tene Schaden seinem Handeln haftungsrechtlich-wertend allein zugeordnet werden muß."[42]

Der *BGH*[43] hob in diesem Zusammenhang den Grundsatz der Risikoabhängigkeit hervor: Habe sich im Zweiteingriff nicht mehr das Schadensrisiko des Ersteingriffs verwirklicht, sei dieses Risiko vielmehr schon gänzlich abgeklungen gewesen und bestehe deshalb zwischen beiden Eingriffen bei wertender Betrachtung nur ein äußerlich-zufälliger Zusammenhang, dann brauche der Erstschädiger dem Geschädigten nicht für die Folgen des Zweiteingriffs einzustehen. **18**

Ein Behandlungsfehler begründet keine Ersatzpflicht, wenn die Rechtsgutsverletzung aufgrund einer Anlage (Vorschädigung) auch ohne diesen eingetreten wäre. Die Rechtsprechung schenkt der **hypothetischen Kausalität** oder Reserveursache zu Recht Beachtung:[44] Für eine Kurznarkose ließ der beklagte Urologe durch eine Krankenschwester der Patientin eine intravenös vorzunehmende Injektion verabreichen. Dabei wählte die Schwester nicht eine Vene in der Ellenbogenbeuge, sondern eine solche an der Radialseite des linken Handgelenks. Versehentlich traf die Injektion indessen die Radialschlagader. Auf eine Schmerzkundgabe der Klägerin kurz nach Beginn der Injektion wurde diese bei liegender Nadel unterbrochen, jedoch, weil sich keine Veränderung der Einstichstelle bemerken ließ, auf Anweisung des Arztes zu Ende geführt. Die fehlerhafte Injektion führte zur Amputation zweier Finger der Patientin. **19**

Nach Lage des Falles ließ sich eine Verantwortlichkeit des beklagten Urologen nur für den zweiten, nicht aber für den ersten Teil der Injektion feststellen. Es war „von zwei möglichen Ursachen auszugehen, die jede schon für sich den allein wesentlichen Schaden, nämlich das spätere Absterben des Gewebes und die dadurch notwendig gewordene Amputation, verursacht haben können". Der Beklagte konnte sich mit dem Einwand verteidigen, der Schaden wäre auch ohne den von ihm zu verantwortenden zweiten Teil der Injektion schon infolge des ersten eingetreten. Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass lediglich die Möglichkeit bestand, dass die Injektion durch die Schwester den Schaden herbeiführte. Der Arzt hätte insofern allerdings beweisen müssen,[45] dass die von ihm nicht zu vertretende erste Teildosis auch allein den Schaden herbeigeführt hätte. Weil er diesen Nachweis nicht führen konnte, drang er mit dem Verweis auf die hypothetische Kausalität nicht durch. **20**

Die **Unterbrechung des Haftungs- oder Kausalzusammenhangs** hat die Gerichte wiederholt beschäftigt.[46] Die Einstandspflicht des Arztes für einen Fehler umfasst regelmäßig auch die Schadensfolgen, die dadurch entstehen, dass die unzulängliche Behandlung **21**

---

[42] *BGH,* Urt. v. 20. 9. 1988 – VI ZR 37/88, NJW 1989, 767, 768; vgl. dazu auch *BGH,* Urt. v. 6. 5. 2003 – VI ZR 259/02, NJW 2003, 2313 f.; *BGH,* Urt. v. 28. 1. 1986 – VI ZR 83/85, NJW 1986, 2367; *OLG Koblenz,* Urt. v. 24. 4. 2008 – 5 U 1236/07, MedR 2009, 231; *OLG Oldenburg,* Urt. v. 27. 5. 1997 – 5 U 187/96, VersR 1998, 1110; s. aber auch *OLG Hamm,* Urt. v. 5. 11. 1990 – 3 U 179/87, VersR 1992, 610 und *OLG Köln,* Urt. v. 28. 4. 1993 – 27 U 144/92, VersR 1994, 987; *OLG Saarbrücken,* Urt. v. 21. 7. 1999 – 1 U 9261/98 – 168, VersR 2000, 1241.

[43] *BGH,* Urt. v. 20. 9. 1988 – VI ZR 37/88, NJW 1989, 767 m. zust. Anm. *Deutsch,* wonach eine Unterbrechung des Haftungszusammenhangs nicht allein im Falle vorsätzlichen Dazwischentretens in Betracht komme; vgl. auch *BGH,* Urt. v. 2. 10. 1990 – VI ZR 353/89, NJW 1991, 748 = JZ 1991, 782 m. zust. Anm. *Giesen/Kloth;* so auch aktuell: *BGH,* Urt. v. 22. 5. 2012 – VI ZR 157/11, NJW 2012, 2024 = ArztR 2012, 200.

[44] *BGH,* Urt. v. 7. 10. 1980 – VI ZR 176/79, NJW 1981, 628, unter Berufung auf *v. Caemmerer,* Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht.

