



Leitfaden für das Begutachtungsverfahren

Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Leitfaden für das Begutachtungsverfahren

Die Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler
bei der Ärztekammer Nordrhein

Impressum

Auflage 2021

Herausgeber:
Ärztékammer Nordrhein
Tersteegenstr. 9
40474 Düsseldorf

Redaktion:

Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler
bei der Ärztekammer Nordrhein
Rainer Rosenberger
Dr. jur. Hans-Willi Laumen

Bettina Arentz
Victoria Hohnen
Dr. med. Tina Wiesener

Stabsstelle Kommunikation
Heike Korzilius
Vassiliki Latrovali
Jocelyne Naujoks
Karola Janke-Hoppe

Gestaltung:
Tina Ennen

Titelbild:
Ernst Jürgen Kratz, o.T. 2019, Mischtechnik auf Papier.
Die Ärztekammer Nordrhein dankt dem Künstler für seine freundliche Unterstützung
bei der Titelgestaltung.

Fotos: Jochen Rolfes

© 2021, Ärztekammer Nordrhein

Vorwort

Bei Eintritt von Komplikationen einer ärztlichen Behandlung leiden Patientinnen und Patienten oftmals unter erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen und sind verunsichert, weil die Behandlung nicht zu dem gewünschten Erfolg geführt hat. Zugleich sind medizinische Sachverhalte und Behandlungen häufig schwer zu verstehen, vielfach entsteht das Gefühl von Hilflosigkeit.

Besteht zusätzlich der Verdacht auf einen Behandlungsfehler, so stellt dies nochmals eine besondere Belastung für die betroffenen Patientinnen und Patienten, für ihre Angehörigen und für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte dar. Hinzu kommt, dass die Aufklärung von Behandlungszwischenfällen und die Klärung der Verantwortlichkeit häufig langwierig und auch mit erheblichen Kosten verbunden sein können.

Mit Blick hierauf hat die nordrheinische Ärzteschaft bereits im Jahr 1975 mit Errichtung der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein eine unabhängige Einrichtung etabliert, die Patientinnen und Patienten bei der möglichst raschen und einvernehmlichen außergerichtlichen Klärung bei Vorliegen eines Behandlungsfehlerverdachts unterstützt.

Mehr als 120 ehrenamtliche ärztliche und juristische Mitglieder wirken mit hohem persönlichem Engagement in der Gutachterkommission mit. Mehr als 60.000 Anträge wurden in den über 45 Jahren ihres Bestehens bearbeitet mit dem Ziel, durch objektive sachverständige Begutachtung ärztlichen Handelns den durch einen Behandlungsfehler in ihrer Gesundheit Geschädigten die Durchsetzung begründeter Ansprüche und den Ärztinnen und Ärzten die Zurückweisung unbegründeter Vorwürfe zu erleichtern.

Wiederholte Auswertungen der Arbeitsergebnisse der vergangenen Jahre haben deutlich gemacht, dass es der Gutachterkommission in einem hohen Maße gelingt, durch das für die Beteiligten kostenfreie Begutach-



tungsverfahren zur Beilegung der Auseinandersetzungen zwischen den Patientinnen und Patienten und ihren behandelnden Ärztinnen und Ärzten beizutragen und unnötige gerichtliche Verfahren zu vermeiden.

Der Bedarf für diese Informationsschrift über das Verfahren bei der Gutachterkommission ist durch das Inkrafttreten einer neuen Verfahrensordnung entstanden. Diese geht auf eine Rahmenverfahrenordnung zurück, die der Vorstand der Bundesärztekammer im Jahr 2018 verabschiedet hat, um bundesweit einen möglichst einheitlichen Auftritt der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen zu erreichen.

Die Broschüre dient nicht zuletzt der Information neu in die Kommission berufener ärztlicher und juristischer Mitglieder. Darüber hinaus sollen auch die Verfahrensbeteiligten und deren Bevollmächtigte sowie andere interessierte Kreise über Aufgaben, Zielsetzung und Arbeitsweise der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein detailliert informiert und die immer wiederkehrenden wichtigsten arzt Haftungsrechtlichen Problemfelder umrissen werden.

