

Münchener Anwaltshandbuch **Medizinrecht**

3. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-72937-9
C.H.BECK

t) **Kausalität von Aufklärungspflichtverletzungen.** Grundsätzlich ist Patient für seine Behauptung, der von ihm geltend gemachte Schaden sei Folge des Eingriffs, dessen Aufklärung gerügt wird beweispflichtig. Macht der Patient beispielsweise geltend, nach einem Abdominaleingriff leide er unter Kopfschmerzen, bleibt die Beweislast für den Zusammenhang zwischen geltend gemachten Kopfschmerzen und dem Streitgegenständlichen Eingriff beim Patienten, wenngleich der Arzt bezüglich der Aufklärung beweibelastet war.¹¹⁰⁴ Dementsprechend hat der Patient zu beweisen, dass die bei ihm vorgenommene Behandlung ursächlich für den geltend gemachten Schaden geworden ist. Es besteht kein Sachgrund, bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht den Arzt insoweit beweismäßig schlechter zu stellen. Dieser Grundsatz gilt sowohl bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht über die Risiken eines Eingriffs wie auch über bestehende Behandlungsalternativen im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung. Den allgemeinen Kausalitätsnachweis zwischen rechtswidriger Behandlung und Schaden hat der Patient zu führen, unabhängig von der Frage des hypothetischen Kausalverlaufs.¹¹⁰⁵ Der Patient hat nicht nur in den Fällen, in denen die rechtswidrige Behandlung in einen Eingriff, bspw. in einer Operation liegt, sondern auch in den Fällen der rechtswidrigen Fortsetzung konservativer Behandlungsmethoden trotz Bestehen gleichwertiger Behandlungsalternativen zu beweisen, dass die bei ihm vorgenommene Behandlung ursächlich für den geltend gemachten Schaden geworden ist. Es besteht kein Sachgrund, bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht den Arzt insoweit beweismäßig schlechter zu stellen.¹¹⁰⁶

Die Beweislast für das Bestehen einer Reserveursache trifft den Behandler nur in den Fällen, in denen **feststeht**, daß der Arzt dem Patienten durch rechtswidriges und fehlerhaftes ärztliches Handeln einen Schaden zugefügt hat. **Nur dann** muss der Arzt beweisen, dass der Patient den gleichen Schaden auch bei einem rechtmäßigen und fehlerfreien ärztlichen Handeln erlitten hätte. Hat eine – mangels wirksamer Einwilligung – rechtswidrig ausgeführte Operation zu einer Gesundheitsschädigung des Patienten geführt, und nur dann, wenn dies sicher ist, ist es Sache der Behandlerseite, zu beweisen, dass der Patient ohne den rechtswidrig ausgeführten Eingriff dieselben Beschwerden haben würde, weil sich das Grundleiden in mindestens ähnlicher Weise ausgewirkt haben würde.¹¹⁰⁷ Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach der Schädiger zu beweisen hat, dass sich ein hypothetischer Kausalverlauf bzw. eine Reserveursache ebenso ausgewirkt haben würde wie der tatsächliche Geschehensablauf.

2. Behandlungsfehler

a) Grundlagen. Im Hippokratischen Eid heißt es:

„In alle Häuser aber, in wie viele ich auch gehen mag, will ich kommen zu Nutz und Frommen der Patienten, mich fernhaltend von jederlei vorsätzlichem und Schaden bringendem Unrechte

Wenn ich nun diesen Eid erfülle, ohne ihn zu brechen, dann mögen mir ein glückliches Leben und eine glückliche Kunstausübung beschieden sein und ich bei allen Menschen für immer in Ehren stehen, wenn ich ihn aber übertrete und meineidig werde, möge das Gegenteil geschehen.“

Bereits im 5. Jahrhundert v. Chr. wurde damit das ärztliche Handeln einem hohen ethischen Verantwortungsbewusstsein unter dem Zeichen des „nil nocere“ unterstellt. Die dem Eid zu entnehmende Standesethik, die auch heute noch Gültigkeit beansprucht und Ausdruck im ärztlichen Standesrecht findet, hat die Arzthaftung deutlich geprägt, auch wenn im Übrigen das hippokratische Fürsorgeprinzip heute zum Teil dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten gewichen ist.

b) **Medizinischer Standard.** Die Arztseite übernimmt mit dem Vertragsabschluss oder mit dem Eingriff **nicht die Verantwortung für die Genesung des Patienten**, sondern nur die Ver-

¹¹⁰⁴ BGH 7.2.2012 – VI ZR 63/11, NJW 2012, 850.

¹¹⁰⁵ Vgl. BGH 1.2.2005 – VI ZR 174/03; BGH 17.4.2007 – VI ZR 108/06, NJW 2007, 2771.

¹¹⁰⁶ BGH 7.2.2012 – VI ZR 63/11, NJW 2012, 850.

¹¹⁰⁷ BGH 22.3.2016 – VI ZR 467/14, NJW 2016, 3522; BGH 5.4.2005 – VI ZR 2016/03, n. v.

pflichtung zur pflichtwidrigkeitsfreien Behandlung. Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf Situationen, in denen Ärzte aufgrund von Verträgen oder deliktisch beruflich handeln. Für einen nur zufällig vor Ort befindlichen und in einer Notsituation als Geschäftsführer ohne Auftrag helfenden Arzt kann ein reduzierter Haftungsmaßstab zur Geltung gelangen.