[45] Ausdrücklich für die Beweislast der Behandlerseite: *BGH,* Urt. v. 5. 4. 2005 – VI ZR 216/03, NJW 2005, 2073.

[46] *OLG München,* Urt. v. 21. 4. 2011 – 1 U 2363/10, BeckRS 2011, 12191; *OLG Celle* Urt. v. 29. 7. 1985 – 1 U 7/85, VersR 1987, 941; *OLG Braunschweig,* Urt. v. 17. 4. 1985 – 3 U 39/84, VersR 1987, 76; *OLG Frankfurt,* Urt. v. 15. 3. 1994 – 8 U 158/93, VersR 1995, 785; *OLG München,* Urt. v. 27. 10. 1994 – 24 U 364/89; VersR 1996, 63; Urt. v. 23. 1. 1997 – 24 U 804/93, VersR 1997, 577; *OLG Saarbrücken,* Urt. v. 3. 11. 1999 – 1 U 419/97, MedR 2000, 326.

die Inanspruchnahme eines anderen Arztes veranlasste und dieser seinerseits nicht fachgerecht verfuhr.

E. Haftung für psychische Verläufe/ besondere Anfälligkeit des Patienten

22 Generell kommt es nicht darauf an, ob ein Behandlungsfehler die ausschließliche oder alleinige Ursache einer Gesundheitsbeeinträchtigung darstellt. Eine **Mitursächlichkeit,** sei es auch nur als Auslöser neben erheblichen anderen Umständen, steht der Alleinursächlichkeit in vollem Umfang gleich.[47] Die Ursächlichkeit eines Behandlungsfehlers für Gesundheitsschäden entfällt auch nicht deshalb, weil dabei die schlechte Konstitution des Patienten mitwirkte. Der Schädiger hat den Geschädigten grundsätzlich so zu nehmen, wie er nun einmal ist. Deshalb genügt es haftungsrechtlich, wenn eine Außendrehfehlstellung des Beines in Zusammenwirken mit einem operativen Behandlungsfehler das Fortschreiten einer Arthrose und die Verzögerung einer Krankengymnastik verursacht hat.[48]

23 Grundsätzlich umfasst die Haftpflicht auch **psychische Verläufe.**[49] So vermag der Arztfehler ein seelisches Trauma zu verursachen, aus dem weitere Unbill etwa im Beruf und beim Erwerb folgen kann. Eine Zurechnung kommt grundsätzlich nur dann nicht in Betracht, wenn das Schadensereignis im Verhältnis zur erlittenen Primärverletzung ganz geringfügig ist (Bagatelle) und nicht gerade speziell auf die Schadensanlage des Verletzten trifft.[50] Ist der psychisch vermittelte Gesundheitsschaden haftungsbegründender Natur, so ist eine Zurechnung nur dann möglich, wenn der Erfolg vorhersehbar war.[51]

24 Verarbeitet der Patient das ihm ärztlich zugefügte Missgeschick auf falsche Weise oder verfällt er einer **Begehrensneurose (Rentenneurose),** so fragt es sich, ob der Beklagte auch für die daraus entspringenden weiteren Nachteile einzustehen hat. Es kommt darauf an, „ob der Kläger ohne die Operation und deren Folgen aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur in seiner privaten und beruflichen Sphäre aus womöglich objektiv geringfügigem Anlass in ähnlicher Weise – alsbald oder später – gescheitert wäre, ferner inwieweit unbewusste Begehrensvorstellungen des Klägers zu einer unangemessenen Verarbeitung der erlittenen körperlichen Beeinträchtigung mit der Folge einer Minderung seiner Erwerbsfähigkeit geführt haben", die dann keine Einstandspflicht begründete.[52] Zwar beruhen grundsätzlich auch die psychischen Probleme einer Begehrensneurose äuqivalent kausal auf dem schädigenden Ereignis, doch ist unter Berücksichtigung weiterer allgemeiner Zurechnungskriterien (insbesondere dem Schutzzweck der Norm) eine Haftung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Beschwerden entscheidend durch die neurotische Begehrenshaltung geprägt sind.[53] Solche den Arzt ausnahmsweise nicht belastenden psychischen Verläufe

---

[47] *BGH,* Urt. v. 26. 1. 1999 – VI ZR 374/97, VersR 1999, 862; *BGH,* Urt. v. 27. 6. 2000 – VI ZR 201/99, NJW 2000, 3423, 3424; *BGH,* Urt. v. 5. 4. 2005 – VI ZR 216/03, NJW 2005, 2072, 2073; *BGH,* Urt. v. 19. 4. 2005 – VI ZR 175/04, NZV 2005, 462.

[48] *BGH,* Urt. v. 27. 6. 2000 – VI ZR 201/99, NJW 2000, 3423.

