andere Positionen, die nicht Renten darstellen, mit ihrem zukünftigen Kapitalwert zu berücksichtigen. Soweit die beiden letztgenannten Forderungspositionen die (noch) zur Verfügung stehende (restliche) Versicherungssumme überschreiten, liegt ein Mangelfall vor, der über die Grundsätze des gesetzlich vorgesehenen Kürzungs- und Verteilverfahrens abzuwickeln ist.²⁷

Dabei ist in der Praxis anerkannt, dass dem Versicherer bei der Beurteilung und der Berechnung der Summe der zu berücksichtigenden Gesamtforderungen ein Bewertungsspielraum zur Verfügung steht, der der gesetzlichen Verpflichtung des Versicherers zur geschuldeten Verteilung und den damit verbundenen Risiken Rechnung trägt.²⁸

Bei fehlender oder fehlerhafter Berücksichtigung des gesetzlichen Kürzungs- und Verteilverfahrens drohen dem Versicherer Regressansprüche nicht oder fehlerhaft berücksichtigter Anspruchsteller, die er nach zutreffender Auffassung nur gegenüber dem Versicherungsnehmer aus bereicherungsrechtlichen Überlegungen zurückfordern kann.²⁹ Damit trägt der Versicherer dann auch das Insolvenzzisiko seines Versicherungsnehmers für etwaige Überzahlungen.

Der Versicherer muss das Kürzungs- und Verteilverfahren auch im Falle von Direktklagen³⁰ von Anspruchstellern z.B. wie in Frankreich (sog. l'action directe) oder in angloamerikanischen Rechtskreisen (wegen des sog. »third party act«) bereits im Prozess geltend machen, da er ansonsten mit der Einrede exkludiert ist.³¹

Anerkannt ist deshalb auch, dass der Versicherer berechtigt und sogar verpflichtet ist, wahrscheinliche – nicht nur theoretische – weitere Ansprüche mit zu berücksichtigen; auch dann, wenn diese noch nicht konkret erhoben wurden.³² Den Versicherer trifft nur dann ein eigenes wirtschaftliches Risiko, wenn ihm eine schuldhaftige Fehlbeurteilung vorzuwerfen ist. Dies folgt aus § 109 Satz 2 VVG.³³

Das OLG Köln³⁴ hat beispielsweise in einer neueren Entscheidung eines Sozialversicherungsträgers (SVT) gegen einen beklagten Haftpflichtversicherer wegen eines Geburtsschaden aus dem Jahre 2002 – deswegen altes VVG –, der sich gegen eine fehlerhafte Durchführung eines Kürzungs- und

25 So auch *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 230; *Lücke* in Prölss/Martin, VVG, § 109 Rn. 9.

26 *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 230; *Lücke* in Prölss/Martin, VVG, § 109 Rn. 9.

27 Wie vor sowie *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 260.

28 *Langenick* in: Jahnke/Burmann, 9. Kap. Rn. 230; *Lücke* in Prölss/Martin, VVG, § 109 Rn. 9.

29 *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, S. 74; MüKo-VVG/Littbarski, § 109 Rn. 35.

30 Dies ist nach deutscher Rechtslage auf der Basis der Neuregelung des VVG grds. nur in den Fällen des § 115 VVG möglich.

31 So auch *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, S. 66 m.w.N.

32 *Lücke* in Prölss/Martin, VVG, § 109 Rn. 6; *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, S. 74.

33 § 156 Abs. 3 Satz 2 VVG a.F.; so auch *Küppersbusch*, FS Gerda Müller, S. 74.

34 OLG Köln VersR 2017, 341 unter Bezug auf die alte VVG-Regelung.

Verteilverfahrens wehrte, gegen den SVT entschieden. Das OLG Köln hätte dem beklagten Haftpflichtversicherer eine Berufung auf den Einwand einer nicht ausreichenden Versicherungssumme bei dem Streitgegenständlichen Sachverhalt nur im Falle eines Verstoßes gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verweigert, der vorliegend aber nicht zu begründen war. Das Urteil zeigt in einer der wenigen Fälle in der Allgemeinen Haftpflichtversicherung, dass der Versicherer bei einer vernünftigen Begründung gehalten ist, seinen Bewertungsspielraum in angemessenem Umfang auch wahrzunehmen.

- 37 Das Bewertungsrisiko des Versicherers zeigt sich insbesondere bei den zu berücksichtigenden streitigen und/oder auch zukünftigen Forderungen, die noch nicht exakt zu belegen sind, – was bei zukünftigen Forderungen nicht selten der Fall ist. Darauf wird nachfolgend eingegangen.

II. Zu berücksichtigende Zahlungen

- 38 Es sind drei maßgebliche Differenzierungen vorzunehmen:
- Kapital- und Rentenleistungen
 - Ansprüche für die Vergangenheit und/oder für die Zukunft
 - strittige und unstrittige Forderungen
- 39 Bei allen vorgenannten Differenzierungen kann es Überschneidungen geben. Die Kunst einer regelgerechten Durchführung des Kürzungs- und Verteilverfahrens ist eine entsprechende regelgerechte Differenzierung und Bewertung.
- 40 Die Bedeutung in der Unterscheidung liegt in der Wirkung bei der Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden (restlichen) Versicherungssumme. Für den Fall, dass die ermittelten Ansprüche die Versicherungssumme überschreiten, sind diese Beträge gemäß § 109 VVG »nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu erfüllen«, also zunächst zu kürzen und dann mit der sich daraus ergebenden Höhe zu regulieren. Dies entspricht der Regelung im skizzierten Ausgangsfall.
- 41 Bestehen jedoch Ansprüche des/der Geschädigten in Rentenform, ist der Versicherer nach § 107 Abs. 1 VVG »nur zur Zahlung eines verhältnismäßigen Teils der Rente verpflichtet«.

► Beispiel:

- 42 Abweichung zum Ausgangsfall (nach Auszahlung der Kapitaleistungen ist die Versicherungssumme verbraucht):

Versicherungssumme:	1.000.000,00 €
Anspruch Geschädigter A aus Kapitaleistungen:	750.000,00 €
Anspruch Geschädigter A aus Rentenleistungen:	1.000.000,00 €
Gesamtforderung A:	1.750.000,00 €
Anspruch Geschädigter B aus Kapitaleistungen:	500.000,00 €
Anspruch Geschädigter B aus Rentenleistungen:	750.000,00 €
Gesamtforderung B:	1.250.000,00 €
Summe Ansprüche A und B auf Kapitaleistungen:	1.250.000,00 €
Summe Ansprüche A und B aus Rentenleistungen:	1.750.000,00 €
Gesamtforderung von A und B:	3.000.000,00 €
Verteilung nach §§ 107 Abs. 1, 109 Abs. 1 VVG:	