Beispiel:¹¹⁰⁸

Ein zufällig in der Nähe befindlicher Gynäkologe hielt ein in den Chiemsee gefallenes zweijähriges Kind irrtümlich für ertrunken. Er unterließ deshalb die gebotenen Wiederbelebungsmaßnahmen. Etwa fünfzehn Minuten später gelang einem herbeigerufenen Notarzt die Wiederbelebung. Das Kind hatte aber durch den Sauerstoffmangel einen Hirnschaden erlitten. Es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass auch bei der gebotenen Wiederbelebung durch den Gynäkologen der Zustand des Kindes nicht besser gewesen wäre. Die gegen den Gynäkologen gerichtete Klage wurde abgewiesen, obwohl zu Recht eine Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen wurde. Eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes wurde selbst für den Fall verneint, dass sein Handeln als grober Behandlungsfehler zu werten gewesen wäre. Zu prüfen ist in Fällen dieser Art auch § 680 BGB.¹¹⁰⁹

- 547 **Maßgebend für das, was Ärzte in der jeweiligen Situation tun oder unterlassen müssen, ist grundsätzlich der jeweils geltende medizinische Standard.** Inzwischen ist die Verpflichtung des Arztes zur Einhaltung des medizinischer Standards in § 630a Abs. 2 BGB gesetzlich verankert. Diese Norm stellt eine Ergänzung zu § 276 BGB dar.¹¹¹⁰ Die Beschreibung des Sorgfaltsstandards in der Form, dass die Behandlung „nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ erfolgen muss, führt aber allein nicht weiter. Es bleibt erforderlich, sich die konkrete Behandlungssituation zu vergegenwärtigen und daran ausgerichtet zu entscheiden, ob der jeweils erforderliche Sorgfaltsmaßstab eingehalten wurde. Bei der Beurteilung, ob das der Fall ist, bleiben die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, auf die nachfolgend näher eingegangen wird, weiter von entscheidender Bedeutung. Behauptet ein Patient eine Vereinbarung, welche die Behandlungsaufgabe des Arztes über den medizinischen Standard seines Fachgebietes hinaus erweitert habe, ist er dafür darlegungs- und beweispflichtig.¹¹¹¹
- 548 **Medizinischer Standard repräsentiert den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und medizinischer Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungszieles erforderlich ist und sich in der Praxis bewährt hat.**¹¹¹² Medizinischer Standard ist einerseits von der jeweiligen in Frage stehenden Zeit abhängig, in welcher der Arzt gehandelt hat oder jedenfalls hätte handeln müssen. Es ist zu fragen, welcher Standard von einem Arzt in der jeweiligen Behandlungssituation¹¹¹³ erwartet werden konnte. Es wird also – wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis formuliert wird¹¹¹⁴ – ein „due level of care“ gebildet und sodann geprüft, ob das Handeln des in Rede stehenden Arztes diesem Maßstab entspricht. Ein Chefarzt schuldet keinen über den (für die Prüfung hinsichtlich des Vorliegens eines Behandlungsfehlers relevanten) Facharztstandard hinausgehenden „Chefarztstandard“; ein solcher existiert schlichtweg nicht.¹¹¹⁵
- 549 **Kritisch bewertet wird die Auffassung des LG München I,¹¹¹⁶ wonach der fachärztliche Standard mittels einer repräsentativen Befragung sämtlicher regionaler Fachärzte ermittelt werden kann, da das „Übliche“ nicht zwingend den Standard darstellen muss.**¹¹¹⁷ Zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten stellt die Rechtsprechung auf das Ausmaß der drohenden Gefahr sowie auf das Maß an Umsicht und Sorgfalt ab, das nach dem Urteil besonnener

¹¹⁰⁸ OLG München 6.4.2006 – 1 U 4142/05, NJW 2006, 1883; sowie dazu *Roth* NJW 2006, 2814.

¹¹⁰⁹ *Pauge/Offenloch* Arzthaftungsrecht, Rn. 78 lehnt eine Haftungsprivilegierung von Ärzten ab.

¹¹¹⁰ BT-Drs. 17/10488, 52.

¹¹¹¹ OLG Karlsruhe 12.10.2005 – 7 U 132/04, NJW-RR 2006, 458.

¹¹¹² *Carstensen* DÄBl. 1989, 1736 ff.

¹¹¹³ So sieht es auch § 630a Abs. 2 BGB ausdrücklich vor.

¹¹¹⁴ Vgl. dazu *Edlin*, S. 653 ff. sowie *Cooter/Ulen*, S. 268 sowie im deutschen Recht zu diesem Konzept *Schaefer/Ott* S. 148 ff.

¹¹¹⁵ Vgl. OLG Köln 22.1.2018 – I-5 U 101/17, n. v.

¹¹¹⁶ LG München I 9.6.2008 – 9 O 14628/04, NJW-RR 2009, 898.

¹¹¹⁷ Kritisch ebenfalls *Spickhoff* NJW 2010, 1718. Geht man so vor, weiß man lediglich, was üblich ist.

und gewissenhafter Angehöriger des in Betracht kommenden Verkehrskreises einzuhalten ist.¹¹¹⁸

Beispiele:

Auch wenn der Arzt zunächst grundsätzlich Wahrscheinliches für wahrscheinlich und Unwahrscheinliches für unwahrscheinlich halten darf, muss er, wenn die Alternative auf ein Karzinom hindeutet, das kurativ nur im Falle der Früherkennung behandelt werden kann, diese Alternative abklären. Damit befindet er sich im Übrigen genau in der Fallkonstellation, in der zwischen möglicherweise nachvollziehbaren Diagnoseirrtümern einerseits und Befunderhebungsfehlern abzugrenzen sein wird.

