

# Die Feststellung des groben Behandlungsfehlers

Hans-Günter Ernst

## I. Bedeutung

Im Arzthaftungsprozess muss der Patient neben dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers dessen kausale Auswirkungen auf den gegebenenfalls eingetretenen Gesundheitsschaden beweisen. Dabei wird im Beweismaß zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität unterschieden.

Während die Voraussetzungen des Haftungsgrundes, nämlich des Zusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler und der Rechtsgutverletzung (Primärverletzung), nach den Anforderungen des § 286 ZPO nachzuweisen sind, ist bei der Ermittlung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Haftungsgrund und dem eingetretenen Schaden, § 287 ZPO zugrunde zu legen.<sup>1</sup> Obwohl schon der (strengere) Beweismaßstab des § 286 ZPO hinter naturwissenschaftlichen Vorstellungen zurückbleibt – die erfolgreiche Beweisführung erfordert hier nämlich keine mathematische oder medizinisch notwendige Sicherheit, sondern lediglich einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen<sup>2</sup> – gelingt die Beweisführung, angesichts begründeter medizinischer Zweifel und insoweit in Betracht kommender alternativer Ursachemöglichkeiten, häufig nicht.<sup>3</sup> In diesen Fällen ist der Patient auf Be-

---

<sup>1</sup> BGH, VersR 1989, 758 = MedR 1989, 240; BGH, VersR 1993, 55; BGH, VersR 2008, 644.

<sup>2</sup> BGH, VersR 2004, 118; BGH, VersR 2008, 644.

<sup>3</sup> Häufig übersehen wird, dass im Rahmen der §§ 286, 287 ZPO (auch beim groben Behandlungsfehler) für den Nachweis die bloße Mitursächlichkeit genügt: BGH, Beschl. v. 15.12.2009 – VI ZB 51/09.

weiserleichterungen angewiesen, wie sie insbesondere dann gegeben sind, wenn der festgestellte Behandlungsfehler als „grob“ einzustufen ist.<sup>4</sup>

Diesbezüglich bestimmt seit dem 26.02.2013 die Regelung des § 630 h Abs. 5 BGB, entsprechend der zuvor bereits in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, dass die Ursächlichkeit eines solchen (groben) Fehlers<sup>5</sup> für die eingetretene Verletzung vermutet wird, wenn dieser auch nur grundsätzlich geeignet<sup>6</sup> ist, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen. Zudem ist bestimmt, dass dies auch dann gilt, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

Die Beweislastumkehr bezieht sich grundsätzlich lediglich auf die haftungsbegründende Kausalität, also nicht auf Sekundärschäden im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität.<sup>7</sup> Eine Ausnahme gilt in dem Fall, dass der Folgeschaden typische Folge der Erstschädigung ist und die als grob zu bewertende Mißachtung der ärztlichen Verhaltensregel gerade auch solcherart Schädigungen vorbeugen sollte.<sup>8</sup>

## II. Feststellungen

Die Klärung der Fragen, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt und welche Schadenfolgen dem Arzt gegebenenfalls zugerechnet werden können, ist für das Tatgericht im notwendigen<sup>9</sup> Zusammenwirken mit dem medizinischen Sachverständigen häufig nicht einfach. Um Fehler bei der Bewertung zu vermeiden, muss das Gericht die juristischen Vorgaben sorgfältig formulieren und darauf achten, dass diese von dem Sachverständigen auch zutreffend aufgenommen werden. Dem naturwissenschaftlich geschulten Mediziner sind insbesondere die rechtlich motivierten Kausa-

<sup>4</sup> Kritisch und ausführlich zur dogmatischen Begründung: *Katzenmeier* in Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Aufl. 2009, S. 398 ff.; Rn. 83 ff. m. w. N.

<sup>5</sup> Erfasst werden Behandlungsfehler jeglicher Art, d. h. grobe Fehler bei der Therapie einschließlich der Organisation der Behandlung und der Sicherstellung des fachmedizinischen Standards, bei der Sicherungsaufklärung, bei der Diagnose und der Befunderhebung sowie die – grob fehlerhafte – Nichtreaktion im Rahmen eines einfachen Befunderhebungsfehlers; zu den Besonderheiten siehe unten zu Ziff. III.