Rudolf Henke

Präsident der Ärztekammer Nordrhein

Vorwort

Die Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein steht im Jahr 2021 in der fünften Dekade ihres Bestehens. Ein Kurzkomentar zum Statut der Gutachterkommission ist im Jahr 2000 erstmals erschienen und von dem früheren Vorsitzenden Dr. Heinz-Dieter Laum und dem damaligen langjährigen Leiter der Geschäftsstelle Ulrich Smentkowski in zweiter Auflage im Jahr 2006 herausgebracht worden. Seither haben sich die Rahmenbedingungen in Teilen deutlich verändert: Mit Wirkung vom 26.2.2013 wurden durch das Patientenrechtegesetz die §§ 630 a ff. in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt und damit wesentliche Teile der bis dahin entwickelten höchstrichterlichen Rechtsprechung kodifiziert. In gemeinsamer Arbeit von Vertretern aller Schlichtungsstellen und Gutachterkommissionen der Landesärztekammern ist 2018 eine Rahmenverfahrensordnung mit dem Ziel einer möglichst weitgehenden Vereinheitlichung erarbeitet worden. Die Kammerversammlung der Ärztekammer Nordrhein hat sodann eine neue Verfahrensordnung der Gutachterkommission verabschiedet, die am 1.12.2020 in Kraft getreten ist. Zugleich hat sich in den letzten Jahren ein weitgehender Generationswechsel vollzogen: Ärztliche und juristische Mitglieder der Gutachterkommission, die über viele Jahre die tragenden Säulen der Kommissionsarbeit waren, sind – zumeist aus Altersgründen – ausgeschieden. Neue ärztliche und juristische Mitglieder sind hinzutreten, darunter viele Ärzte, die sich noch in der aktiven beruflichen Tätigkeit befinden, sowie erfreulicherweise zunehmend auch Ärztinnen.

All dies lässt es angezeigt erscheinen, das Regelwerk der Gutachterkommission, die Verfahrensabläufe und die rechtlichen Kriterien für die Begutachtung von Behandlungsfehlervorwürfen erneut zusammenzustellen. Die Mitglieder der Geschäftsführung und die juristischen Mitglieder der Gutachterkommission haben deshalb die vorliegende Informationsschrift verfasst. Sie behandelt im ersten Abschnitt nach Art eines juristischen Kurzkomentars die neue Verfahrensordnung. Hieran schließen sich in einem weiteren Abschnitt Beiträge zur Praxis der Begutachtung an, in denen auch das gleichsam zweitinstanzliche sogenannte „abschließende Gutachten“ und die in Nordrhein übliche



Besonderheit regelmäßiger und für alle Mitglieder der Gutachterkommission offener Plenarsitzungen vorgestellt werden. Der dritte Teil beinhaltet ausgewählte Problemfelder des Arzthaftungsrechts und deren Behandlung im Gutachten.

Die Informationsschrift soll in erster Linie ein Angebot an die Mitglieder der Gutachterkommission sein, ihre Arbeit unterstützen und zur Einheitlichkeit der Begutachtungspraxis beitragen. Zugleich soll die Schrift den Verfahrensbeteiligten und ihren Bevollmächtigten ein transparentes Bild der Arbeit der Kommission vermitteln. Schließlich mögen die Ausführungen auch anderen mit der Bearbeitung von Behandlungsfehlervorwürfen befassten Personen und Einrichtungen von Nutzen sein.

Der Dank für die Erstellung der Informationsschrift gilt allen Verfasserinnen und Verfassern, die das Werk unter den derzeitigen schwierigen Rahmenbedingungen in großartiger Gemeinschaftsarbeit rasch erarbeitet haben und zugleich die von ihnen verfassten Kapitel als Autorinnen und Autoren jeweils persönlich verantworten. Ganz besonderer Dank gebührt Herrn Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht a. D. Rainer Rosenberger, der wie ein Herausgeber oder Lektor die Gesamtreaktion übernommen und sich unermüdlich um die Feinabstimmung der Beiträge gekümmert hat.