D. Streitgegenstand und Sachvortrag

I. Streitgegenstand

- 158 Der Streitgegenstandsbegriff bei Arzthaftungsklagen wirkt sich aus auf:
- Rechtskrafterstreckung
 - Verspätungsregeln
 - Zulässigkeit der Berufung

1. Behandlungsfehlerrüge

- 159 Nach der heute herrschenden prozessrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand im Zivilprozess wird mit der Klage ein eigenständiger prozessualer Anspruch geltend gemacht, der bestimmt wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Der Streitgegenstand wird durch den prozessualen Anspruch und den ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt bestimmt, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht.²¹³
- 160 Bei der Beanstandung einer ärztlichen Versorgung werden sämtliche in einem gewissen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehende Behandlungsfehler Gegenstand des Rechtsstreits.²¹⁴ Der gesamte einheitliche Behandlungsvorgang bildet den Streitgegenstand.
- 161 Das bedeutet:
- Die Ausschlusswirkung der Rechtskraft, § 322 ZPO, geht über die im ersten Prozess vorgetragenen Tatsachen hinaus und erfasst grundsätzlich auch nicht vorgetragene Tatsachen, sofern diese nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtsstreit entstanden sind.²¹⁵ Maßgeblich ist insoweit das Ganze in einem Klageantrag zugrunde liegende tatsächliche Geschehen, das bei natürlicher Betrachtungsweise nach der Verkehrsauffassung zusammen gehört. Im neuen Prozess ausgeschlossen sind mithin sämtliche Tatsachen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtung zu dem durch ihren Sachvortrag zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört hätten.²¹⁶
 - Wenn sich aus einem Sachverständigengutachten ergibt, dass ein anderer als der mit der Klage ursprünglich gerügte Behandlungsfehler vorliegt, kann der Kläger ohne Änderung des Streitgegenstands sein Klagebegehren auf diesen neuen Aspekt stützen.
 - Die Rechtskraft eines Vorprozesses erfasst sämtliche dem Behandlungsgeschehen möglicherweise anhaftende Behandlungsfehler unabhängig davon, ob sie von dem Patienten im Einzelnen vorgetragen wurden und ob er sie im Vorprozess bereits kannte oder hätte kennen können.²¹⁷

213 BGH, Urt. vom 19.05.2022, I ZR 69/21, MDR 2022, 971 f.; BGH, Urt. vom 17.03.1995, V ZR 178/93, NJW 1995, 1757.

214 Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urt. vom 12.07.2000, 1 U 1082/99, MDR 2000, 1317; LG Koblenz, Urt. vom 18.02.2009, 10 O 172/08; *Irrgang* MedR 2010, 533.

215 BGH, Urt. vom 19.11.2003, VIII ZR 60/03, NJW 04, 1252; vgl. Musielak/Voitl/Musielak, ZPO, § 322 Rn. 18.

216 BGH, Urt. vom 08.02.1996, IX ZR 215/94, NJW-RR 1996, 826 f.; vgl. Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 582.

217 LG Koblenz, Urt. vom 18.02.2009, 10 O 172/08; vgl. auch BGHZ 62, 25 f.



Bei einer Klage gegen eine Gemeinschaftspraxis ist zu beachten: Eine Klage gegen alle Gesellschafter einer Gemeinschaftspraxis und gegen die Gemeinschaftspraxis als GbR hat nur einen Streitgegenstand. Entsprechend kann in einem Folgeprozess nicht die Gesellschaft als solche verklagt werden, wenn zuvor die Klage mit identischem Klageantrag gegen alle einzelnen Gesellschafter abgewiesen wurde. Die Klage ist bei einer solchen einheitlichen Abweisung wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig.²¹⁸

Demgegenüber bleibt zwar eine Klage gegen alle Gesellschafter trotz Abweisung der Klage gegen die Gesellschaft zulässig, allerdings wäre sie unbegründet, da das Nichtbestehen der Forderung gegen die Gesellschaft mit Bindungswirkung feststeht und die akzessorische Haftung damit gegenstandslos ist.²¹⁹

2. Parallele Aufklärungs- und Behandlungsfehlerklagen

Der Behandlungs- und der Aufklärungsfehlerklagen liegen zwei selbständige Lebenssachverhalte zugrunde.²²⁰ Zwischen den Ansprüchen wegen unzureichender ärztlicher Aufklärung einerseits und wegen fehlerhafter Behandlung andererseits besteht zwar eine Verknüpfung, da es um ein Schadensersatzbegehren für dieselben gesundheitlichen Beeinträchtigungen geht, aber der Anknüpfungspunkt der Haftung betrifft räumlich und zeitlich verschieden gelagerte Sachverhalte, an denen sogar unterschiedliche Personen beteiligt sein können.²²¹ Der Unterschiedlichkeit der Streitgegenstände muss insbesondere bei der Prüfung des Umfangs der Berufung Beachtung geschenkt werden.²²² Ferner führt die Differenzierung zwischen Aufklärungs- und Behandlungsfehlerklagen dazu, dass Ansprüche daraus jeweils zu unterschiedlichen Zeiten verjähren können.²²³

Ferner ist es nicht möglich, Behandlungsfehlervorwurf und Aufklärungsrüge beliebig auszutauschen und von einem Vortrag in den anderen hinüberzuwechseln. Erst recht ist es dem Gericht

218 OLG Hamm, Urt. vom 14.09.2009, I-22 U 43/09, GesR 2010, 66.

219 OLG Hamm, Urt. vom 14.09.2009, I-22 U 43/09, GesR 2010, 66 m.w.N.

220 OLG Dresden, Urt. vom 28.03.2018, 4 U 23/18, MedR 2018, 844; vgl. auch Rdn. 165 ff. und Geiß/Greiner, E. Rn. 26.

221 BGH, Urt. vom 05.12.2006, VI ZR 228/05, VersR 2007, 414 (Vorinstanz OLG Zweibrücken, Urt. vom 11.10.2005, 5 U 10/05, MedR 2006, 218).

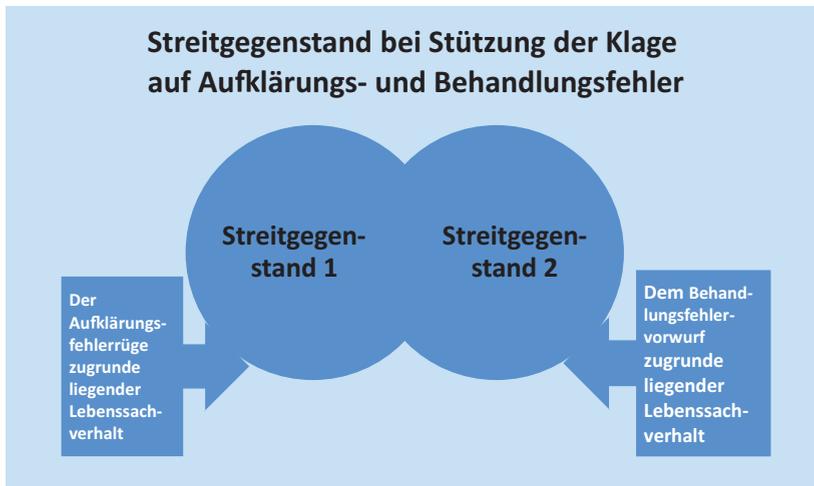
222 OLG Dresden, Urt. vom 28.03.2018, 4 U 23/18, MedR 2018, 844; dazu näher Kap. 100 Rdn. 9.