<sup>6</sup> Nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden dagegen nicht; eine Umkehr der Beweislast ist dann nur ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist; vgl. BGHZ 85, 212; BGH, VersR 1996, 1535; BGH, VersR 1997, 362; BGH, VersR 2004, 909; BGH, VersR 2005, 228 = MedR 2005, 226.

<sup>7</sup> BGH, VersR 2004, 909; BGH, VersR 2008, 644; BGH, VersR 2005, 228; BGH, VersR 2013, 1174; BGH, VersR 2014, 247.

<sup>8</sup> BGH, VersR 2005, 228; BGH, VersR 1978, 764; BGH, VersR 2014, 247.

<sup>9</sup> Der berufsspezifische Sorgfaltsmaßstab kann gewöhnlich nur mit Hilfe eines medizinischen Sachverständigen ermittelt werden; vgl. BGH, NJW 1997, 798.

litätsabstufungen regelmäßig eher fremd; zu beobachten ist, dass die Vorstellungen hierüber selbst nach langjähriger Tätigkeit als Gerichtsgutachter zumeist ähnlich ungefähr bleiben, wie umgekehrt die Erkenntnisse hocherfahrener Medizinrechtler im Hinblick auf komplexe medizinischer Zusammenhänge. Auch die Frage der „Grobheit“ eines Behandlungsfehlers ist im Ansatz nicht nach medizinischen, sondern nach juristischen Kriterien zu bewerten, die dem Sachverständigen erläutert werden und mit diesem in der Regel besprochen werden müssen. Unabhängig von dem zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des § 411 Abs. 3 ZPO gegebenen Anspruch der Partei, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann (§§ 397, 402 ZPO), muss der Sachverständige von dem Gericht zur Anhörung geladen werden, wenn Zweifel an den Ausführungen des Sachverständigen oder Unklarheiten bestehen; dies gilt, selbst wenn die Partei ihr Antragsrecht wegen Verspätung verloren hat.<sup>10</sup> Im Einzelfall kann zwar eine schriftliche Ergänzung des Gutachtens eine – nicht beantragte – Anhörung entbehrlich machen, dies ist jedoch – in Bezug auf die Frage des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers – den eher seltenen eindeutigen Fällen vorbehalten.

## 1. Definition des groben Behandlungsfehlers

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Behandlungsfehler dann als grob zu bewerten, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.<sup>11</sup>

Der Vorhalt dieser – ohnehin zur Abgrenzung nur für bedingt tauglich gehaltenen<sup>12</sup> – Definition allein genügt allerdings nicht, denn sie löst bei dem Sachverständigen regelmäßig die – nicht maßgebliche – Überlegung aus, ob er für das festgestellte ärztliche Fehlverhalten auch aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, Verständnis aufbringen kann. Nicht selten wird dann etwa nur im Hinblick darauf, dass der in Anspruch genommene Arzt im Übrigen auch beanstandungsfreie Maßnahmen zur Heilung des Patienten unternommen hat, aufgrund einschlägiger eigener leidvoller Erfahrungen des Sachverständigen und daraus resultierendem Verständnis für das Vorgehen des ärztlichen Kollegen oder auch aus einer kollegenschützenden Haltung heraus,<sup>13</sup> (unter Umständen dann unzutreffend) die Grobheit des Fehlers verneint. Keineswegs darf das Gericht diese Einschätzung des Sachverständigen unkontrolliert als eigene übernehmen.

<sup>10</sup> Vgl. BGH, VersR 2011, 1202; hierzu weiter *Bergmann/Wever*, KH 2012, 140.

<sup>11</sup> BGHZ 159, 48; 1BGHZ 72,1; BGH, VersR 2009, 1267; BGH, VersR 2010, 72; BGH, VersR 2012, 362.

<sup>12</sup> *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2013, S. 238, Rn. 634; *Deutsch*, NJW 2012, 2009, 201; *Rehborn/Gescher* in: Erman, BGB, § 630h, Rn. 31.

<sup>13</sup> BGH, VersR 1978, 41; BGH, VersR 2008, 1265 = MedR 2009, 44.