Johannes Riedel

Präsident des Oberlandesgerichts a. D.,
Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche
Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Prof. Dr. med. Hans-Friedrich Kienzle

Geschäftsführendes Kommissionsmitglied der Gutachterkommission
für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Autorenverzeichnis

Rechtsanwältin Lilian Becker,

Referentin der Geschäftsstelle der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D.

Dr. jur. Burkhard Gehe,

Stellvertretender Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Vorsitzender Richter am Landessozialgericht a. D.

Paul-Heinz Gröne,

Stellvertretender Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Prof. Dr. med. Hans-Friedrich Kienzle,

Geschäftsführendes Kommissionsmitglied der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Vorsitzender Richter am Landessozialgericht a. D.

Dr. jur. Peter Lange,

Stellvertretender Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Präsident des Amtsgerichts a. D.

Dr. jur. Hans-Willi Laumen,

Stellvertretender Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Präsident des Oberlandesgerichts a. D.

Johannes Riedel,

Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D.

Rainer Rosenberger,

Stellvertretender Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Präsidentin des Oberlandesgerichts a. D.

Margarete Gräfin von Schwerin,

Stellvertretende Vorsitzende der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Dr. med. Beate Weber,

Referentin der Geschäftsstelle der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Dr. med. Tina Wiesener,

Leiterin der Geschäftsstelle der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

Inhalt

Vorwort Rudolf Henke	3	C. Ausgewählte arzt haftungsrechtliche Probleme	
Vorwort Johannes Riedel, Prof. Dr. med. Hans-Friedrich Kienzle	5	Rechtliche Konsequenzen von Dokumentationsmängeln Rainer Rosenberger	50
Autorenverzeichnis	6	Die therapeutische Information (Sicherungsaufklärung) Margarete Gräfin von Schwerin	54
Inhalt	7	Die horizontale Arbeitsteilung Lilian Becker	57
Abkürzungsverzeichnis	8	Die Behandlung von Hygieneverstößen Dr. jur. Burkhard Gehle	60
A. Verfahrensordnung der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein (VfO) (Inkrafttreten: 1.12.2020)		Die Selbstbestimmungs-(Risiko)aufklärung Dr. jur. Hans-Willi Laumen	64
Kommentierung Dr. jur. Hans-Willi Laumen/Johannes Riedel		Beweisrechtliche Grundsätze Dr. jur. Peter Lange	73
B. Die Praxis der Gutachterkommission		Voll beherrschbare Risiken Dr. jur. Hans-Willi Laumen	80
Das Verfahren ab Antragseingang Dr. med. Tina Wiesener	9	Lagerungsschäden Paul-Heinz Gröne	83
Das medizinische Gutachten – Praxis der Gutachtenerstellung Prof. Dr. med. Hans-Friedrich Kienzle	33	Der Anscheinsbeweis Dr. jur. Hans-Willi Laumen	87
Das abschließende Gutachten Rainer Rosenberger	40	Die Beweisvereitelung Dr. jur. Hans-Willi Laumen	90
Die Plenarsitzung Johannes Riedel/Rainer Rosenberger	47	D. Anhang	
Statistik, Berichtspflicht, Fortbildung und Fehlerprophylaxe Dr. med. Beate Weber	48	Verfahrensordnung der Gutachterkommission	92
		Hinweise zur Gutachtenerstattung	95
		Rahmenverfahrensordnung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen der deutschen Ärztekammern	98
		Sachregister	100