[49] Vgl. *BGH,* Urt. v. 11. 11. 1997 – VI ZR 376/96, NJW 1998, 810; *BGH,* Urt. v. 16. 11. 1999 – VI ZR 257/98, NJW 2000, 862, 863; *OLG Koblenz,* Urt. v. 2. 8. 2004 – 12 U 924/03, NJW-RR 2004, 1318, 1322.

[50] *BGH,* Urt. v. 30. 4. 1996 – VI ZR 55/95, NJW 1996, 2425; so auch *BGH,* Urt. v. 11. 11. 1997 – VI ZR 376/96, NJW 1998, 810 ff. = LM § 249 (A) BGB Nr. 114 m. Anm. *Grunsky; BGH,* Urt. v. 16. 11. 1999 – VI ZR 257/98, NJW 2000, 862. Die Rspr. unterscheidet unfallbedingte Wesensveränderungen (VersR 1960, 225), Depressionen (VersR 1966, 931), Aktual- oder Unfallneurosen sowie Konversionsneurosen (NJW 1986, 777).

[51] *Stöhr,* NZV 2009, 161, 162 m. w. N.

[52] *BGH,* Urt. v. 21. 9. 1982 – VI ZR 130/81, NJW 1983, 340 = VersR 1982, 1141.

[53] *BGH,* Urt. v. 10. 7. 2012 – VI ZR 127/11, BeckRS 2012, 16258.

lassen sich nur mit größter Vorsicht feststellen. Die Beweislast dafür trägt der Haftpflichtschuldner.

F. Kausalität und Mitverschulden

Die Schwere der ärztlichen Herausforderung, etwa die Kompliziertheit der Verletzungen eines Unfallopfers,[54] mäßigt die Anforderung an den Arzt nicht. Der Arzt hat **in jeder Lage die jeweils gebotene Sorgfalt** zu üben sowie den Standard seines Faches wie seines Hauses zu wahren. Es entlastet den Arzt auch nicht, wenn ein Dritter oder der Patient selbst die Notwendigkeit medizinischer Fürsorge verursachte, denn ein **Mitverschulden** führt nicht zur Durchbrechung des Zurechnungszusammenhangs. So bleibt dem Krankenhausträger z. B. der Mitverschuldenseinwand nach dem Selbstmordversuch eines psychiatrischen Patienten versagt.[55] **25**

Ebenso wird der Zurechnungszusammenhang auch nicht durch einen der Therapie nachfolgenden Willensabschluss des Verletzten unterbrochen, wenn dieser „nicht frei getroffen, sondern durch das Verhalten des Schädigers herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt" wurde.[56] **25a**

G. Beweismaß/Beweislast

Wie bereits kurz dargestellt, bedarf die **haftungsbegründende** Kausalität des Behandlungsfehlers für den Primärschaden eines Nachweises i. S. d. § 286 ZPO. Demnach ist ein „für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewißheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen" erforderlich.[57] Für die **haftungsausfüllende** Kausalität für Folge- oder Sekundärschäden genügt dagegen ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO).[58] **26**

Daneben ist die Beweislast von zentraler Bedeutung. Grundsätzlich trifft den Patienten die Beweislast für die Kausalität als anspruchsbegründende Voraussetzung. Das gilt sowohl für den Behandlugsfehler als auch für die Verletzung der Aufklärungspflicht.[59] Gleichwohl ergeben sich im Arzthaftungsrecht zahlreiche Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten. **27**

I. Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler

1. Überblick

Ein **grober Behandlungsfehler** liegt bei einem solchen Fehlverhalten vor, das nicht aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, sondern aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil ein solcher **28**

---

[54] *BGH,* Urt. v. 8. 3. 1988 – VI ZR 201/87, NJW 1988, 1511 = MedR 1988, 253.

[55] *BGH,* Urt. v. 8. 10. 1985 – VI ZR 114/84, NJW 1986, 775; *OLG Köln,* Urt. v. 26. 11. 1997 – 5 U 90/97, VersR 1999, 624.

[56] *OLG Braunschweig,* Urt. v. 26. 6. 2007 – 1 U 11/07, MedR 2008, 372, 373.

[57] *BGH,* Urt. v. 9. 5. 1989 – VI ZR 268/88, NJW 1989, 2948 = VersR 1989, 758.

[58] Vgl. *OLG München,* Urt. v. 9. 2. 2012 – 1 U 158/11.

[59] Vgl. dazu *Kern,* GesR 2009, 1 ff.