## ***2. Vorgehen bei der Feststellung***

Wie nach Vorstellung des Bundesgerichtshofs vorgegangen und dieser Gefahr begegnet werden soll, hat er anlässlich folgenden Falls<sup>14</sup> nochmals anschaulich verdeutlicht:

Der damals 46jährige, später verstorbene, Vater der Klägerin, litt am Abend des 18. November 2002 beim Sport an Schmerzen im Brustraum, Atemnot, Schwindelgefühl und Erbrechen. Der herbeigerufene Hausarzt alarmierte einen Notarzt, der nach einem EKG einen Myokardinfarkt diagnostizierte und den Patienten in das von der Beklagten geführte Krankenhaus einwies, wo er am 19. November 2002 kurz nach Mitternacht aufgenommen wurde. Unmittelbar nach der Einlieferung erhob die Ärztin Dr. B. Befunde, darunter auch wiederum ein EKG, diagnostizierte ebenfalls einen Myokardinfarkt, entschied sich für eine medikamentöse Behandlung und ordnete für den späteren Morgen des Tages eine Herzkatheteruntersuchung und eine Koronarangiographie an. Eine Fibrinolyse (medikamentöse Auflösung von Blutgerinnseln) unterblieb zunächst. Im Verlaufe der Nacht litt der Patient um 2.30 Uhr wieder unter Schmerzen, woraufhin Frau Dr. B. ein weiteres EKG erheben ließ. Zwischen 8.49 Uhr und 9.37 Uhr führte der Oberarzt Dr. G. eine Echokardiographie und eine Koronarangiographie durch. Er diagnostizierte einen akuten Hinterwandinfarkt und eine Postinfarktangina. Er ordnete eine lokale Lyse und eine Fortführung der Aggrastat- und Heparintherapie an. Die Klägerin hat geltend gemacht, ihr Vater sei von Frau Dr. B. fehlerhaft behandelt worden, weil keine sofortige Fibrinolysetherapie durchgeführt worden sei. Wäre sie sogleich nach der Einlieferung und nicht erst am Morgen durchgeführt worden, so wäre das thrombotisch verschlossene Infarktgefäß wieder eröffnet und das Herzmuskelgewebe vor irreversiblen Schädigungen bewahrt worden. In der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass der Ärztin Dr. B. ein vorwerfbarer Behandlungsfehler unterlaufen sei, weil die Durchführung einer sofortigen Fibrinolyse nach der Einlieferung des Klägers „zwingend indiziert“ gewesen sei. Es hat sich jedoch gleichwohl außerstande gesehen, die notwendige Kausalität dieses Fehlers für die behaupteten Beeinträchtigungen feststellen zu können. Zwar habe die unterlassene Therapie grundsätzlich gute Chancen gehabt, den Zustand des Erblässers zu verbessern, positiv feststellen lasse sich ein günstigerer Verlauf – bei unterstellter Lysetherapie – zur Überzeugung des Berufungsgerichts jedoch nicht. Eine Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers komme dem Kläger nicht zugute. Der Sachverständige habe nicht die Wertung getroffen, dass das eindeutig fehlerhafte Vorgehen aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheine, da Frau Dr. B. immerhin ein Behandlungskonzept verfolgt habe, welches auf einer Fehleinschätzung hinsichtlich der – tatsächlich nicht anzunehmenden – spontanen Wiedereröffnung der verschlossenen Gefäße einerseits und der Risiken einer Fibrinolyse andererseits, beruht habe.

---

<sup>14</sup> BGH, VersR 2012, 362 = MedR 2012, 454.

### **a) Juristische Wertung und fachliche Ausführungen des Sachverständigen**

Diese – auf der Einschätzung des Sachverständigen beruhende – Bewertung der Vorinstanz hat der Bundesgerichtshof beanstandet; das Berufungsgericht hat nach seiner Ansicht den Begriff des groben Behandlungsfehlers verkannt, indem es nicht hinreichend beachtet habe, dass die Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler als grob oder nicht grob einzustufen ist, eine juristische Wertung ist, die dem Tatrichter und nicht dem Sachverständigen obliegt und darüber hinaus den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt habe.