223 BGH, Urt. vom 08.11.2016, VI ZR 594/15, NJW 2017, 949; zur Verjährung s. Kap. 84.

verwehrt, von Amts wegen bei einer auf einen Behandlungsfehler gestützten Klage auf einen Aufklärungsfehler zu erkennen.²²⁴

- 167 Wird die Aufklärungsrüge erst später, i.d.R. nach Erkennen einer bezüglich des Durchdringens mit dem Behandlungsfehlervorwurf ungünstigen Prozesslage, nachgeschoben, so sind die Verspätungsregeln, §§ 296, 525, 531 ZPO, anzuwenden.²²⁵

168



3. Feststellungsklage

- 169 Im Falle eines Gesundheitsschadens bezieht sich ein Feststellungsurteil, das zum Ersatz »jeden weiteren Schadens« verpflichtet, auch auf immaterielle Schäden; anders ist es nur, wenn der Urteilsenor ausdrücklich Einschränkungen enthält oder sich sonst aus dem Parteivorbringen und dem Urteil eindeutige Hinweise auf eine von den Parteien und dem Gericht gewollte Beschränkung des Streitgegenstandes auf materielle Schäden ergibt.²²⁶

II. Anforderungen an den Sachvortrag

- 170 Der klagebegründende Sachvortrag muss schlüssig und so substantiiert sein, dass eine gerichtliche Überprüfung eines konkreten ärztlichen Fehlverhaltens möglich ist. An die Substantiierungslast der darlegungspflichtigen Partei dürfen aber keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Die Partei ist nicht verpflichtet, den streitigen Lebenssachverhalt in allen Einzelheiten darzustellen. Vielmehr genügt sie nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ihrer Darlegungslast bereits dadurch, dass sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, die geltend gemachte Rechtslage als entstanden erscheinen zu lassen.²²⁷ Dabei muss das Gericht aufgrund dieser Darstellung beurteilen können, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind.²²⁸ Hierbei ist auch zu berücksichtigen, welche Angaben einer Partei zumutbar und möglich sind. Falls sie keinen Einblick in die maßgeblichen

224 Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, ArztR, Kap. XI Rn. 150.

225 Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, ArztR, Kap. XI Rn. 150, s. zur missbräuchlichen Prozessstrategie: Rdn. 394 ff.

226 BGH, Urt. vom 05.03.1985, VI ZR 195/83, NJW 1985, 2022.

227 BGH, Beschl. vom 16.02.2021, VI ZR 1104/20, NJW 2021, 1398; BGH, Urt. vom 08.06.2004, VI ZR 199/03, NJW 2004, 2825; BGH, Beschl. vom 01.03.2016, VI ZR 49/15, NJW 2016, 1328.

228 Vgl. etwa BGH, Urt. vom 24.05.2007, III ZR 176/06, NJW 2007, 2043; vgl. MedR-Komm/H. Prütting § 253 ZPO Rn. 11a.

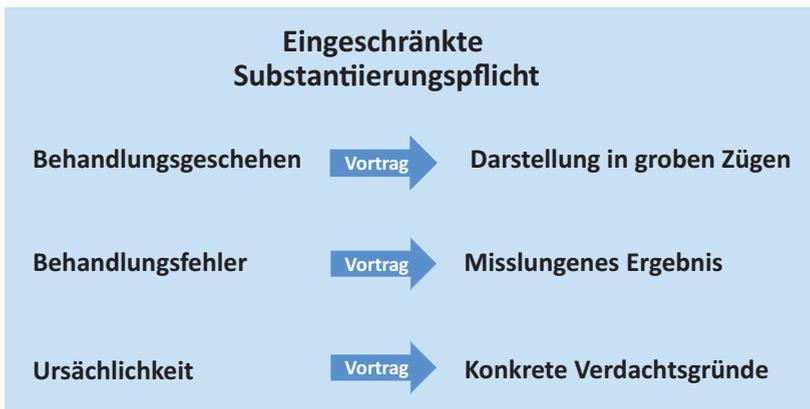
Geschehensabläufe hat und die Darlegung und die Beweisführung deshalb erschwert sind, kann sie auch nur vermutete Tatsachen behaupten und unter Beweis stellen.

Für den Arzthaftungsprozess ist daher anerkannt, dass an die Substantiierung aufgrund der dem Patienten allenfalls laienhaft möglichen Erfassung des Sachverhalts nur geringe Anforderungen zu stellen sind.²²⁹ Von dem Patienten kann regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge gefordert und erwartet werden. Die Partei darf sich vielmehr auf einen Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes auf Grund der Folgen für den Patienten gestattet.²³⁰ Außerdem sind weder der Patient noch sein Anwalt verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen.²³¹ Es gibt keine Verpflichtung, sich bereits zur Substantiierung des patientenseitigen Klagevorbringens medizinischer Hilfe zu bedienen.²³² Entsprechend beginnt die Verjährungsfrist nicht erst dann zu laufen, wenn der Verdacht auf einen Behandlungsfehler (Privatgutachten) bestätigt ist.²³³

1. Behandlungsfehlerrüge

Die beschränkte Darlegungslast (Substantiierungspflicht) des Patienten im Arzthaftungsprozess bewirkt, dass der Patient bezüglich der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich vortragen muss, aufgrund welcher Verdachtsgründe er wegen des Misslingens einer Heilbehandlung (also seinem Gesundheitsschaden, den er ja benennen kann) einen Fehler vermutet!

Insoweit sind an die Darlegungslast des Patienten nur maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn er den Ablauf der Behandlung in groben Zügen darstellt und angibt, dass sie misslungen ist, worin das Misslingen besteht sowie die Verdachtsgründe mitteilt, die eine vorverfahrbare Fehlbehandlung wenigstens plausibel erscheinen lassen.



Dabei bezieht sich die eingeschränkte Substantiierungslast nicht nur auf klagebegründenden Sachvortrag, sondern auf sämtlichen Vortrag, auf den sich der Gedanke des erschweren Zugangs zum Sachverhalt anwenden lässt. Daher sind auch an gegen Sachverständigengutachten vorgebrachte Einwendungen der klagenden Partei nur maßvolle Anforderungen zu stellen.²³⁴ Hier gilt

229 St. Rspr, s. etwa BGH, Beschl. vom 12.03.2019, VI ZR 278/18, NJW 2019, 2399; OLG Celle, Urt. vom 18.01.2007, 8 U 198/06, VersR 2007, 1122; BGH NJW 2004, 2825.