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort	NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (Jahrgang, Seite)
Abs.	Absatz	Nr.	Nummer
a.D.	außer Dienst	NRW	Nordrhein-Westfalen
AG	Aktiengesellschaft	NRZ	Nationales Referenzzentrum für Surveil- lance von nosokomialen Infektionen
AHB	Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung	NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherungsrecht (Jahrgang, Seite)
AHRS	Arzthaftpflichtrechtsprechung (Band, Seite)	o. ä.	oder ähnliches
Alt.	Alternative	o. B.	ohne Befund
ARB	Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung	OLG	Oberlandesgericht
Art.	Artikel	OLGR	OLG-Report (Jahrgang, Seite)
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaft- lichen Medizinischen Fachgesellschaften	OP	Operationssaal
Beschl.	Beschluss	PCA	Principal Component Analysis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	PD	Privatdozent
BGBI	Bundesgesetzblatt	PRT	Periradikuläre Therapie
BGH	Bundesgerichtshof	RKI	Robert Koch-Institut
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)	Rn.	Randnummer
BMI	Body-Mass-Index	Rz.	Randziffer
BO	Berufsordnung	s.	siehe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	S.	Seite
BWS	Brustwirbelsäule	sog.	sogenannt
ca	cirka	Urt.	Urteil
CD-ROM	Compact Disc Read-Only Memory	u. U.	unter Umständen
CT	Computertomographie	TEP	Totalendoprothese
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt (Jahrgang, Seite)	v.	von
d.h.	das heißt	VersR	Versicherungsrecht (Jahrgang, Seite)
DSG-VO	Datenschutz-Grundverordnung	vgl.	vergleiche
EU	Europäische Union	Vfo	Verfahrensordnung (der Gutachterkommission)
e.V.	eingetragener Verein	VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
f. ff.	folgend (e)	z. B.	zum Beispiel
GesR	Gesundheitsrecht (Jahrgang, Seite)	Ziff.	Ziffer
GG	Grundgesetz	ZPO	Zivilprozessordnung
ggf.	gegebenenfalls		
HCG	Humanes Choriongonadotropin		
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus		
HNO	Hals-Nasen-Ohren		
i.V.m.	in Verbindung mit		
KG	Kammergericht (Berlin)		
LWS	Lendenwirbelsäule		
MBO-Ä	Musterberufsordnung für Ärzte		
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrgang, Seite)		
MedR	Medizinrecht (Jahrgang, Seite)		
MRT	Magnetresonanztomographie		
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum		
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)		

A. Verfahrensordnung der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein (VfO)

Kommentierung

Dr. jur. Hans-Willi Laumen/Johannes Riedel

§ 1 Errichtung der Gutachterkommission

Die Ärztekammer Nordrhein hat eine Kommission zur Begutachtung von Vorwürfen ärztlicher Behandlungsfehler errichtet. Diese führt die Bezeichnung „Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein“.

Die Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein ist aufgrund des Beschlusses der Kammerversammlung der Ärztekammer vom 22.11.1975 am **1.12.1975** auf freiwilliger Basis gegründet worden. Inzwischen ist den beiden Ärztekammern in Nordrhein-Westfalen durch § 6 Abs. 1 Nr. 9 Heilberufsgesetz NRW die Errichtung von Stellen zur Begutachtung von Behandlungsfehlern zur Pflichtaufgabe gemacht worden, wobei in § 8 Heilberufsgesetz NRW im Einzelnen geregelt ist, was die Satzung einer Schlichtungsstelle auf jeden Fall enthalten muss.

Die Arbeit und das Verfahren der Gutachterkommission werden von einer Verfahrensordnung geregelt, die rechtlich als **Satzung** einzuordnen ist. Sie ist von der Ärztekammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie erlassen worden. Beschlossen wird die Satzung letztlich von der Kammerversammlung. Da sie Normen des öffentlichen Rechts enthält, handelt es sich beim Streit um Rechte und Pflichten aus diesen Normen um eine Streitigkeit des öffentlichen Rechts, für die der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist.