Der Bundesgerichtshof hat hervorgehoben, dass die Bewertung eines Behandlungsgeschehens als grob fehlerhaft in den Ausführungen eines Sachverständigen zwar ihre tatsächliche Grundlage finden muss und auch „keinesfalls“ entgegen dessen fachlichen Ausführungen bejaht werden darf,<sup>15</sup> dass dies aber nicht bedeutet, dass der Richter die Bewertung dem Sachverständigen überlassen und nur die seltenen Fälle, in denen dieser das ärztliche Verhalten als nicht nachvollziehbar bezeichnet, als grob werten darf. Vielmehr hat nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs der Tatrichter darauf zu achten, ob der Sachverständige in seiner Würdigung einen Verstoß gegen elementare medizinische Erkenntnisse oder elementare Behandlungsstandards oder lediglich eine Fehlentscheidung in mehr oder weniger schwieriger Lage erkennt. Wenn sich der Sachverständige einerseits deutlich vom Vorgehen des Arztes distanziert, es aber andererseits noch für nachvollziehbar hält, verlangt der Bundesgerichtshof von dem Tatrichter, dass er die Äußerungen des Sachverständigen „kritisch hinterfragt“ und sowohl den für eine solche Behandlung geltenden Sorgfaltsmaßstab, als auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers – ggf. erneut – mit dem Sachverständigen erörtert. Andernfalls soll der erhobene Sachverständigenbeweis keine ausreichende Grundlage für die tatrichterliche Überzeugungsbildung bieten.

Dabei muss allerdings – wie an dieser Stelle ergänzend angemerkt werden soll – der Sachverständige keineswegs immer wörtlich bestätigen oder verneinen, dass der Behandlungsfehler „grob“ ist. Auch wenn, wie in der gerichtlichen Praxis häufig zu beobachten ist, der Sachverständige dieser für ihn erkennbar unangenehmen Frage ausweicht oder sich diesbezüglich nicht in der Formulierung festlegen möchte, steht dies der Annahme eines groben Fehlers nicht entgegen, wenn seine sonstigen Angaben die Bewertung des Gerichts rechtfertigen, dass das festgestellte ärztliche Fehlverhalten (objektiv) nicht mehr verständlich ist.<sup>16</sup> Voraussetzung ist

<sup>15</sup> verwiesen wird auf BGH, VersR 2004, 645; 2008, 644; 2009, 1406.

<sup>16</sup> BGH, VersR 1996, 633 = MedR 1996, 316: nach Ausführungen des Sachverständigen klarer Fehler bei Auswertung des EKG und sonstiger Symptome, den das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als einen schon nicht mehr verständlichen Irrtum bei der Diagnose beurteilen durfte. Die teilweise abschwächenden Ausführungen des Sachverständigen zur rechtlichen Tragweite der fehlerhaften Auswertung sind demgegenüber ohne Bedeutung, zumal er sich damit außerhalb seines Fachgebiets bewegt hat und der Tatrichter im übrigen gehalten war, die insoweit erkennbar von großer Zurückhaltung geprägten Ausführungen des Sachverständigen kritisch zu bewerten und in ihrem Gesamtzusammenhang zu würdigen; vgl. ferner BGH, VersR 1986, 366 = MedR 1988, 94: „Dazu war es nicht erforderlich, daß der Sachverständige selbst eine solche Qualifizierung

daher jedenfalls, dass sich der Sachverständige zur Schwere des Behandlungsfehlers eindeutig geäußert hat.<sup>17</sup>