230 BGH, Beschl. vom 25.06.2019, VI ZR 12/17, NJW-RR 2019, 1360.

231 BGH, Beschl. vom 01.03.2016, VI ZR 49/15, NJW 2016, 1328.

232 BGH, Urt. vom 16.02.2021, VI ZR 1104/20, NJW 2021, 1398; BGH, Urt. vom 08.06.2004, VI ZR 199/03, NJW 2004, 1825.

233 OLG Oldenburg, Urt. vom 04.04.2018, 5 U 9/17; vgl. BGH, Urt. vom 08.11.2016, VI ZR 594/15, NJW 2017, 949 ff.; zu Verjährungsfragen s. Kap. 84.

234 St. Rspr, s. etwa BGH, Beschl. vom 16.02.2021, VI ZR 1104/20, NJW 2021, 1398; BGHZ 159, 245; BGH, Urt. vom 08.06.2004, VI ZR 199/03, NJW 2004, 2825.

gleichermaßen, dass die Einwendungen sich nicht auf eingeholte Privatgutachten, sonstigen sachverständigen Rat oder selbst angestellte fachmedizinische Recherchen stützen müssen.²³⁵

176 Beispiel für einen genügend substantiierten Vortrag trotz nur sehr grober Tatsachenschilderung (OLG Brandenburg, Urt. vom 11.07.2001, 1 U 4/01):

► Hinweis:

Behandlungsfehlervorwurf	
TATSACHEN	VORTRAG
Behandlungsgeschehen	<p>Darstellung in groben Zügen</p> <p>4.2.:</p> <ul style="list-style-type: none"> – morgens: ambulante Eileiterdiagnostik mittels Kontrastmittel und Ultraschall (Echovist-HSG-Verfahren = Behandlung) – abends: Schmerzen <p>5.2.:</p> <p>Aufsuchen des Krankenhauses</p> <p>9.2</p> <ul style="list-style-type: none"> – Diagnose: Eileiter- und Beckenbauchfellentzündung – Notwendigkeit einer Eileiterentfernung! – Vermutungsaussagen durch Ärzte: Zusammenhang mit der morgendlichen Diagnostik
Behandlungsfehler	Misslungenes Ergebnis
	Eileiter- und Bauchfellentzündung Eileiterentfernung
	Dauerfolge: Empfängnisunfähigkeit, Narbe
Ursächlichkeit des Fehlers für den Schaden	<p>Konkrete Verdachtsgründe</p> <ul style="list-style-type: none"> – Enger zeitlicher Zusammenhang und – die Äußerungen der Ärzte sprechen für einen kausalen Zusammenhang zwischen der ambulanten diagnostischen Behandlung und der Eileiterentzündung!

Aus dem Urteil (OLG Brandenburg, Urt. vom 11.07.2001, 1 U 4/01, NJW-RR 2001, 1608–1609):

[...] Das Landgericht hat mit seiner Annahme, dass die Klägerin für einen kausalen Behandlungsfehler, insbesondere für die haftungsbegründende Kausalität, keine genügenden Anhaltspunkte dargetan habe (...), die besonderen prozessualen Grundsätze für Arzthaftungssachen schwerwiegend verkannt. An die Darlegungs- und Substantiierungspflichten des klagenden Patienten sind im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen zu stellen, da ihm regelmäßig die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige medizinische Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffes fehlen. [...] Die Klägerin hat in ihrem Vortrag erkennen lassen, dass aus ihrer Sicht ernstliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Echovist-HSG-Untersuchung vom 4. Februar 1999 zum Eintritt einer Eileiter- und Beckenbauchfellentzündung, dem stationären Aufenthalt vom 5. bis 19. Februar 1999 und – vor allem – zur Operation vom 9. Februar 1999 sowie den daraus erwachsenen Dauerfolgen (Gebärfähigkeit, Narbe) geführt habe; dies sei ihr bereits im Krankenhaus als möglich dargestellt worden. Weitergehenden Vortrag kann man von einem medizinischen Laien zur Frage der Kausalität nicht erwarten.

235 BGH, Urt. vom 16.02.2021, VI ZR 1104/20, NJW 2021, 1398 f.; BGH, Urt. vom 08.06.2004, VI ZR 199/03, MedR 2005, 37.

Damit liegt unsubstanziierter Klagevortrag bei der Behauptung eines Behandlungsfehlers nur dann vor, wenn es nicht gelingt, zumindest plausible Verdachtsgründe für das Misslingen der ärztlichen Maßnahme darzulegen. Das Misslingen der Heilbehandlung allein ist nicht ausreichend für einen Fehlerverdacht. Ohne Darlegung der Verdachtsgründe ist eine sachverständige Befassung mit der Frage nach dem Vorliegen einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung nicht möglich. Gleiches gilt im Übrigen, wenn bereits der Vortrag zu den Schadensfolgen, also dem Misserfolg, unzureichend ist.²³⁶ Umgekehrt ist der Beklagtenseite eine nähere Auseinandersetzung mit dem Klägervortrag zu der vermuteten Fehlerhaftigkeit der Behandlung zumutbar. Hier ist einfaches Bestreiten der Verdachtsgründe nicht ausreichend.²³⁷

Im Bereich von Hygienefehlern trifft die Beklagtenseite eine sekundäre Darlegungslast.²³⁸ 178

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass die grundsätzliche Verteilung der Beweislast eine Einschränkung erfahren muss, wenn »die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihr eine nähere Substantiierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.« 179

Der BGH²³⁹ führt hierzu aus: 180

BGH NJW-RR 2016, 1360:

Im Arzthaftungsprozess wird die sekundäre Darlegungslast ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den aufgezeigten maßvollen Anforderungen genügt und die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite gestattet, während es dieser möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären. Letzteres wird bei der Behauptung eines Hygieneverstößes regelmäßig der Fall sein, entziehen sich doch sowohl die Existenz möglicher Infektionsquellen etwa in Gestalt weiterer Patienten oder verunreinigter Instrumente als auch die Maßnahmen, welche die Behandlungsseite im Allgemeinen und – bei Vorliegen konkreter Gefahrenquellen – im Besonderen zur Einhaltung der Hygienebestimmungen und zur Infektionsprävention unternommen hat, in aller Regel der Kenntnis des Patienten, während die Behandlungsseite ohne weiteres über die entsprechenden Informationen verfügt.