Fehler dem behandelnden Arzt „schlechterdings nicht unterlaufen darf".[60] Ist dem Arzt ein grober Behandlungsfehler unterlaufen, greift zugunsten des Patienten eine **Beweislastumkehr** für den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden.[61] Damit meint der *BGH* eine Umkehr der Feststellungslast. Die Folge ist, dass der Arzt und nicht der Patient den Hauptbeweis führen muss, also das Gericht davon zu überzeugen hat, dass der grobe Behandlungsfehler den Schaden nicht verursachte. Zu dieser Klarstellung sah sich der *BGH* im Jahre 2004 gezwungen, nachdem die seit den sechziger Jahren gebräuchliche Formulierung, dass es „Beweiserleichterungen bis hin zu einer Umkehr der Beweislast" gäbe, wegen der damit verbundenen Vermengung von Beweiswürdigung und Beweislast, zum Teil missverstanden worden war.[62]

29 Die Klarstellung des *BGH* ist zu begrüßen. Die frühere Formulierung wurde dem Gebot der Rechtssicherheit, nach dessen prozessualer Ausprägung die Beweislastverteilung vor Prozessbeginn feststehen muss, nicht gerecht.[63]

30 Gelingt dem Arzt jedoch der Nachweis, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler (hier: -verzögerung) und dem Schadenseintritt nicht besteht, findet eine Beweislastumkehr nicht statt.[64] Die Beweislastumkehr soll zudem ausscheiden, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden äußerst unwahrscheinlich ist.[65]

31 Da die Beweislastumkehr das materielle Recht modifiziert, bedarf die **richterliche Rechtsfortbildung** gewichtiger Gründe. Diese haben noch nicht allgemein zu überzeugen vermocht.[66] „Die Grundlagen … sind unklar und verlieren sich wahrscheinlich im **Billigkeitsrecht.** Die deutsche Rechtsprechung löst auf diese Weise nach dem Alles- oder Nichts-Prinzip das Problem der unklaren Verläufe, welches die französische Rechtsprechung unter dem Aspekt des Verlustes einer Chance teilweise ausgleicht."[67] Als echte Alternative erscheint aber nur die Möglichkeit, das Problem auf die Ebene der Beweiswürdigung zu verlagern. Allerdings lässt sich die dort eher zu erreichende Einzelfallgerechtigkeit nur auf Kosten der Rechtssicherheit erkaufen. Dagegen hat sich der *BGH* auch mit dem Argument entschieden, dass Einzelfallgerechtigkeit bis zu einem gewissen Grad noch dadurch erreicht werden kann, dass dem Tatrichter die Wertung des Behandlungsgeschehens als grob fehlerhaft vorbehalten ist.[68] Der wesentlichen weiteren Kritik des Schrifttums,

---

[60] Vgl. *BGH,* Urt. v. 25. 10. 2011 – VI ZR 139/10, NJW 2012, 227; *BGH,* Urt. v. 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2822.

[61] *BGH,* Urt. v. 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011 = MedR 2004, 561 = VersR 2004, 909; *OLG Brandenburg,* Urt. v. 31. 3. 2011 – 12 U 44/10, BeckRS 2011, 07488; *Laumen,* NJW 2002, 3739, 3744; *BGH,* Urt. v. 8. 1. 2008 – VI ZR 118/06, MedR 2009, 228.

[62] Vgl. dazu *Steffen,* Problemstellung zu *BGH,* Urt. v. 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03 (NJW 2004, 2011 = MedR 2004, 561), MedR 2004, 561; *Leipold,* in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, § 286 Rn. 207; *Kern,* in: Lindenmaier-Möhring, 2005, 6 f.

[63] So auch *Laumen,* NJW 2002, 3739, 3744; *Zöller/Greger,* Vor. § 284 Rn 22; vgl. auch *Krämer,* in: FS für Hirsch, 387, 388; *Sträter,* 57 f.

[64] *OLG Köln,* Urt. v. 18. 2. 2009 – 5 U 101/07.

[65] *OLG Köln,* Urt. v. 20. 7. 2011 – 5 U 206/07, VersR 2012, 109 = RDG 2012, 81.

[66] Vgl. die Analyse und Kritik an der Judikatur von *Katzenmeier,* Arzthaftung, § 8 II.3., S. 439 ff., mit weiterführenden Überlegungen zur Legitimierung der Beweislastsonderregel; s auch *H. Weber,* Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, S. 232 ff., 253 f.; *Musielak,* Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 145 ff. (Sonderfall des Anscheinsbeweises der Kausalität, bei dem die sonst an die Wahrscheinlichkeit gestellten Anforderungen vermindert werden); *Hausch,* VersR 2005, 600, 603 f.; *Schmidt,* MedR 2007, 693, 700 f.; *Spickhoff,* NJW 2004, 2345, 2347.

[67] *Deutsch/Matthies,* Arzthaftungsrecht, S. 61 f. Zum Gedanken einer anteiligen Wahrscheinlichkeitshaftung des Arztes vgl. *Kasche,* Verlust von Heilungschancen; *Fleischer,* JZ 1999, 766, 771 ff.; *Katzenmeier,* Arzthaftung, § 8 IV.3.c, S. 454 ff.; *Spickhoff,* NJW 2004, 2345, 2346.