Da im Streitfall der Sachverständige die sofortige Durchführung einer Fibrinolyse nach Einlieferung des Klägers für zwingend indiziert gehalten hatte und keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die verstopften Herzgefäße bereits in einem Umfang wiedereröffnet gewesen seien, der eine Fibrinolyse entbehrlich erscheinen lassen konnte (eine Untersuchung des Herzens mittels Ultraschall hätte den fortdauernden Gefäßverschluss auch gezeigt), habe das Berufungsgericht die Wertung des Sachverständigen, das eindeutig fehlerhafte Vorgehen der Beklagten sei noch verständlich, nicht ohne weiteres übernehmen dürfen. Der Sachverständige habe das Vorgehen der Beklagten für nachvollziehbar gehalten, weil die Beklagte ein Behandlungskonzept verfolgt habe, das auf einer Fehleinschätzung hinsichtlich der – tatsächlich nicht anzunehmenden – spontanen Wiedereröffnung der verschlossenen Gefäße beruht habe. Anhaltspunkte, die aus medizinischer Sicht für das konkrete Verhalten sprachen und es damit aus objektiver Sicht nachvollziehbar erscheinen lassen, habe er hingegen nicht aufgezeigt. Er habe im Gegenteil darauf hingewiesen, dass Anhaltspunkte für eine Wiedereröffnung der verschlossenen Herzkranzgefäße nicht gegeben waren. Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs liegt es bei dieser Sachlage nahe, dass der Sachverständige bei der Bewertung des Gewichts des ärztlichen Fehlverhaltens maßgeblich auf den Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit abgestellt habe. Auf die subjektive Vorwerfbarkeit komme es aber nicht an.

## b) Objektive ärztliche Sicht

Die hierzu gegebene Begründung des Bundesgerichtshofs ist für das Verständnis hervorzuheben: Danach ist nämlich die Annahme einer Beweislastumkehr nach einem groben Behandlungsfehler keine Sanktion für ein besonders schweres Arztverschulden, sondern knüpft daran an, dass die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist,<sup>18</sup> so dass der Arzt nach Treu

---

aussprach. Es genüge der Umstand, daß seinen Ausführungen nach Ansicht des Landgerichtes zu entnehmen war, die verantwortlichen Ärzte des beklagten Landes hätten mit der Anordnung und Weiterführung der Bewegungsübungen gegen elementare Erkenntnisse und Erfahrungen der Medizin verstoßen. Dass dies die Meinung des Sachverständigen war, durfte das Landgericht der in der Anhörung geäußerten „deutlichen Verwunderung“ über die Behandlung entnehmen. Das Landgericht hat die von ihm als groben Verstoß gegen die ärztlichen Kunstregeln bewertete Fehlbehandlung auch als gefährlich für die möglichst komplikationslose Heilung des Trümmerbruches angesehen, und zwar ganz offenbar auch insoweit unter dem Eindruck der entsprechenden mündlichen Ausführungen des Sachverständigen Sch.“

<sup>17</sup> BGH, VersR 2001, 859; BGH, VersR 2002, 1026.

<sup>18</sup> Bzw.: „Keine Sanktion für ein Arztverschulden, sondern ein Ausgleich dafür, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen gerade durch den Fehler besonders verbreitet bzw. verschoben worden ist“, vgl. BGHZ 85, 212, 216 f.; BGHZ 132, 47, 52; *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, S. 236, Rn. 629 m.w.N.

und Glauben dem Patienten den Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann. Erforderlich, aber auch genügend, ist deshalb ein Fehlverhalten, das nicht aus subjektiven, in der Person des handelnden Arztes liegenden Gründen, sondern aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint.<sup>19</sup> Hierauf habe deshalb im Streitfall das Berufungsgericht den Sachverständigen hinweisen und seine Einschätzung kritisch hinterfragen müssen.

### c) Klärung von Widersprüchen

Soweit vorliegende Widersprüche in der geforderten weiteren Erörterung mit dem Sachverständigen nicht beseitigt werden können, muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter Umständen ein neues Gutachten eingeholt werden, wie an folgendem Fall<sup>20</sup> illustriert werden soll:

Das Berufungsgericht hatte mit dem Sachverständigen festgestellt, dass dem beklagten Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen war, weil er den verstorbenen Ehemann der Klägerin, der ein Hochrisikoprofil mit fünf Risikofaktoren für eine koronare Herzerkrankung (Nikotinabusus, Bluthochdruck, familiäre Belastung, Adipositas und Blutzuckererhöhung) aufwies, nicht unverzüglich mit Notarztwagen in ein Krankenhaus eingewiesen hatte. Der Sachverständige hatte ausgeführt, dass es ein unverzeihlicher Fehler gewesen wäre, wenn der beklagte Arzt einen frischen Infarkt festgestellt und den verstorbenen Ehemann der Klägerin nicht ins Krankenhaus eingewiesen hätte. Unter einem frischen Infarkt verstehe er einen solchen, der nicht mehr als 48 Stunden zurückliege. Das Ergebnis der damaligen Untersuchung hätte zu einer sofortigen Einweisung des Ehemanns der Klägerin mit Notarztwagen führen müssen, die mögliche Konsequenz einer unterlassenen Einweisung sei der Tod des Patienten. Gleichwohl hatte er – und ihm folgend das Berufungsgericht – die nicht unverzügliche Einweisung, nicht als groben Behandlungsfehler bezeichnen wollen, weil der auf dem EKG erkennbare Infarkt mehr als 12 Stunden zurück gelegen habe und eine Behandlung des Gefäßverschlusses deshalb nicht mehr möglich gewesen sei. Der Bundesgerichtshof hat dies als widersprüchlich angesehen: Bei einer fehlenden Behandlungsmöglichkeit sei nämlich nicht erklärlich, warum der verstorbene Ehemann der Klägerin sofort mit dem Notarztwagen in das Krankenhaus hätte eingewiesen werden müssen. Das Berufungsgericht habe daher dem Sachverständigen nicht ohne weiteres folgen dürfen, sondern die Äußerungen des Sachverständigen zum Gewicht des Behandlungsfehlers vielmehr kritisch überprüfen und den aufgezeigten Zweifeln an der Bewertung des Behandlungsgeschehens durch Erörterung sowohl des für eine solche Behandlung geltenden Sorgfaltsmaß-

---

<sup>19</sup> Verwiesen wird auf BGH, VersR 1992, 238, 239 m.w.N.; vgl. ferner BGH, VersR 1982, 1193; BGH, VersR 1996, 1535.

<sup>20</sup> BGH, VersR 2010, 72.



stabs als auch des Begriffs des Behandlungsfehlers mit dem Sachverständigen, ggf. durch Einholung eines neuen Gutachtens, nachgehen müssen.<sup>21</sup>

### ***3. „Schlechterdings unverständliche“ Abweichung von elementaren Standards***

Ist – wie die vorgenannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nahelegen – für die zutreffende Feststellung des groben Behandlungsfehlers in erster Linie maßgeblich, ob der Arzt gegen elementare medizinische Erkenntnisse<sup>22</sup> oder elementare Behandlungsstandards zuwider gehandelt hat, wird der Tatrichter jedenfalls sorgfältig mit dem medizinischen Sachverständigen zu klären haben, ob die festgestellte Abweichung von elementaren Standards „schlechterdings unverständlich“ ist.<sup>23</sup> Gerade diese, bei der Bewertung durch den Sachverständigen von subjektiven Einflüssen kaum zu befreiende Voraussetzung verlangt nach objektiven Kriterien, die dem Sachverständigen an die Hand gegeben werden müssen. Allein die Erkenntnis, dass es bei der Bewertung der Qualität des Behandlungsfehlers auf das Gesamtgeschehen ankommt,<sup>24</sup> hilft hierbei nicht entscheidend weiter. Auch etwa die erfahrungsgemäß von Tatgerichten häufig an den Sachverständigen (mit Variationen) sinngemäß gerichtete Frage, ob der festgestellte Fehler des Arztes (in der Gesamtschau) so gravierend sei, dass dies eigentlich seine Entlassung zur Folge haben müsse, mag in den Einzelfällen, in denen der Sachverständige dies bejaht, in der Regel zur Annahme eines groben Fehlers führen, lässt aber die Fälle offen, in denen der Sachverständige insoweit unentschlossen bleibt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – der revisionsrechtlich sowohl nachzuprüfen hat, ob das Tatgericht den Begriff des groben Behandlungsfehlers verkannt, als auch, ob es bei der Gewichtung dieses Fehlers erheblichen Prozeßstoff außer Betracht gelassen oder verfahrensfehlerhaft gewürdigt hat<sup>25</sup> – verweist allgemein darauf, dass sich die Frage, ob ein schwerer Behandlungsfehler vorliegt, nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles richte und die Würdigung des-