Die sekundäre Darlegungslast der Beklagtenseite greift immer dann, wenn der beweisbelastete Kläger Umstände vorträgt, die die Vermutung eines Hygienefehlers aufgrund seiner Symptomatik nahelegen, konkrete Anhaltspunkte für einen Hygieneverstoß muss die klagende Partei aufgrund der abgesenkten Anforderung an den Parteivortrag im Arzthaftungsprozess nicht vortragen.²⁴⁰ 181

Trifft den Beklagten die sekundäre Darlegungslast liegt es an ihm aufzuzeigen, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um die Hygiene und den Infektionsschutz zu gewährleisten. Insoweit ist die Vorlage von Hygieneplänen und hausinternen Anordnungen sowie Putz- und Desinfektionsplänen unverzichtbar.²⁴¹ Ein einfaches Bestreiten des klägerischen Vortrags genügt in diesem Fall nicht, um sich vor den Folgen des § 138 Abs. 3 ZPO zu schützen.²⁴² 182

236 Vgl. OLG Brandenburg, Urt. vom 21.06.2000, 1 U 16/99 (keine fassbaren Schadensfolgen nach Lithiumverordnung); arg. e.c. »aus Folgen kann auf den Behandlungsfehler geschlossen werden«, st. Rspr. BGH, Urt. vom 18.02.2020, VI ZR 280/19, MedR 2020, 924 ff.; BGH, Urt. vom 16.02.2021, VI ZR 1104/20, NJW 2021, 1398 f.

237 BGH, Beschl. vom 25.06.2019, VI ZR 12/17, NJW-RR 2019, 1360; BGH, Urt. vom 10.02.1987, VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479.

238 BGH, Beschl. vom 18.02.2020, VI ZR 280/19, NJW-RR 2020, 720.

239 BGH, Beschl. vom 16.08.2016, VI ZR 634/15, NJW-RR 2016, 1360; BGH, Urt. vom 10.02.2015, VI ZR 343/13, NJW-RR 2015, 1279; BGH, Urt. vom 28.06.2016, VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244.

240 BGH, Urt. vom 19.02.2019, VI ZR 505/17, NJW-RR 2019, 467; BGH, Beschl. vom 18.02.2020, VI ZR 280/19, NJW-RR 2020, 720.

241 Vgl. BGH, Urt. vom 19.02.2019, VI ZR 505/17, NJW-RR 2019, 467.

242 Vgl. BGH, Beschl. vom 18.02.2020, VI ZR 280/19, NJW-RR 2020, 720.

erheblichen Erkenntnisgewinn, führt vereinzelt in Teilbereichen sogar zu einem gemeinsamen Ergebnis der beiden Sachverständigen. Also empfiehlt sich diese Vorgehensweise direkten Austausches.²⁸³ Trotz des engen Wortlauts des § 397 ZPO hat der BGH als Ausdruck des Fragerechts der Parteien eine **prozessrechtliche Verpflichtung** des Instanzgerichts bejaht, dem Privatgutachter die Ausführungen zu überlassen oder Fragen an den Gerichtsgutachter zu stellen, wenn die Partei ihm das Fragerecht überträgt.²⁸⁴ Dies gilt auch, wenn – so selten es auch vorkommt – dem Privatgutachter der Streit verkündet worden ist, er dem Rechtsstreit beitrifft und damit als Nebenintervenient eigene Rechte ausübt.²⁸⁵

- 128 Für die **Ladung des Privatgutachters** zum Verhandlungstermin fehlt es hingegen an einer gesetzlichen Grundlage.²⁸⁶ Denn er ist kein Beweismittel nach der ZPO, mithin kein Gerichtssachverständiger und an sich auch kein sachverständiger Zeuge. Nur in einem Fall kommt der Privatgutachter tatsächlich als sachverständiger Zeuge in Betracht: wenn es auf die von ihm vorgenommene Untersuchung des Patienten und das Untersuchungsergebnis ankommt.²⁸⁷

► **Praxistipp:**

- 129 Das Gericht hat sich mit dem Privatgutachten genauso intensiv auseinanderzusetzen wie mit einem gerichtlich eingeholten Gutachten.
- Es fehlt an einer gesetzlichen Grundlage, den Privatsachverständigen zur mündlichen Verhandlung zu laden.
- Erscheint aber die Partei in Begleitung des Privatsachverständigen, ist ihm zu gestatten, Ausführungen zu machen und Fragen an den Gerichtssachverständigen zu stellen.

E. Gerichtliche Würdigung des Gutachtens

- 130 Das Gutachten unterliegt der **freien Beweiswürdigung** des Gerichts. Dazu muss der Richter das Gutachten kritisch würdigen und dahin kontrollieren, ob der Sachverständige die zu berücksichtigenden Tatsachen vollständig und korrekt erfasst hat, es widerspruchsfrei ist und keine Unklarheiten oder Lücken aufweist. Erst dann darf er seiner Entscheidung zugrunde legen, die nachvollziehbar und vertretbar sein muss. Eine aufklärungsbedürftige Unklarheit besteht z.B., wenn der Sachverständige sich von dem ärztlichen Vorgehen deutlich distanziert, dieses dann aber als »keinen richtigen Behandlungsfehler« bezeichnet.²⁸⁸

I. Umgang mit neuen Haftungsgesichtspunkten im Gutachten

- 131 Ergeben sich aus dem Gutachten neue Haftungsgesichtspunkte, weil der Beweisbeschluss entsprechend weit gefasst ist oder der Sachverständige von sich aus zu dem Ergebnis gelangt, die ärztliche Handlung sei aus einem anderen Grund zu beanstanden, hat das Gericht diesen aufgrund der im Arzthaftungsprozess gesteigerten Aufklärungspflicht nachzugehen. Dies gilt erst recht unter dem Gesichtspunkt, dass im Zweifel davon auszugehen ist, ein für eine Partei günstiges Ergebnis der Beweisaufnahme werde sich zu Eigen gemacht, s. Rdn. 43 und 124.

283 So auch *Scholz* VersR 2016, 625, 630.

284 BGH VersR 2009, 69 (Verkehrsunfall); so auch OLG Karlsruhe VersR 2003, 977 (Lebensversicherung bei Selbsttötung); a.A. noch BGH VersR 2008, 1265 und BGH VersR 1993, 1231: Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Befragung durch den Privatgutachter zu gestatten.

285 BGH VersR 2009, 69 (Verkehrsunfall).

286 OLG Karlsruhe VersR 2003, 977.

287 Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 624.

288 BGH NJW 2007, 2774: Nun hätten der geltende Sorgfaltsmaßstab und der Begriff des Behandlungsfehlers mit dem Sachverständigen erörtert, ggf. ein anderes Gutachten eingeholt werden müssen.