[68] *BGH,* Urt. v. 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, MedR 2004, 561, 563 = NJW 2004, 2011, 2013. Kritisch dazu *Sträter,* Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung, 59 f.

dass die Beweislastumkehr dogmatisch nicht zu rechtfertigen sei,[69] wird so freilich nichts entgegengesetzt. Allerdings hat die Literatur bisher auch keinen praxistauglichen tragfähigen Ansatz entwickelt.[70]

32 Zur Begründung seiner Rechtsprechung hat der *BGH* bereits 1967 festgestellt, dass ein Arzt, der durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst eine Lage geschaffen habe, die nicht erkennen lasse, wie der Verlauf bei ordnungsgemäßer Hilfe gewesen wäre, „näher daran" sei, das **Beweisrisiko** zu tragen, als der Patient, der kaum etwas zur Klärung des Sachverhalts beitragen könne. Es handelt sich nach der höchstrichterlichen Judikatur nicht um eine Sanktion für ärztliches Verschulden. Die Beweislastumkehr „knüpft vielmehr daran an, daß die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist, so daß der Arzt nach **Treu und Glauben** dem Patienten den vollen Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann".[71] Das gilt aber nur in Fällen in denen die Versorgung im Rahmen des Behandlungsverhältnisses durch den Arzt bewusst und gewollt übernommen wurde.[72] Zum Teil klingt in der Rechtsprechung an, dass zur Rechtfertigung der Beweislastumkehr auf eine Vergleichbarkeit mit den Grundsätzen der Beweisvereitelung abgestellt wird. So wird diese im Bereich der groben Befunderhebungsfehler damit begründet, dass die beweisrechtliche Situation bereits durch die Nichterhebung der Befunde beeinträchtigt werde.[73]

33 Mit der Frage, ob sich auch **Nebentäter** auf die Beweislastumkehr berufen können, musste sich der *BGH* noch nicht auseinandersetzen. Soweit ersichtlich, musste bisher nur das *OLG Köln*[74] zu dieser Frage Stellung nehmen, welches ebenso wie die zu diesem Thema spärliche Literatur,[75] die personelle Reichweite der Beweislastumkehr auf das Behandlungsverhältnis beschränkt hat. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht die oben dargestellte Rechtfertigung der Beweislastverteilung, welche ihre Grundlage in dem Behandlungsgeschehen selbst hat. Hinzu kommt, dass andernfalls die Ärzte in Regressprozessen schlechter gestellt wären als andere Schädiger, die sich auf die herkömmliche Beweislastverteilung berufen könnten.[76]

34 Das neue **Patientenrechtegesetz**[77] nimmt die Rechtsprechung zur Beweislastverteilung bei groben Behandlungsfehlern in § 630h Abs. 5 BGB auf. Beim Vorliegen eines groben

---

[69] Übersicht über die verschiedenen dogmatischen Ansätze bei *Sträter,* Grober Behandlungsehler und Kausalitätsvermutung, 60ff.; *Sundmacher,* Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 32ff.; *Katzenmeier,* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, XI. 2. Abschn. B.III.4 Rn. 81f., S. 397f.

[70] *Schmidt,* MedR 2007, 693, 700f. plädiert für eine Herausnahme der Gesundheitsbeeinträchtigung aus dem Tatbestand; *Heidelk,* Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, S. 159, schlägt vor, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Bereich der nichterfolgsbezogenen Arzthaftung so auszulegen, dass nach Feststellung einer generellen Eignung des Behandlungsfehlers zur Herbeiführung des Gesundheitsschadens der Arzt zu beweisen hat, dass auch eine korrekte Behandlung zu keinem besseren Ergebnis geführt hätte. *Steiner,* VersR 2009, 473, 474, empfiehlt eine „Proportionalhaftung".

[71] *BGH,* Urt. v. 11. 4. 1967 – VI ZR 61/66, NJW 1967, 1508; *BGH,* Urt. v. 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2822; kritisch *Heidelk,* Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, S. 145.

[72] *OLG Düsseldorf,* Urt. v. 13. 12. 2007 – 8 U 27/07, NJW-RR 2008, 1474 zur Nichtanwendbarkeit der Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler eines zufälligen ärztlichen Nothelfers (Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde *BGH,* Beschl. v. 1. 7. 2008 – VI ZR 4/08, Beck RS 2008, 13309).

[73] *OLG Koblenz,* Urt. v. 30. 11. 2006 – 5 U 209/06, VersR 2007, 1565 = MedR 2007, 439; *BGH,* Urt. v. 23. 3. 2004 – VI ZR 428/02, NJW 2004, 1871, 1872 = MedR 2004, 559, 561.

[74] *OLG Köln,* Urt. v. 14. 7. 1988 – 27 W 16/88, VersR 1989, 294.

[75] *Hausch,* VersR 2005, 600f.; *Schramm,* Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 268ff.

[76] Vgl. *Hausch,* VersR 2005, 600, 605f.

[77] Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20. 2. 2013 (BGBl. I S. 277); Überblick dazu: *Reuter/Hahn,* VuR 2012, 247ff.; *Katzenmeier,* SGb 2012, 125ff.