Bleibt das Handeln hinter diesem Maßstab zurück, ist ein Behandlungsfehler zu bejahen. 550
Ein Behandlungsfehler liegt aber nicht nur dann vor, wenn eine Abweichung vom jeweiligen Fachgebiet geltenden Maßstab vorliegt. Auch die Verletzung allgemeiner medizinischer Grundkenntnisse kann einen Behandlungsfehler begründen. Der allgemeine medizinische Standard ist von jedem Arzt zu erbringen, während von Fachärzten fachärztliche Sonderkenntnisse zusätzlich zu erbringen sind.¹¹¹⁹ Den Maßstab für die gebotene Sorgfalt gibt § 276 BGB mit einer objektiv-typisierenden und regelmäßig nicht an subjektiv-individuellen Merkmalen ausgerichteten Betrachtungsweise.¹¹²⁰

Ein subjektiv-individueller Sorgfaltsmaßstab gilt nur für Spezialkenntnisse, die der jeweils Handelnde besitzt. Gesteht er diese zu, muss er sie auch zugunsten des Patienten einsetzen.¹¹²¹ 551

Beispiel:

Ein Hochschullehrer bekennt, „die Kapazität der Region“ zu sein.¹¹²²

Das gilt sowohl für zu berücksichtigende Sicherheitsregeln bei einer Arzneimittelanwendung¹¹²³ als auch hinsichtlich etwaiger Spezialkenntnisse für eine Therapie, die über den zu fordernden Standard hinausgehen¹¹²⁴ und auch hinsichtlich der Kenntnis spezieller Behandlungsrisiken sowie auch für den Fall, dass Arzt oder Krankenhaus eine bessere apparative Ausstattung besitzen, als gefordert werden kann.¹¹²⁵ 552

Kann der Arzt subjektiv zB wegen mangelnder Erfahrung oder unzureichender Ausbildung diesem Sorgfaltsmaßstab nicht entsprechen, so ist das regelmäßig ohne Bedeutung; denn wer eine Tätigkeit oder Stellung übernimmt, die nach objektivem Maßstab bestimmte Anforderungen in Bezug auf Kenntnisse, Erfahrungen und Befähigungen stellt, hat für diese Eigenschaften einzustehen.¹¹²⁶ Es haftet also aus einem Übernahmeverschulden, wer die mit seiner Aktivität verbundenen Risiken nicht den Verkehrsanforderungen entsprechend zu beherrschen vermag. 553

Beispiele:

- Der in der Weiterbildung zum Gynäkologen stehende Assistenzarzt, der eine Geburt übernimmt, ist dafür verantwortlich, dass gynäkologischer Behandlungsstandard gewährleistet wird.¹¹²⁷
- Hätte die Perforation der Gebärmutter einer Patientin bei einem Eingriff durch den Einsatz eines Hysteroskopes verhindert werden können, mit dessen Gebrauch ein Arzt in den neuen Bundesländern wegen des seinerzeit noch spärlichen Gerätebestandes jedoch nicht hinreichend vertraut war, so haftet der Arzt gleichwohl, weil er den gebotenen Standard nicht gewahrt hat.¹¹²⁸

Vertragliche und deliktische Sorgfaltsanforderungen haben den gleichen Maßstab.¹¹²⁹ 554

¹¹¹⁸ BGH 29.1.1991 – VI ZR 206/90, BGHZ 113, 297 (303) = NJW 1991, 1535; BGH 31.5.1994 – VI ZR 233/93, NJW 1994, 2232; BGH 18.3.1997 – VI ZR 91/96, NJW 1997, 2047.

¹¹¹⁹ BGH 9.6.2009 – VI ZR 138/08, ZMGR 2009, 334 = BeckRS 2009, 18041.

¹¹²⁰ Das entspricht heute allgemeiner Ansicht; vgl. dazu auch *Laufs/Kern/Ulsenheimer* ArztlR-HdB§ 139 Rn. 24.

¹¹²¹ BGH 10.2.1987 – VI ZR 68/86, VersR 1987, 687 = NJW 1987, 1479.

¹¹²² BGH 10.2.1987 – VI ZR 68/86, VersR 1987, 687 = NJW 1987, 1479.

¹¹²³ BGH 27.4.1967 – VI ZR 165/65, VersR 1967, 775.

¹¹²⁴ BGH 10.2.1987 – VI ZR 68/86, VersR 1987, 687 = NJW 1987, 1479.

¹¹²⁵ BGH 30.5.1989 – VI ZR 200/88, VersR 1989, 852 = NJW 1989, 2321.

¹¹²⁶ So bereits RGZ 163, 208 für objektive Sorgfaltspflichten des Vorstandsmitgliedes einer Genossenschaft.

¹¹²⁷ BGH 12.7.1994 – VI ZR 299/93, NJW 1994, 3008. Zum Übernahmeverschulden vgl. auch die Ausführungen Rn. 528, 543–548.

¹¹²⁸ BGH 6.5.2003 – VI ZR 259/02, NJW 2003, 2311.

¹¹²⁹ BGH 20.9.1988 – VI ZR 37/88, NJW 1989, 767.