II. Widersprüche innerhalb des Gutachtens oder zu anderen gutachterlichen Äußerungen

Soweit das Gutachten **Unklarheiten**²⁸⁹ oder **Widersprüche** aufweist, oder nun Widersprüche innerhalb des Gutachtens²⁹⁰ oder zu eigenen vorherigen Äußerungen des Sachverständigen bestehen²⁹¹ oder zu anderen Gutachten,²⁹² z.B. dem vorgelegten Privatgutachten,²⁹³ MD(K)-Gutachten²⁹⁴ oder Schlichtungsgutachten²⁹⁵ muss das Gericht dem von Amts wegen nachgehen und etwa durch Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens Aufklärung veranlassen und den Sachverständigen gezielt befragen.²⁹⁶ Es ist dabei entscheidende Aufgabe der Prozessbevollmächtigten, vom Gericht (noch) nicht erkannte Widersprüche aufzuzeigen, und zwar so lange und so intensiv, bis das Gericht das auch verstanden hat.²⁹⁷ 132

Die Klärung der Widersprüche kann mündlich oder durch Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens geschehen oder aber durch Beauftragung eines neuen Gutachters nach § 412 ZPO²⁹⁸ (näher unter Rdn. 138 ff.). Erst dann ist die Überzeugungsbildung des Gerichts sachgerecht möglich.²⁹⁹ Bei verbleibenden Widersprüchen verschiedener Gutachter muss die Beweiswürdigung im Urteil erkennen lassen, dass die einander widersprechenden Ansichten der Sachverständigen gegeneinander abgewogen worden sind und dass sich nach Herausarbeitung der abweichenden Standpunkte keine weiteren Aufklärungsmöglichkeiten ergeben haben.³⁰⁰ In den Instanzgerichten wird hierbei häufig übersehen, dass sich auch mit Privatgutachten sorgfältig auseinandergesetzt werden muss. 133

289 BGH NJW 2010, 3230.

290 BGH NJW 2020, 934.

291 BGH NJW 2014, 74; BGH NJW 2011, 375.

292 BGH BeckRS 2016, 112694; BGH NJW 2011, 1672; BGH VersR 2009, 1405.

293 BGH NJW 2017, 3661; BGH NJW 2016, 713; BGH NJW 2016, 639; BGH NJW 2015, 411; BGH NJW-RR 2014, 760; BGH VersR 2011, 1202; BGH VersR 2010, 72; BGH VersR 2009, 1406; BGH NJW 2004, 1871; OLG Koblenz GesR 2014, 611.

294 BGH VersR 2015, 1381.

295 BGH NJW 2016, 639.

296 BGH VersR 2011, 1450: Der Sachverständige hat sich in erster Instanz mündlich abweichend von seinem schriftlichen Gutachten erklärt; das Berufungsgericht darf dann nicht ohne erneute Anhörung des Sachverständigen allein den Ausführungen im schriftlichen Gutachten folgen; BGH VersR 2003, 1128 mit Anm. *Walter*.

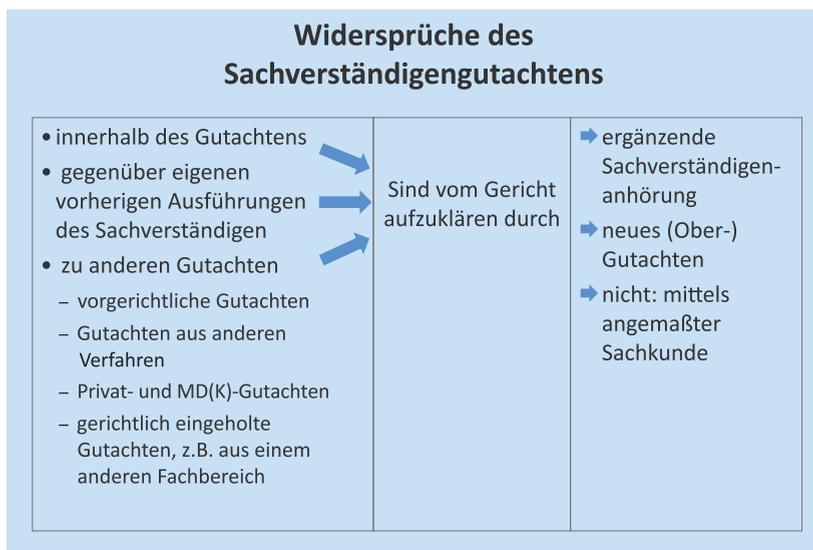
297 *Jaeger MedR* 2018, 236, 239 (Anm.).

298 BGH VersR 2009, 499: Einwendungen des beklagten Arztes.

299 BGH NJW-RR 2000, 44 (Patentrechtsstreit: Knopflohnmaschine).

300 BGH VersR 2009, 518 (Invaliditätsentschädigung aus Unfallversicherung).

134



Luchterhand Verlag 2024

- 135 In besonderem Maße ist das Gutachten darauf kritisch zu sichten, ob der Sachverständige z.B. die Behandlungsfehlerfrage nur zurückhaltend beantwortet hat. Ggf. ist er zur Ergänzung oder Klarstellung seines Gutachtens anzuhalten.³⁰¹ Schon mehrfach sah der BGH sich veranlasst, darauf hinzuweisen, dass medizinische Sachverständige gelegentlich eine **kollegenschützende Haltung** einnehmen.³⁰² Jedenfalls wenn es um die strafrechtliche Verantwortung des Arztes für sein Handeln geht, also um einschneidende und spürbare Folgen für diesen Mediziner, sollte diese Erwägung nicht von vornherein außer Acht gelassen werden.
- 136 Im Urteil hat der Tatrichter darzulegen, aus welchen Gründen er den Ausführungen des Sachverständigen folgt. Es reicht nicht aus, lediglich das Ergebnis des Gutachtens mitzuteilen, ansonsten könnte angenommen werden, die Entscheidung sei dem Sachverständigen überlassen worden, ohne sich inhaltlich mit dem Gutachten auseinanderzusetzen. Falsch ist es insbesondere, dem Sachverständigen die **rechtliche Wertung** zu überlassen. Dies geschieht aber häufig bei der Frage, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt (s. Rdn. 113).
- 137 Für den **Berufungsrechtszug** ist zu beachten: Erstinstanzliche Verfahrensfehler, also wenn z.B. **Widersprüche innerhalb des Gutachtens des Sachverständigen oder zwischen mehreren Gutachten** (auch im Verhältnis zum Privatgutachten) nicht aufgeklärt wurden, gebieten in zweiter Instanz eine erneute Tatsachenfeststellung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), so auch wenn einem rechtzeitig gestellten **Antrag auf Ladung des Sachverständigen** zur mündlichen Erörterung seines schriftlichen Gutachtens verfahrensfehlerhaft nicht entsprochen wurde; hier muss das Berufungsgericht, wenn es nicht zurückverweist, dem im zweiten Rechtszug wiederholten Antrag stattgeben.³⁰³ Die entsprechende Rüge erledigt sich dann mit der Nachholung der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen im Berufungsrechtszug.³⁰⁴ Weitere Verfahrensfehler, die eine erneute Tatsachenfeststellung erforderlich machen, sind in den folgenden Fällen anzunehmen: Es werden **Beweisantritte übergangen**, die sich

301 BGH NJW 1999, 3408, 3410: Der Sachverständige wich erkennbar aus, so auch in BGH NJW 1996, 1589, 1590.

302 BGH VersR 2010, 72 (sofortige Klinikeinweisung bei akutem Herzinfarkt); BGH NJW 2008, 2846 (missglückte Tubensterilisation).