Behandlungsfehlers und dessen grundsätzlicher Geeignetheit einen Schaden der eingetretenen Art zu verursachen, wird nach Satz 1 die Kausalität der fehlerhaften Behandlung, also der Pflichtverletzung, für den Schaden vermutet. Dabei gilt § 630h BGB nur für die Beweislast im Rahmen vertraglicher Schadensersatzansprüche. Das Deliktsrecht bleibt ausweislich der Entwurfsbegründung unberührt.[78] Eine von Teilen geforderte allgemeine Beweislastumkehr auch bei einfachen Behandlungsfehlern[79] hat keinen Eingang in den Entwurf gefunden.[80]

2. Beweiserleichterungen bei Verletzung von Kontrollpflichten

35 Schließlich stellt sich die Frage, ob Beweiserleichterungen zum Vorteil des Patienten generell auch dann gelten sollen, wenn der Arzt Pflichten verletzte, die gerade unkontrollierte Geschehensabläufe vermeiden sollen oder die eben darum bestehen, weil Schadensfolgen noch nicht voll durchschaut erscheinen wie bei **Heilversuchen.**[81] Erschwert die Verletzung solcher gewichtiger Kontrollpflichten die nachträgliche Erhellung und die Rekonstruktion des Geschehens, so werden auf dem Boden der bisherigen rechtsfortbildenden richterlichen Spruchpraxis wohl auch hier Beweiserleichterungen Platz greifen.

3. Geeignetheit des schweren Fehlers zur Herbeiführung des Schadens

36 Der VI. Zivilsenat des *BGH* hob wiederholt hervor, „daß die infrage stehende Beweiserleichterung auf anderer Grundlage beruht als etwa diejenige des Anscheinsbeweises; jedenfalls in diesem Sinn muß der **Ursachenzusammenhang** zwischen grobem Behandlungsfehler und dem Schaden **nicht naheliegend** oder gar typisch sein, um Beweiserleichterungen zu rechtfertigen".[82]

4. Der schwere Behandlungsfehler als juristisches Urteil

37 Bei der Feststellung eines groben oder (besser) schweren Behandlungsfehlers handelt es sich um ein **juristisches Urteil.**[83] Der regelmäßig unentbehrliche medizinische Sachverständige darf eine solche Qualifizierung nicht treffen.[84] „Es geht bei der Frage, ob ein Behandlungsfehler als ‚grob' anzusehen ist, um eine juristische Wertung, die nicht der Sachverständige, sondern das Gericht aufgrund der ihm unterbreiteten Fakten (im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Behandlungsgeschehens) zu treffen hat."[85] Eine Bindung an die Ausführungen des Sachverständigen besteht aber insoweit, als sich aus diesen ein schlechterdings unverständliches Verhalten des Arztes ergeben muss.[86] Obwohl also „die Beurteilung eines Behandlungsgeschehens als grob fehlerhaft eine juristische ist, (…) muss diese doch in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können."[87] Insbesondere die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte überträgt die Klärung der Frage aber ausdrücklich dem Gutachter, der wohl überhaupt tatsächlich in der Mehrzahl der Fälle die Entscheidung trifft.

---

[78] Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 15. 8. 2012, BT-Drs. 17/10488.
[79] Vgl. *Krüger-Brand/Rieser,* DÄBl. 2012; 109(4): A-128/B-120/C-120.
[80] Vgl. *Reuter/Hahn,* VuR 2012, 247, 258.
[81] In diesem Sinne *Steffen/Pauge,* Arzthaftungsrecht, Rn. 678–680.
[82] *BGH,* Urt. v. 21. 9. 1982 – VI ZR 302/80, NJW 1983, 333 m. Anm. *Matthies.*
[83] *BGH,* Urt. v. 25. 10. 2011 – VI ZR 139/10, NJW 2012, 227, 228.
[84] *BGH,* Urt. v. 3. 12. 1985 – VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540.
[85] *BGH,* Urt. v. 25. 10. 2011 – VI ZR 139/10, NJW 2012, 227, 228; *BGH,* Urt. v. 16. 5. 2000 – VI ZR 321/98, NJW 2000, 2737; vgl. zu Formulierungen von Sachverständigen *Hausch,* VersR 2002, 670, 675.
[86] *BGH,* Urt. v. 29. 5. 2001 – VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792, 2794.
[87] *BGH,* Urt. v. 7. 6. 2011 – VI ZR 87/10, NJW 2011, 2508, 2509.