Beispiele:

1. Die IGM-Antikörperbestimmung gehörte zum Jahreswechsel 1978/79 noch nicht zum ärztlichen Standard eines niedergelassenen Gynäkologen zur Erkennung von Röteln. Demgegenüber gehörte es zu diesem Zeitpunkt bereits zum guten fachärztlichen Standard eines Laborarztes, diesen Test zu veranlassen.¹¹³⁰
2. Im Jahre 1991 gehörte es noch nicht zum Standard eines Internisten mit dem Spezialgebiet Gastroenterologie, den Patienten, der seit Jahren an Magenbeschwerden und Magenblutungen litt, auf Helicobacterbakterien zu untersuchen.¹¹³¹

555 Maßgebend ist regelmäßig der Zeitpunkt, in dem gehandelt wurde bzw. bei pflichtwidrigem Unterlassen der Zeitpunkt, in dem hätte gehandelt werden müssen.¹¹³² Das gilt nur dann nicht, wenn ein bestimmtes medizinisches Handeln oder Unterlassen zwar im Zeitpunkt des Handelns, im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der jeweiligen Tatsacheninstanz jedoch nicht mehr als Fehler angesehen wird. In diesen Fällen ist auf die neuere Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft abzustellen.

556 Ein Behandlungsfehler kann sowohl in einem **Tun** als auch in einem **Unterlassen**, in der Vornahme eines nicht indizierten ebenso wie in der Nichtvornahme eines gebotenen Eingriffs, in Fehlmaßnahmen und unrichtigen Dispositionen des Arztes vor, bei und nach einer Operation und in der Medikation liegen.¹¹³³ Wahr ist das medizinische Vorgehen des Arztes den Standard nicht, haftet er auch dann unter dem Gesichtspunkt des Behandlungsfehlers, wenn er von seinem Patienten ausdrücklich zur Anwendung der angewandten Methode gedrängt worden ist.¹¹³⁴

557 Das Maß der zu fordernden berufsfachlichen Sorgfalt wird dadurch bestimmt, was nach dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Rede stehenden engen Verkehrskreises vom handelnden Arzt in seiner konkreten Situation zu fordern ist. Es gilt also das Prinzip der **Gruppenfahrlässigkeit**. Medizinischer Standard ist deshalb davon abhängig, welcher Kategorie der handelnde Mediziner zuzurechnen ist.

558 Voraussetzung zivilrechtlicher Arzthaftung für Behandlungsfehler ist ein Unterschreiten des zu fordernden Qualitätsstandards.¹¹³⁵ Da maßgebend der Standard guter ärztlicher Behandlung ist, sind die Sachverständigen nicht nach dem üblichen ärztlichen Handeln zu fragen. Nachlässigkeiten vermögen nicht zu entlasten, selbst wenn sie in der Praxis häufiger anzutreffen sind. Der Arzt muss diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereiches vorausgesetzt und erwartet werden.¹¹³⁶ Dabei ist jedoch die Wahl der richtigen Behandlungsmethode grundsätzlich allein Sache des Arztes¹¹³⁷ und es bleibt seinem ärztlichen Beurteilungsermessen überlassen, aufgrund der jeweiligen Gegebenheiten des konkreten Behandlungsfalles die entsprechende Therapie anzuwenden.¹¹³⁸ Damit sind der freien Wahl der Behandlungsmethode objektive Grenzen gesetzt.

Beispiel:¹¹³⁹

Auch die **Entscheidung des Arztes, ob er vaginal entbinden soll oder ob eine Schnittentbindung** (Sectio caesarea) durchgeführt werden muss, ist **abhängig von den konkreten Gegebenheiten** des Behandlungsfalles.

¹¹³⁰ OLG Hamm 3.2.1999 – 3 U 88/98, n. v.

¹¹³¹ OLG Frankfurt a. M. 22.7.1997 – 8 U 92/97, VersR 1998, 1378.

¹¹³² BGH 10.5.1983 – VI ZR 270/81, VersR 1983, 729; OLG Hamm 28.7.1993 – 3 U 257/92, VersR 1994, 1476; OLG Düsseldorf 27.4.1995 – 8 U 68/93, VersR 1996, 755.

¹¹³³ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier Rn. 16.

¹¹³⁴ OLG Karlsruhe 11.9.2002 – 7 U 102/01, MedR 2003, 104; OLG Karlsruhe 11.9.2002 – 7 U 102/01, VersR 2004, 244.

¹¹³⁵ Pauge/Offenloch Arzthaftungsrecht Rn. 154.

¹¹³⁶ BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 777 unter Hinweis auf *Deutsch* in FS Weißauer, S. 14.

¹¹³⁷ BGH 11.5.1982 – VI ZR 171/80, VersR 1982, 771.

¹¹³⁸ OLG Köln 4.12.1996 – 5 U 68/96, VersR 1998, 243 f.

¹¹³⁹ Vgl. für die Grenzen einer Indikation zur vaginalen Entbindung BGH 6.12.1988 – VI ZR 76/88, VersR 1989, 252 sowie OLG Hamm 16.11.1987 – 3 U 221/85, VersR 1989, 255 sowie für die Grenzen der Indikation zu einer Schnittentbindung OLG Hamm 30.1.1989 – 3 U 28/88, VersR 1990, 52 sowie OLG Stuttgart 19.5.1988 – 14 U 34/87, VersR 1989, 519.