303 BGH VersR 2005, 1555: Fragerecht zu medizinischen Fragen, die für die Entscheidung erheblich sind und für die Erläuterungsbedarf geltend gemacht wird.

304 OLG Koblenz VersR 1998, 897 (Sprung aus dem Fenster bei Alkoholentzugserscheinungen).

auf die vom Sachverständigen für sein Gutachten zugrunde gelegten Anknüpfungstatsachen und damit auf das Gutachten insgesamt hätten auswirken können. Das Gericht ist neuen, über das Beweisthema hinausgehenden entscheidungserheblichen **Ausführungen des Sachverständigen nicht nachgegangen**.

III. Obergutachten

Erachtet das Gericht das vorgelegte Gutachten als ungenügend, kann es eine neue Begutachtung anordnen, § 412 ZPO.³⁰⁵ Hierzu wird regelmäßig die im Gesetz nicht enthaltene Bezeichnung eines **Obergutachtens** verwendet, die übrigens nicht recht passt. Denn der »Obergutachter« ist nicht derjenige, der bereits vorliegende und sich widersprechende Gutachten bewertet und die Entscheidung trifft, welcher Ansicht zu folgen ist. Vielmehr handelt es sich um ein Gutachten, das allein wegen nicht ausreichender Überzeugungsbildung durch das zunächst eingeholte Gutachten nun erstattet werden soll. Dabei kommt ein solches neue Gutachten unter den folgenden Voraussetzungen in Betracht:

- die bisherige Begutachtung weist **grobe Mängel** auf,
- das Gutachten enthält **Widersprüche**,
- es handelt sich um **besonders schwierige Fragen**,
- das Gutachten geht von **unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen** aus (jedoch muss dann nicht stets ein neuer Sachverständiger bestellt werden),
- die **Sachkunde** des bisherigen Gutachters ist zweifelhaft oder
- ein neuer Gutachter verfügt über **überlegene Forschungsmittel** als der bisherige Sachverständige.

Allerdings steht die Einholung eines weiteren Gutachtens grundsätzlich im pflichtgemäßen **Ermessen** des Tatrichters.³⁰⁶ Das bedeutet, dass ein neuer Gutachter nur dann zu bestellen ist, wenn mit dem bisherigen Gutachten trotz Ergänzung und Erläuterung keine sichere Überzeugung zur Beantwortung der Beweisfrage zu gewinnen ist. Jedoch soll unter Hinweis auf § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO in den sechs vorgenannten Fällen für das Gericht demgegenüber eine **Pflicht zur Einholung eines neuen Gutachtens** bestehen.³⁰⁷ Dies ist aber zweifelhaft, wenn es sich um medizinisch besonders schwierige Fragen handelt; auch hier muss gelten, dass ein fundiertes, schlüssiges und nachvollziehbares Gutachten ausreicht.³⁰⁸ Bei dem letztgenannten Punkt (**überlegene Forschungsmittel**) könnte dem Erfordernis der Einholung eines weiteren Gutachtens entgegenzuhalten sein, dass es der mit der bisherigen Beweisaufnahme unzufriedenen Partei dann unter Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot zu leicht gemacht würde, durch Benennung eines »ranghöheren« Spezialisten dem bisherigen und überzeugenden Gutachten die Kraft zu nehmen. Außerdem steht es der Justiz nicht zu, die Arbeitskraft der Spitzenkräfte der medizinischen Wissenschaft für sich allein zu binden. Diese Bedenken können aber vernachlässigt werden, denn es ist für die Frage der überlegenen Forschungsmittel gerade nicht maßgebend, ob der weitere Gutachter über größere Erfahrungen oder höhere Anerkennung in der Wissenschaft verfügt; entscheidend ist vielmehr, ob sich dieser Sachverständige für seine Begutachtung solcher Hilfsmittel und Verfahren bedient, die in entscheidungserheblicher Weise ein zuverlässigeres und überzeugenderes Ergebnis erwarten lassen. Richtig ist es daher, auch in den hier behandelten Fällen eine Verpflichtung des Gerichts zur Einholung eines neuen Gutachtens nur dann anzunehmen, wenn das bisherige Gutachten trotz Ergänzung und Anhörung des Sachverständigen eben noch keine sichere Überzeugung zu vermitteln vermag.³⁰⁹

³⁰⁵ Nicht jedoch im selbständigen Beweisverfahren, BGH MDR 2010, 767.

³⁰⁶ BGH MDR 2010, 767 unter Hinweis auf §§ 144, 411 Abs. 3, 412 ZPO: Bei der Ermessensausübung ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu beachten; enger BGH NJW 1999, 1778.

³⁰⁷ BGH NJW 1999, 1778; BGHZ 53, 245, 259.

³⁰⁸ OLG Brandenburg, Urt. vom 08.11.2007, 12 U 53/07.

³⁰⁹ KG VersR 2004, 350, 351.

- 140 Vor Beauftragung eines neuen Sachverständigen ist es regelmäßig zweckmäßig, von dem bisherigen Gutachter eine **schriftliche Ergänzung** einzuholen oder ihn das Gutachten **mündlich erläutern** zu lassen. Dem Gericht ist es aber nicht versagt, sogleich einen anderen Sachverständigen zu beauftragen, wenn eine weitere Anhörung des bisherigen Gutachters keinen Aufklärungserfolg verspricht. Dann hat das Gericht aber im Urteil nachvollziehbar darzulegen, aus welchem Grund das Gutachten nicht überzeugte und eine Anhörung dieses Sachverständigen nicht Erfolg versprechend erschien.³¹⁰

► **Praxistipp:**

- 141 Die Behandlung des Sachverständigengutachtens durch die Gerichte ist sehr fehlerträchtig und führt in einer Vielzahl von Fällen zu Aufhebung und Zurückverweisung an die Vorinstanz.

So werden häufig Widersprüche zu vorherigen Äußerungen des Sachverständigen oder zu bereits vorhandenen Gutachten sowie und insbesondere zu eingereichten privatgutachterlichen Äußerungen nicht hinreichend aufgeklärt.

Ist mit dem Gutachten trotz Ergänzung keine sichere Überzeugung zu gewinnen, hat das Gericht einen anderen Sachverständigen zu bestellen, § 412 Abs. 1 ZPO (»Obergutachten«).