5. Feststellung des schweren Arztfehlers

Entscheidend für die Feststellung eines groben Fehlers bleibt stets die Beurteilung des Gesamtgeschehens. Ob ein **schwerer Arztfehler** vorliegt, richtet sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles. Die Würdigung liegt darum weitgehend beim Tatrichter, weshalb die umfangreiche Kasuistik zur Frage des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers nur eine begrenzte Hilfe ist. Damit erklärt sich bspw., dass eine unterbliebene Freilegung des Hodens bei Verdacht auf eine Hodentorsion in der Rechtsprechung nicht immer als grob fehlerhaft bewertet wird.[88] Die Würdigung im Einzelfall muss erkennen lassen, „daß nicht schon ein Versagen genügt, wie es einem hinreichend befähigten und allgemein verantwortungsbewußten Arzt zwar zum Verschulden gereicht, aber doch passieren kann".[89] **38**

Ein grober Behandlungsfehler liegt bei einem solchen Fehlverhalten vor, das nicht aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, sondern aus **objektiver ärztlicher Sicht** bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt „schlechterdings nicht unterlaufen darf". Es kommt also nur darauf an, ob das ärztliche Verhalten eindeutig gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstößt.[90] Gesicherte medizinische Erkenntnisse sind in diesem Zusammenhang nicht nur solche Erkenntnisse, die Eingang in Leitlininen, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben, sondern auch die elementaren medizinischen Grundregeln des jeweiligen Fachgebiets.[91] Das kann etwa der Fall sein, wenn auf eindeutige Befunde nicht nach gefestigten Regeln der ärztlichen Kunst reagiert wird, oder wenn grundlos Standardmethoden zur Bekämpfung möglicher, bekannter Risiken nicht angewandt werden, und wenn besondere Umstände fehlen, die den Vorwurf des Behandlungsfehlers mildern können.[92] Auch grobe Organisationsmängel und grobe Mängel bei der Sicherungs-(therapeutischen)aufklärung (Beratung)[93] kommen als Anknüpfungspunkt in Betracht.[94] Demgegenüber können grobe Fehler im Rahmen der Risikoaufklärung mangels ihrer Eigenschaft als Behandlungsfehler keine Beweislastumkehr begründen.[95] Ein grober Behandlungsfehler setzt indessen keine grobe Fahrlässigkeit voraus.[96] Aus einer schwerwiegenden Fehlentscheidung bei der Therapiewahl allein kann nicht auf einen groben Behandlungsfehler geschlossen werden. Es ist festzustellen, ob der Fehler nur hinsichtlich der Folgen schwerwiegend ist, oder hinsichtlich der Standardabweichung.[97] **39**

Der Fehler muss die **Aufklärung des Behandlungsverlaufs** besonders **erschweren.**[98] Vornehmlich infrage kommen Verstöße gegen grundlegende Regeln und Einsichten der Medizin. Auch nicht grobe Fehler können in der Summe die Aufhellung des Geschehens **40**

---

[88] Vgl. *LG Augsburg,* Urt. v. 7. 12. 2010 – 4 O 4224/07, BeckRS 2011, 23408 m. w. N.

[89] *BGH,* Urt. v. 10. 5. 1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081.

[90] Ständige Rechtsprechung: *BGH,* Urt. v. 26. 11. 1991 – VI ZR 389/90, NJW 1992, 754; *BGH,* Urt. v. 10. 5. 1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081; *BGH,* Urt. v. 2. 12. 1997 – VI ZR 386/96, NJW 1998, 814.

[91] *BGH,* Urt. v. 20. 9. 2011 – VI ZR 55/09, NJW 2011, 3442.

[92] *BGH,* Urt. v. 10. 5. 1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080; *BGH,* Urt. v. 2. 12. 1997 – VI ZR 386/96, NJW 1998, 814.

[93] Vgl. Rn. 54.

[94] *OLG Bremen,* Urt. v. 13. 1. 2006 – 4 U 23/05, MedR 2007, 660; *Kern* GesR 2009, 1.

[95] *OLG Oldenburg,* Urt. v. 6. 2. 2008 – 5 U 30/07, VersR 2008, 924, 925.

[96] *BGH,* Urt. v. 26. 11. 1991 – VI ZR 389/90, NJW 1992, 754 = MedR 1992, 214; *Geiß/Greiner,* Arzthaftpflichtrecht, Rn. B 252. Von einer Identität beider Begriffe geht hingegen *Sträter,* Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung, S. 83, aus.

[97] *OLG Naumburg,* Urt. v. 14. 8. 2008 – 1 U 8/08, MedR 2009, 292, 294 f.

[98] *OLG Stuttgart,* Urt. v. 29. 12. 1998 – 14 U 33/98, MedR 2000, 35. *Heidelk,* Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, S. 144 f. weist darauf hin, dass die bei groben Fehlern postulierten Aufklärungserschwernisse empirisch nicht belegt sind.

so sehr belasten, dass eine Beweislastumkehr gerechtfertigt erscheint.[99] Umgekehrt gilt: So wie bestimmte Umstände Arztfehlern das Gewicht nehmen können,[100] vermögen gewisse Bewandtnisse Aufklärungserschwernisse zu neutralisieren.[101]

6. Kasuistik

41 In zunehmenden Maße werden Haftpflichtprozesse mit der Behauptung geführt, ein grober Behandlungsfehler läge vor. Die Rechtsprechung unterscheidet insoweit durchaus die Geeignetheit bestimmter Fehlergruppen zur Feststellung des groben Fehlers.