Es gibt medizinische Sachbereiche, die von Ärzten mit unterschiedlicher Ausbildung abgedeckt werden. Das gilt vor allem für die Bereiche der Orthopädie und der Neurochirurgie. In diesem Zusammenhang ist stets darauf zu achten, dass mit der Beurteilung der Frage des Behandlungsfehlers immer ein Sachverständiger aus der Fachrichtung des Arztes beauftragt wird, dessen ärztliches Handeln zu überprüfen ist. Nur so kann eine auf der Ex-ante-Sicht des jeweiligen Fachgebiets basierende Begutachtung erfolgen, die sowohl den Facharztstandard und die Fachspezifität der behandelnden Ärzte zu berücksichtigen hat als auch die Versorgungsstufe. Von besonderer Bedeutung ist dies in Schnittstellenkostellationen wie beispielsweise auch beim fachübergreifenden Bereitschaftsdienst.¹¹⁴⁰

Der Standard eines Allgemeinmediziners kann in Teilbereichen geringer sein als derjenige eines Facharztes. Von einem Arzt, der naturheilkundlich ausgerichtet ist, kann erwartet werden, dass er medizinische Weichenstellungen berücksichtigt, die zum Standard seines Sachgebietes gehören. Von einem Heilpraktiker kann zB nicht das gleiche Maß an Wissen verlangt werden wie von einem Arzt.¹¹⁴¹ Auch ein Heilpraktiker muss aber die für ihn geltenden Voraussetzungen fachgemäßer Behandlung kennen und beachten.¹¹⁴² Ein Heilpraktiker ist also verpflichtet, sich eine ausreichende Sachkunde über die von ihm angewandten Behandlungsweisen einschließlich ihrer Risiken, vor allem die richtigen Techniken für deren gefahrlose Anwendung anzueignen. Er verstößt also in gleicher Weise wie ein Arzt gegen die gebotene Sorgfalt, wenn er eine Therapie wählt, mit deren Handhabung, Eigenarten und Risiken er sich zuvor nicht im erforderlichen Maß vertraut gemacht hat. Er darf über die ihm durch Einzelgesetze ausdrücklich verbotenen Behandlungsmaßnahmen hinaus Methoden, deren Indikationsstellung oder Risiken die medizinisch-wissenschaftliche Ausbildung und Erfahrung eines approbierten Arztes verlangen, nicht anwenden, solange er sich nicht ein entsprechendes Fachwissen und Fachkönnen angeeignet hat. Zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehört ferner, dass sich der Heilpraktiker – ähnlich dem ärztlichen Berufsanfänger¹¹⁴³ – im Einzelfall jeweils selbstkritisch daraufhin überprüft, ob seine Fähigkeiten und Kenntnisse ausreichen, um eine ausreichende Diagnose zu stellen und eine sachgerechte Heilbehandlung einzuleiten und bei etwaigen diagnostischen oder therapeutischen Eingriffen alle erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen beachten zu können. Sind diese Kenntnisse und Fähigkeiten nicht vorhanden, muss er den Eingriff unterlassen. Selbstverständlich ist der Heilpraktiker auch verpflichtet, sich über die Fortschritte der Heilkunde und auch über anderweitig gewonnene Erkenntnisse von Nutzen und Risiken der von ihm angewendeten Heilverfahren zu unterrichten. Wendet der Heilpraktiker invasive Behandlungsmethoden an, müssen an ihn hinsichtlich seines Wissens und Könnens dieselben Sorgfaltsanforderungen gestellt werden, wie an den Allgemeinmediziner, der solche Methoden gleichfalls anwendet.¹¹⁴⁴ Im Übrigen bestimmen sich Maß und Umfang der vom Heilpraktiker zu verlangenden Sorgfalt weitgehend nach der Verkehrserwartung.

Im Krankenhaus wird der medizinische Standard eines erfahrenen Arztes auf dem Fachgebiet geschuldet, auf dem sich der jeweilige Arzt betätigt, und zwar auch während der Nächte und an den Wochenenden.¹¹⁴⁵ Dabei kommt es nicht auf die förmliche Anerkennung des handelnden Arztes als Facharzt sondern darauf an, dass der Handelnde in Bezug auf die anstehende Behandlungsaufgabe Facharztstandard gewährleistet.¹¹⁴⁶ Wird das bestritten, muss die Behandlungsseite die Qualifikation darlegen und im Streitfall beweisen.

Das bedeutet für den Bereich der Chirurgie, dass eine Operation eines Assistenzarztes von einem stets anwesenden, eingriffsbereiten Facharzt überwacht werden muss, solange irgendwelche Zweifel am erforderlichen Ausbildungsstand des Assistenzarztes bestehen können.

¹¹⁴⁰ Vgl. ΑΓ Αθγοβθγγ 30.9.2004 3 Κλσ 400 Ξσ 109903/01, v. ω.

¹¹⁴¹ So auch *Tadayon* ZMGR 2005, 346 (348); aA *Taupitz* NJW 1991, 1505.

¹¹⁴² So schon RGSt 59, 355 ff.

¹¹⁴³ Vgl. dazu BGH 27.9.1983 – VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248 (258) = NJW 1984, 655.

¹¹⁴⁴ BGH 19.6.1990 – VI ZR 255/89, NJW 1991, 1535; OLG Bamberg 27.11.2000 – 4 U 106/99, VersR 2002, 323 = BeckRS 2000, 31162343.

¹¹⁴⁵ BGH 27.9.1983 – VI ZR 230/81, BGHZ 88, 254 = BeckRS 9998, 101782.