- 142 Beauftragt das **Berufungsgericht** einen neuen Sachverständigen, unterliegt die Frage nach dem Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen des § 412 ZPO nicht der Überprüfung durch den BGH. Anders als in dem Fall des Unterbleibens der gebotenen Einholung eines weiteren Gutachtens wird hier die Erkenntnisgrundlage des Tatrichters erweitert und es werden Rechte der Prozessparteien gerade nicht beeinträchtigt. Dies setzt aber voraus, dass sich das Berufungsgericht auch mit dem erstinstanzlich eingeholten Gutachten in seiner Beweiswürdigung befasst.³¹¹ Ohnehin gilt, dass es **nicht der Prüfung des Revisionsgerichts** unterliegt, wenn das Berufungsgericht entgegen §§ 529, 531 ZPO in unzulässiger Weise neuen Vortrag einer Partei zulässt, insbesondere weil das prozessökonomische Ziel dieser Verfahrensvorschriften bei aufhebendem Revisionsurteil nicht mehr zu erreichen ist.³¹²

► **Praxistipp:**

- 143 Selbst wenn neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug grundsätzlich unzulässig sind, sollten sie von den Parteien nicht zurückgehalten werden. Denn zum einen ist die Abgrenzung zwischen zulässigem von unzulässigem neuen Vortrag im Einzelfall problematisch, und zum anderen ist das Berufungsgericht aus Sicht des BGH nicht gehindert, etwa aus Gerechtigkeitsgründen diesen Vortrag dann doch zu berücksichtigen.

IV. Besonderheiten im Berufungsverfahren

- 144 Stellt eine Partei **erstmal in zweiter Instanz den Antrag auf Anhörung** des Sachverständigen nach §§ 402, 397 ZPO, muss das Berufungsgericht dem nachgehen, wenn der Antrag entscheidungserhebliche Gesichtspunkte betrifft, die das erstinstanzliche Gericht übersehen hat, wie sich aus § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ergibt.³¹³ Denn das Berufungsgericht ist nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die in erster Instanz getroffenen Feststellungen nicht gebunden, wenn konkrete und objektivierbare Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit entscheidungserheblicher Feststellungen begründen. Bloße subjektive Zweifel oder Vermutungen der Unrichtigkeit ohne greifbare Anhaltspunkte reichen demgegenüber nicht. Andererseits dürfen die Anforderungen nicht

310 BGH NJW 2011, 852 (Bemessung des Wildschadens an Baumpflanzungen); BGH NJW 1992, 1459 (Verkehrsunfall: Verletzungsfolgen).

311 BGH NJW 2011, 852 (Bemessung des Wildschadens an Baumpflanzungen).

312 BGH NJW 2005, 1583 (Bierlieferungsvertrag); BGH NJW 2004, 1458 (Grundbuchberichtigungsanspruch).

313 BGH NJW 2004, 2828: Das Gutachten stellte entgegen dem dort zum Ursachenzusammenhang anzuwendenden § 287 ZPO auf eine naturwissenschaftliche Nachweisbarkeit ab.

überspannt werden: Es genügt, wenn das Berufungsgericht auf Grund **konkreter Anhaltspunkte** nachvollziehbar zu Zweifeln kommt, die Bedenken also so gewichtig sind, dass sie nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden können.³¹⁴ Selbst wenn die Partei das Recht zur Anhörung des Sachverständigen im ersten Rechtszug durch grobe Nachlässigkeit i.S.v. § 296 Abs. 2 ZPO verloren hat, kann das Berufungsgericht gleichwohl verpflichtet sein, den Sachverständigen ergänzend zu hören; dies setzt aber voraus, dass nach bisheriger Sachlage Zweifel am erstinstanzlichen Gutachten bestehen, oder es Unklarheiten enthält, die es aufzuklären gilt. Aufklärungsmöglichkeiten darf das Gericht nicht ungenutzt lassen; insoweit ist das nach § 411 Abs. 3 ZPO dem Tatrichter gegebene Ermessen gebunden.³¹⁵

Bei Einwendungen, die gegen das erstinstanzliche Gutachten erst im Berufungsrechtszug erhoben werden, kann die Partei hiervon allerdings nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen sein. Denn solche Beanstandungen, die bereits in erster Instanz hätten vorgebracht werden können, sind als neue Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel regelmäßig nicht mehr zuzulassen.³¹⁶ Das gilt aber nicht, wenn in erster Instanz bereits ein zu dem konkreten Arztfehler schlüssiges Vorbringen vorliegt, das nun in zweiter Instanz durch Angriffe gegen das Sachverständigengutachten nur **zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert** wird.³¹⁷ Im Übrigen fehlt es hier auch an der für § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO erforderlichen **Nachlässigkeit** der Partei, wenn die Einwendungen eine besondere Sachkunde erfordern und erfolgversprechend erst nach Einholung (privat-)sachverständigen Rates möglich sind. So ist die Prozesspartei nicht verpflichtet, bereits in erster Instanz einen privaten Sachverständigen zu beauftragen. Vielmehr ist sie berechtigt, ihre Einwendungen gegen ein gerichtliches Sachverständigengutachten zunächst ohne Hilfe eines Privatgutachters vorzubringen.³¹⁸

Zu den Fällen, in denen das neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel erstmals vorgetragen wird, ohne dass dies auf einer **Nachlässigkeit** der Partei beruht (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO), zählt natürlich der Vortrag solcher neuen Tatsachen, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung des erstinstanzlichen Gerichts entstanden sind. Gemeint sind damit z.B. neue, auf diesen konkreten Fall und das vorliegende Sachverständigengutachten ausstrahlende medizinische Erkenntnisse.³¹⁹

Das Berufungsgericht ist – wie bei dem Zeugenbeweis – auch verpflichtet, den Sachverständigen **erneut zu hören**, wenn es beabsichtigt, von der erstinstanzlichen Wertung des Gutachtens **abzuweichen**. Es darf sich auch hier nicht in unzulässiger Weise eigene Sachkenntnis anmaßen.³²⁰ Hegt es gegen das Gutachten aus erster Instanz Zweifel, kann das Gericht – ohne sich damit in unzulässiger Weise medizinische Sachkunde anzumaßen – aber anstelle der Anhörung des bisherigen Sachverständigen auch einen neuen Gutachter beauftragen, um weitergehende und bessere Sachkunde vermittelt zu bekommen. Dann hat das Gericht aber im Urteil nachvollziehbar darzulegen, aus welchem Grund das erstinstanzliche Gutachten nicht überzeugte und eine Anhörung dieses Sachverständigen nicht Erfolg versprechend erschien.³²¹

314 BGH NJW 2004, 2828.

315 BGH NJW 1992, 1459.

316 KG KGR 2008, 497 (Verkehrsunfall).

317 BGH NJW 2007, 1531 (Bauprozess).

318 BGH NJW 2008, 2846 (Arzthaftung); BGH NJW 2007, 1531 (Bauprozess).

319 Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch Rn. 559.

320 BGH VersR 2001, 1547; BGH NJW 1994, 803 (sofortige neurologische Untersuchung bei Verdacht auf Schlaganfall); OLG Hamm GesR 2014, 607.

321 BGH NJW 2011, 852 (Bemessung des Wildschadens an Baumpflanzungen).