42 **a) Diagnoseirrtümer.** Fehldiagnosen werden von der Judikatur nur sehr zurückhaltend als Behandlungsfehler gewertet.[102] Entsprechend selten kommen sie für eine Bewertung als grobe Fehler in Betracht. Das ist damit begründet, dass **Diagnosen,** nicht nur die alsbald im Blick auf ein Spezialverfahren zu stellenden vorläufigen, oft mit Unsicherheiten belastet bleiben.[103] Darum müsse, so der *BGH,*[104] „die Schwelle, von der ab ein **Diagnoseirrtum** als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, der dann zu einer Belastung mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, hoch angesetzt werden". Ein Diagnoseirrtum im Sinne einer Fehlinterpretation erhobener Befunde gilt nur dann als grob, wenn es sich um ein fundamentales Missverständnis handelt.[105]

43 Der Arzt darf die Anzeichen einer schweren bakteriellen Infektion nicht übersehen oder gar durch eine Injektion verwischen.[106] Den alarmierenden Anstieg der Körpertemperatur eines am Sprunggelenk Operierten hat der Arzt zum Anlass einer Wundinspektion zu nehmen.[107] Ein thrombotisches Geschehen im Beckenvenenbereich darf nicht verkannt werden.[108] Ist die Arbeitshypothese eines Bronchialkarzinoms zu stellen, muss ihr bis zum Ausschluss nachgegangen werden.[109] Befundet ein Arzt eine komplizierte Migräne, handelt er grob fehlerhaft, wenn er der Verdachtsdiagnose einer transitorisch ischämischen Attacke nicht nachgeht.[110] Wird ein CT-Befund, der eine eindeutige Zunahme der Hirnschwellung anzeigt und in Zusammenschau mit den klinischen Befunden ein sofortiges Eingreifen erfodert, falsch ausgewertet, handelt es sich um einen fundamentalen Diagnosefehler.[111]

44 Von einem groben Fehler ist demgegenüber nicht auszugehen, wenn ein Tumor, der an dieser Stelle sehr selten vorkommt, auf einem CT übersehen wurde und nur 4 von 8 Ärzten im Rahmen einer vom Sachverständigen durchgeführten Befragung die Auffälligkeit

---

[99] *Geiß/Greiner,* Arzthaftpflichtrecht, Rn. B 253; *BGH,* Urt. v. 29. 5. 2001 – VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792, 2793. Ein grober Behandlungsfehler wurde bei drei Behandlungsfehlern im Zusammenhang mit der Behandlung von Nachblutungen nach einer Mandeloperation angenommen: *OLG Celle* Urt. v. 7. 5. 2001 – 1 U 15/00, VersR 2002, 1558, ferner bei wiederholtem Legen suprapubischer Katheter, deren Verfallsdatum mehrere Jahre überschritten war: *OLG Köln* Urt. v. 30. 1. 2002 – 5 U 106/01, VersR 2003, 1444. Zur Summierung einfacher Versäumnisse eines Zahnarztes vgl. *OLG Koblenz,* Urt. v. 6. 12. 2007 – 5 U 709/07, MedR 2008, 657.

[100] *BGH,* Urt. v. 8. 3. 1988 – VI ZR 201/87, NJW 1988, 1511.

[101] *BGH,* Urt. v. 28. 6. 1988 – VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949.

[102] *BGH,* Urt. v. 8. 7. 2003 – VI ZR 304/02, NJW 2003, 2827, 2828.

[103] Zum Diagnosefehler allgemein vgl. *Kern,* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 48; *BGH,* Urt. v. 8. 7. 2003 – VI ZR 304/02, NJW 2003, 2827.

[104] *BGH,* Urt. v. 14. 7. 1981 – VI ZR 35/79, VersR 1981, 1033.

[105] *BGH,* Urt. v. 21. 12. 2010 – VI ZR 284/09, NJW 2011, 1672, 1673.

[106] *BGH,* Urt. v. 28. 5. 1985 – VI ZR 264/83, VersR 1985, 886.

[107] *BGH,* Urt. v. 4. 11. 1986 – VI ZR 12/86, VersR 1987, 408.

[108] *OLG Hamm,* Urt. v. 23. 8. 2000 – 3 U 229/99, VersR 2002, 315; auch zur unterlassenen Befunderhebung.

[109] *OLG Hamm,* Urt. v. 2. 4. 2001 – 3 U 160/00, VersR 2002, 578.

[110] *OLG München,* Urt. v. 3. 6. 2004 – 1 U 5250/03, VersR 2005, 657.

[111] *OLG München,* Urt. v. 27. 10. 2011 – 1 U 1946/05, BeckRS 2011, 26258.