¹¹⁴⁶ BGH 11.10.1977 – VI ZR 110/75, VersR 1978, 82 = NJW 1978, 584.

nen.¹¹⁴⁷ Dabei darf ein unerfahrener Arzt nur unter Beobachtung eines beaufsichtigenden und assistierenden Arztes eingesetzt werden, der selbst Facharzt ist. Nur für diesen Fall der Aufsicht lässt die Rechtsprechung also im Unterschied zum eigenen Handeln einen ausreichenden Ausbildungsfortschritt während der Facharztausbildung genügen.¹¹⁴⁸ Die Beobachtung durch den Facharzt kann je nach Ausbildungsfortschritt des handelnden Chirurgen von ständiger Überwachung bis zur Rufbereitschaft im angrenzenden Raum variieren. Es ist nachvollziehbar und nicht behandlungsfehlerhaft, dass ein Assistenzarzt für die Operation längere Zeit braucht als ein erfahrener Operateur.¹¹⁴⁹ Hier wird man aber wegen der mit einer Operationsverlängerung durch die Anästhesie verbundenen Belastung Grenzen ziehen müssen, gerade weil der Patient über die Einbeziehung des Anfängers nicht informiert werden muss.

563 Im Bereich der Anästhesie muss hingegen der in der Ausbildung befindlichen Arzt überwachende Facharzt nicht in unmittelbarer Nähe eingriffsbereit sein.¹¹⁵⁰ Auch im geburtshilflich-gynäkologischen Bereich kann die Organisation einer Rufbereitschaft des Oberarztes ausreichen.¹¹⁵¹

564 In einem Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung kann nicht der gleiche Standard wie in einem Krankenhaus der Zentral- oder der Maximalversorgung gefordert werden.¹¹⁵² Es ist verständlich, dass nicht in jedem Krankenhaus der gleiche Standard wie in einer Spezial- oder Universitätsklinik geschuldet wird.¹¹⁵³ Dementsprechend kann in einem Belegkrankenhaus für die Entbindung einer Zwillingsschwangerschaft nicht stets ein personell so besetztes Entbindungsteam bereitstehen, wie es für ein Perinatalzentrum zu verlangen ist.¹¹⁵⁴ Das Haftungsrecht verlangt jedoch vom behandelnden Arzt, dass mäßige Behandlungsbedingungen nach Kräften durch höhere Anforderungen an die Organisation und Kooperation ebenso wie durch höhere Anforderungen an die Selbstkritik des Arztes bei Übernahme des Patienten und durch eher einsetzende Pflichten zur Abgabe des Falles an den Spezialisten kompensiert werden.¹¹⁵⁵ Das Haftungsrecht fordert vom Arzt nicht immer, den sichersten therapeutischen Weg zu gehen. Die Wahl der Alternative mit den höheren Risiken fordert jedoch vom Arzt eine Rechtfertigung. Diese kann sich aus Besonderheiten der in Rede stehenden Behandlung oder aus einer günstigeren Heilungsprognose ergeben.¹¹⁵⁶

565 Der Begriff des Kunstfehlers wird heute vermieden. Ein schuldhafter Behandlungsfehler ist zu bejahen, wenn ein Arzt der jeweiligen Kategorie bei Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen das vom Patienten beklagte Resultat aus seiner diagnostischen oder therapeutischen Maßnahme oder einem pflichtwidrigen Unterlassen in der konkreten Situation sicher hätte vermeiden können. Da im Arztrecht ein objektiver Sorgfaltsmaßstab gilt, der seine Berechtigung in den Grundsätzen des zivilrechtlichen Vertrauensschutzes findet,¹¹⁵⁷ erübrigt sich im Bereich der deliktischen Haftung die Darlegung des Verschuldens, solange der Fehler gerade im Abweichen vom medizinischen Standard besteht. Nach Feststellung der Pflichtwidrigkeit muss sich der auf vertraglicher Basis handelnde Arzt vom Vorwurf schuldhaften Verhaltens entlasten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Zu

¹¹⁴⁷ BGH 27.9.1983 – 1 VI ZR 230/81, VersR 1984, 60; BGH 10.3.1992 – VI ZR 64/91, VersR 1992, 745 = NJW 1992, 1560.

¹¹⁴⁸ So zu Recht *Frahm/Nixdorf/Walter* Rn. 92.

¹¹⁴⁹ OLG Hamm 30.11.2005 – 3 U 61/05, MedR 2006, 288 sowie BGH 3.2.1998 – VI ZR 356-96, NJW 1998, 2736.

¹¹⁵⁰ BGH 15.6.1993 – VI ZR 175/92, VersR 1993, 1231 = NJW 1993, 2989.

¹¹⁵¹ BGH 12.7.1994 – 3 VI ZR 299/93, VersR 1994, 1303 = NJW 1994, 3008.

¹¹⁵² Zu diesen Begriffen vgl. die Bundespflegesatzverordnung.

¹¹⁵³ BGH 8.3.1988 – VI ZR 201/87, VersR 1988, 495; BGH 30.5.1989 – VI ZR 200/88, VersR 1989, 851; BGH 14.12.1993 – VI ZR 67/93, VersR 1994, 480; ÖstOGH JBl. 2004, 311 ff.

¹¹⁵⁴ BGH 14.12.1993 – VI ZR 67/93, VersR 1994, 480.

¹¹⁵⁵ BGH 26.10.1993 – VI ZR 155/92, NJW 1994, 801; OLG Stuttgart 4.2.1993 – 14 U 51/92, VersR 1994, 106 = BeckRS 2011, 6407; OLG Oldenburg 14.1.1997 – 5 U 139/95, VersR 1997, 1405 = BeckRS 9998, 02871 sowie *Steffen* FS Karlmann Geiß, S. 487 (496).