<sup>21</sup> Auch „umgekehrt“ kann Klärungsbedarf bestehen: Wenn ein medizinischer Sachverständiger eine Therapiewahlentscheidung als eine „schwer wiegende Fehlentscheidung“ bezeichnet, ist daraus nicht ohne Weiteres auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen; vielmehr ist regelmäßig mit dem Sachverständigen zu erörtern, ob er den Behandlungsfehler lediglich im Hinblick auf seine konkreten Folgen als „schwerwiegend“ bewertet oder wegen des Grades der Abweichung vom medizinischen Facharztstandard; vgl. OLG Naumburg, GesR 2009, 37.

<sup>22</sup> Gesicherte medizinische Erkenntnisse, deren Missachtung einen Behandlungsfehler als grob erscheinen lassen kann, sind nicht nur die Erkenntnisse, die Eingang in Leitlinien, Richtlinien oder anderweitige ausdrückliche Handlungsanweisungen gefunden haben; hierzu zählen vielmehr auch die elementaren medizinischen Grundregeln, die im jeweiligen Fachgebiet vorausgesetzt werden (vgl. BGH, VersR 2011, 1569 m.w.N. = MedR 2012, 450).

<sup>23</sup> BGH, VersR 2001, 1116.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 01.07.2014 – VI ZR 108/13; Katzenmeier, in: Laufs u. a., Arztrecht, S. 390, Rn. 61; Steffen/Paue, Arzthaftungsrecht, S. 241, Rn. 642.

<sup>25</sup> BGH, VersR 2002, 1026; BGH, VersR 2001, 1030 m.w.N.



halb „weitgehend“ im tatrichterlichen Bereich liege. Diese Würdigung müsse dann erkennen lassen, dass nicht schon ein Versagen genüge, wie es einem hinreichend befähigten und allgemein verantwortungsbewußten Arzt zwar zum Verschulden gereichte, aber doch „passieren könne“. Als Kriterien eines groben Fehlers werden beispielhaft erwähnt, die Nichtreaktion nach gefestigten Regeln der ärztlichen Kunst auf eindeutige Befunde, die grundlose Nichtanwendung von Standardmethoden zur Bekämpfung möglicher, bekannter Risiken, und das Fehlen besonderer Umstände, die den Vorwurf des Behandlungsfehlers mildern können.<sup>26</sup>

### **a) Einzelfälle des groben Behandlungsfehlers**

In folgenden exemplarischen Fällen ist dabei die tatrichterliche Bewertung zum Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers vom Bundesgerichtshof akzeptiert bzw. nahegelegt worden:

#### **aa) Unerklärliche Zeitverzögerung in lebensbedrohlicher Situation**

Bei einer Koniotomie war es zu einer weiteren sehr lang anhaltenden Phase von mindestens 40 Minuten der schwersten Hypoxie gekommen; in der für die Patientin lebensbedrohlichen Situation ging es darum, die Blutkoageln, die die Atemwege verlegt hätten, „schnellst möglich“ zu entfernen. Vor diesem Hintergrund hatte es der Sachverständige mehrfach als „unverständlich“ bzw. „völlig unverständlich“ bezeichnet, dass der Wechsel auf einen größeren Tubus erst 25 min und die Bronchoskopie erst 45 min nach der Koniotomie erfolgten.<sup>27</sup>

#### **bb) Unterbleiben einer einfachen, medizinisch unbedingt erforderliche Kontrolle, zur rechtzeitigen Entdeckung und Bekämpfung einer nicht seltenen und ernsthaften Komplikation**

Der Kläger war im Krankenhaus der Beklagten aufgrund der Diagnose „Rezidiv-Leistenhernie rechts“ durch den Oberarzt Dr. J. operiert worden, wobei zwar kein Bruch, wohl aber eine Erweiterung des inneren Leistenringes festgestellt wurde. Infolge der Operation kam es zu einer Strangulation des zum rechten Hoden führenden Samenstranges. Der rechte Hoden atrophierte und ist später operativ entfernt worden. Die unterlassene Kontrolle der Hodenlage nach der Bruchoperation war ein grober Behandlungsfehler. Der Bundesgerichtshof sah für die rechtliche Qualifizierung dieser Unterlassung durch das Berufungsgericht schon deswegen keinen Grund zur Beanstandung, weil im Streitfall eine einfache, medizinisch unbedingt

---

<sup>26</sup> BGH, VersR 1983, 729.