¹¹⁵⁶ BGH 7.7.1987 – VI ZR 146/86, NJW 1987, 2927 sowie OLG Frankfurt a. M. 22.7.1997 – 8 U 92/97, VersR 1998, 1378 mit BGH 17.2.1998 – 8 U 92/97, VersR 1998, 1378.

¹¹⁵⁷ Vgl. *Deutsch* NJW 1993, 1506 (1508).

berücksichtigen ist, dass mit dem Grad der Gefährlichkeit einer Behandlung das Maß der erforderlichen Sorgfalt ebenso steigt¹¹⁵⁸ wie mit dem Grad oder der Größe der vom Patienten abzuwendenden Risiken.¹¹⁵⁹ Es wächst also mit der Größe der möglichen Gefahr das Maß der gebotenen Sorgfalt.¹¹⁶⁰

Beispiel:¹¹⁶¹

Besteht bei einer Patientin ein auffälliger klinischer Befund, nämlich eine gerötete, blutende Mamille der rechten Brust, sodass der **Verdacht einer tumorösen Erkrankung** besteht, ist es fehlerhaft, wenn die handelnde Frauenärztin eine Wiedervorstellung der Patientin zur Kontrolluntersuchung nur für den Fall vorsieht, dass es zu keiner Befundbesserung kommen wird; denn damit wird die Beurteilung des medizinischen Befundes in unzulässiger Weise der Patientin überlassen. In Fällen einer Brustkrebserkrankung bedarf es in jedem Fall einer Biopsie mit einer sich anschließenden Gewebeuntersuchung; die Durchführung einer Mammographie genügt nicht. Es ist als grobes Versäumnis anzusehen, wenn eine Frauenärztin ihre Patientin über den konkreten Verdacht einer Brustkrebserkrankung und die dringende Notwendigkeit einer entsprechenden diagnostischen Abklärung nicht aufklärt.

Ist ein Abweichen vom medizinischen Standard festzustellen, kann eingewendet werden, dass das Ergebnis auf eine **mangelnde Compliance** des Patienten zurückzuführen sei. Die Mitwirkungspflicht des Patienten wird heute üblicherweise unter dem Begriff „compliance“ zusammengefasst.¹¹⁶² Der neu eingeführte § 630c Abs. 1 BGB normiert ausdrücklich eine Mitwirkungsobliegenheit (Compliance) des Patienten. Es wird ein Zusammenwirken zwischen Behandelndem und Patienten zur Durchführung der Behandlung gefordert.¹¹⁶³ Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Begründung und Fortentwicklung des Vertrauensverhältnisses zwischen beiden Parteien.¹¹⁶⁴ Verstößt ein Patient gegen diese ihm obliegende Mitwirkungspflicht, wird ihm dies ggf. zu seinen Lasten als Mitverschulden gem. § 254 BGB zugerechnet werden.¹¹⁶⁵ Einen Schadensersatzanspruch löst die Verletzung dieser Obliegenheit nicht aus.¹¹⁶⁶ Grundsätzlich wird man eine hinreichende Bereitschaft des Patienten, die Behandlung zu unterstützen, unterstellen müssen, sodass die Behandlerseite für eine mangelnde Compliance nicht nur darlegungs- sondern auch beweispflichtig ist. In der Regel hat der Patient sowohl den Behandlungsfehler als auch den Ursachenzusammenhang zwischen diesem Behandlungsfehler und dem aufgetretenen Schaden zu beweisen. Steht der Behandlungsfehler fest, muss der Arzt beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das ergibt sich aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Ein **Haftungsausschluss** des Arztes kommt bei bei Eigenverschulden des Patienten durch Verweigerung der adäquaten Behandlungsmethode in Betracht.¹¹⁶⁷ Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der weitere Schaden durch ein so völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Dritten ausgelöst worden ist, dass bei wertender Betrachtung zwischen den beiden Schadensbeiträgen nur noch ein äußerlicher, gleichsam zufälliger Zusammenhang besteht und dem Erstschädiger ein Einstehenmüssen auch für diese Folgen deshalb billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann, da in diesem Fällen der Patient wie ein Zweitschädiger in den weiteren Geschehensablauf dadurch eingreift, dass er die alsbaldige Fehlerkorrektur und die medizinisch gebotene Weiterbehandlung verweigert.¹¹⁶⁸ Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Zurechnungszusammenhang dann fehlen, wenn der Geschädigte selbst aufgrund eines eigenen Willensentschlusses in einer ungewöhnlichen oder

¹¹⁵⁸ BGH 18.3.1974 – III ZR 48/73, NJW 1974, 1425.

¹¹⁵⁹ BGH 18.3.1974 – III ZR 48/73, NJW 1974, 1425.

¹¹⁶⁰ BGH 21.4.1977 – III ZR 200/74, NJW 1977, 1965; *Terbille* r+s 2000, 45 ff.

¹¹⁶¹ OLG Düsseldorf 6.3.2003 – 8 U 22/02, VersR 2003, 1310 = NJW-RR 2003, 1333.

¹¹⁶² *Gerecke* MedR 2010, 689.

¹¹⁶³ *Reuter/Hahn* VuR 2012, 247 noch zum Referentenentwurf des PatRG.

¹¹⁶⁴ BT-Drs 17/10488, 21.