<sup>27</sup> Vgl. BGH, VersR 2011, 3442 = MedR 2012, 450: Aufhebung und Zurückverweisung.

erforderliche Kontrolle zur rechtzeitigen Entdeckung und Bekämpfung einer nicht seltenen und ernsthaften Komplikation unterblieben ist.<sup>28</sup>

cc) Unterbleiben offensichtlich lebenswichtiger Medikation

Dem an Morbus Addison leidenden Patienten war weder vor noch während der langandauernden Operation, mit damit verbundenen erheblichen Blutverlust, Cortisol verabreicht worden, was ihm in Anbetracht der Insuffizienz der Nebennierenrinde bei der Operation und auch am Tag danach, in erhöhter Menge zwingend hätte zugeführt werden müssen. Für die Gewichtung der unterlassenen Medikation als grober Fehler kam noch hinzu, dass der im Anschluss an die Operation verstorbene Patient, letztmals am Morgen des Operationstages überhaupt Cortisol zu sich genommen, vor dem Eingriff selbst also nicht einmal seine normale Abend-Dosis erhalten hatte.<sup>29</sup>

dd) „Verwunderlicher Verstoß“ gegen elementare Erkenntnisse und Erfahrungen der Medizin

Die Klägerin ließ eine subkapitale Humerustrümmerfraktur am rechten Oberarm in einer orthopädischen Klinik operativ versorgen. Zur Stabilisierung der reponierten Trümmer wurden drei Kirschnerdrähte in das Schultergelenk eingebracht; deren Enden wurden nicht umgebogen. Einige Tage danach begann man auf ärztliche Anordnung bei der Klägerin mit leichten Bewegungsübungen am rechten Arm nach der sogenannten Methode „Poelchen“, die im Laufe der Zeit intensiviert wurden. Die Klägerin klagte bei den Übungen über heftige Schmerzen. Nachdem Röntgenkontrollen am 20. und 26. März 1973 ergeben hatten, dass die eingesetzten Drähte, die zum Teil überstanden, gewandert waren, wurden die Bewegungsübungen eingestellt. Die Drähte wurden am 30. März 1973 operativ entfernt. Eine Festigung der Fraktur wurde danach nicht erreicht, so dass letztlich am 16. Juli 1973, in einer dritten Operation, mittels einer Spanplastik, eine Versteifung des rechten Oberarms durchgeführt wurde. Der Bundesgerichtshof hat die erstinstanzliche Wertung (unter Ablehnung der Auffassung des Berufungsgerichts) für zutreffend erachtet, wonach die verantwortlichen Ärzte der Vorwurf eines groben Behandlungsfehlers trifft: Es genügte, dass mit den Ausführungen des Sachverständigen, die Ärzte mit der Anordnung und Weiterführung der Bewegungsübungen gegen elementare Erkenntnisse und Erfahrungen der Medizin verstoßen hatten, wobei sich der Sachverständige über diese Behandlung „deutlich verwundert“ gezeigt hatte.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> BGH, VersR 1982, 1141; vgl. ferner BGH, VersR 1989, 851 = MedR 1989, 322: Es kann ein grober Behandlungsfehler sein, wenn vorhandene medizinische Geräte (Dosisleistungsmeßgerät für Strahlentherapie) für die Therapie nicht eingesetzt werden.

<sup>29</sup> BGH, VersR 1991, 694 = MedR 1991, 198.

<sup>30</sup> BGH, VersR 1986, 366 = MedR 1988, 94.

Medizin - Haftung - Versicherung

Festschrift für Karl Otto Bergmann zum 70. Geburtstag

Steinmeyer, H.-D.; Roeder, N.; von Eiff, W. (Hrsg.)

2016, XX, 373 S. 21 Abb. in Farbe., Hardcover

ISBN: 978-3-662-47462-4