¹¹⁶⁵ BT-Drs 17/10488, 21. So auch schon *Gerecke* MedR 2010, 689. Dort heißt es: „Deshalb muss die Frage der fehlenden Mitwirkung des Patienten am Heilungsverlauf grundsätzlich unabhängig von Kausalitäts- und Beweislastfragen im Rahmen einer möglichen Anspruchsminderung unter § 254 BGB behandelt werden.“

¹¹⁶⁶ *Spickhoff* VersR 2013, 270.

¹¹⁶⁷ OLG Koblenz 27.8.2012 – 5 U 1510/11, BeckRS 2012, 18696.

¹¹⁶⁸ Vgl. mit Parallele zur Anwaltshaftung OLG Koblenz 27.8.2012 – 5 U 1510/11, BeckRS 2012, 18696.

unsachgemäßen Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt.¹¹⁶⁹

- 568 Ein Behandlungsfehler kann zu verneinen sein, wenn der Patient die medizinisch gebotenen Maßnahmen abgelehnt hat. Eine solche Würdigung setzt voraus, dass der Patient über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Maßnahme vollständig und widerspruchsfrei informiert worden ist und er die Information auch verstanden hat. Machen der Chefarzt einerseits und der Assistenzarzt andererseits dem Patienten gegenüber widersprechende Angaben über die medizinisch gebotenen Maßnahmen (hier: konservative oder operative Behandlung eines Schien- und Wadenbeinbruchs), so kann ein in der Wahl der vom Chefarzt vorgeschlagene Behandlungsweise liegender Behandlungsfehler nicht unter Hinweis darauf verneint werden, der Patient habe die vom Assistenzarzt zutreffend angeratene Maßnahme abgelehnt.¹¹⁷⁰
- 569 Eine Weigerung eines Patienten, dringend indizierte Diagnosemaßnahmen durchführen zu lassen, ist in den Behandlungsunterlagen zu vermerken.¹¹⁷¹ Ist ein solcher Vermerk nicht vorgenommen worden, so rechtfertigt das grundsätzlich bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung, dass eine solche Weigerung des Patienten nicht erfolgt ist.¹¹⁷²
- 570 Der Off-Label-Use eines Medikamentes stellt nicht automatisch einen Behandlungsfehler dar.

- 571 c) **Leitlinien.** Für den Sachverständigen kommt es darauf an, sich an dem Standard zu orientieren, der zum Behandlungszeitpunkt gültig war, wobei regelhaft in einem Prozess ein um Jahre zurückliegender Zeitpunkt maßgebend ist.

Leitlinien¹¹⁷³ sind systematisch entwickelte, wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei typischen gesundheitlichen Problemen.¹¹⁷⁴ Zu Recht heißt es in einem Urteil des OLG Hamm:¹¹⁷⁵

„Vielmehr beurteilt sich die zu beachtende Sorgfalt nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung. Die Richtlinien – und für die Leitlinien gilt nichts anderes – können diesen Erkenntnisstand nur deklaratorisch wiedergeben, nicht aber konstitutiv begründen. Der Arzt muss, um den erforderlichen Erkenntnisstand zu erlangen, die einschlägigen Fachzeitschriften des entsprechenden Fachgebietes, in dem er tätig wird, regelmäßig lesen, BGH NJW 1991, 1535.“

- 572 Ob der Gesetzgeber, der sich in der Begründung zu § 630a BGB auf diese Entscheidung beruft, nun eine wesentlich stärkere Verbindlichkeit der Leitlinien annimmt, ist zweifelhaft. In der Begründung heißt es:

„Für Ärzte ist im Regelfall auf den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung abzustellen, der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat. Maßgeblich sind insoweit regelmäßig Leitlinien, die von wissenschaftlichen Fachgesellschaften vorgegeben werden. Dies entspricht der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH VersR 2010, 214 f.; vgl. OLG Hamm NJW 2000, 1801 ff.,“).

- 573 Der eigentliche Begriff der „**Richtlinie**“ bezieht sich bei korrekter Anwendung auf Regelungen des Handelns oder Unterlassens, die von einer rechtlich legitimierten Institution konsentiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht wurden, sofern sie für den Rechtsraum dieser Institution als verbindlich gelten und ihre Nichtbeachtung Sanktionen nach sich zieht.¹¹⁷⁶

¹¹⁶⁹ Vgl. BGH 28.1.2010 – III ZR 75/09, BeckRS 2010, 3998.

¹¹⁷⁰ BGH 15.5.2018 – VI ZR 287/17, NJW 2018, 3316.

¹¹⁷¹ OLG Bamberg 4.7.2005 – 4 U 126/03, VersR 2005, 1292 = NJW-RR 2005, 1266.

¹¹⁷² BGH 14.2.1995 – VI ZR 272/93, NJW 1995, 1611; OLG Düsseldorf 6.3.2003 – 8 U 22/02, VersR 2003, 1310 = NJW-RR 2003, 1333.

¹¹⁷³ Vgl. zu Leitlinien eingehend *Hart* MedR 1998, 8 ff.; *Hart/Hart*, *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2005, S. 29 ff.

¹¹⁷⁴ So zu Recht *Dressler* in FS Karlmann Geiß, S. 379.

¹¹⁷⁵ OLG Hamm 27.1.1999 – 3 U 26/98, NJW 2000, 1801 f.

¹¹⁷⁶ In vielen Empfehlungen und Verfahrensweisungen findet sich der Begriff, beinhaltet dort aber nicht die eigentlich vorauszusetzende Verbindlichkeit und Bindungswirkung. Vgl. Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung DÄBl. 1997, A-2145 ff.