Die seit dem 1.12.2020 geltende **neue Verfahrensordnung** der Gutachterkommission orientiert sich inhaltlich an einer Rahmenverfahrensordnung, die im Jahre 2018 von einer Arbeitsgruppe der Ständigen Konferenz der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei der Bundesärztekammer entwickelt worden und deren Text von den Präsidentinnen und Präsidenten der Ärztekammern zustimmend zur Kenntnis genommen worden ist. Alle Landesärztekammern wurden aufgefordert, ihre jeweiligen Verfahrensordnungen an dieser Rahmenverfahrensordnung auszurichten.

In der Bezeichnung „Gutachterkommission bei der Ärztekammer“ kommt zum Ausdruck, dass die Gutachterkommission zwar eine Einrichtung der Ärztekammer ist, jedoch **organisatorisch** von ihr **getrennt** ist. Dies zeigt sich etwa darin, dass die Akten gesondert verwaltet werden und die Organe der Kammern keine Kenntnis von den jeweils anhängigen Verfahren und deren Ergebnissen haben. Seitens der Kammer werden lediglich die sachlichen und personellen Mittel, insbesondere das Personal der Geschäftsstelle, vorgehalten. Nur ganz ausnahmsweise wird die Ärztekammer im Einzelfall unterrichtet, wenn zum Schutz von Patientinnen und Patienten im Wege der Gefahrenabwehr Maßnahmen in Betracht zu ziehen sind.

Als Teil der Selbstverwaltungskörperschaft „Ärztekammer“ unterliegt die Gutachterkommission nur der **Rechtsaufsicht** des Staates, nicht aber der Fachaufsicht. Fragen der Zweckmäßigkeit hat sie deshalb allein nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Weder der Ärztekammer noch dem Gesundheitsministerium steht es deshalb zu, die Arbeit der Gutachterkommission nach Form und Inhalt zu kritisieren. Der Gutachterkommission obliegt auch allein die Entscheidung darüber, welches Mitglied mit welchen Gutachten beauftragt wird. Ihre Unabhängigkeit zeigt sich schließlich darin, dass Vorstandsmitglieder der Ärztekammer oder Angestellte der Ärztekammer oder der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein nicht Mitglieder der Gutachterkommission sein dürfen, was nunmehr in § 4 Abs. 1 Satz 3 der Verfahrensordnung ausdrücklich seinen Niederschlag gefunden hat.

Neben der Gutachterkommission für Arzthaftpflichtfragen der Ärztekammer Westfalen-Lippe als weiterer ärztlicher Schlichtungsstelle in Nordrhein-Westfalen

bestanden bis zum Jahre 2021 in Deutschland **sechs weitere Schlichtungsstellen**, wobei sich die Ärztekammern der Länder Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen zur gemeinsamen norddeutschen Schlichtungsstelle zusammengeschlossen hatten. Diese Schlichtungsstelle hat sich nunmehr aufgelöst mit der Folge, dass die einzelnen Ärztekammern mit Ausnahme der Ärztekammer des Saarlandes, die sich der Schlichtungsstelle Rheinland-Pfalz anschließen will,

jeweils eigene Schlichtungsstellen bzw. Gutachterkommissionen eingerichtet haben. Insgesamt gibt es in Deutschland also zum jetzigen Zeitpunkt 16 ärztliche Gütestellen. Alle ärztlichen Gütestellen arbeiten in der im Jahre 1979 gegründeten Ständigen Konferenz der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei der Bundesärztekammer zusammen. Sie tagt regelmäßig einmal jährlich zum Zwecke des Erfahrungsaustauschs und hat darüber hinaus sog. Konsensuskonferenzen zu bestimmten medizinischen Fragestellungen vereinbart.

§ 2 Aufgabe und Zielsetzung

Aufgabe der Gutachterkommission ist es, eine zeitnahe, unabhängige und neutrale Begutachtung einer ärztlich verantworteten Behandlung durchzuführen und aufgrund eines behaupteten Gesundheitsschadens eine unverbindliche Bewertung der Haftungsfrage dem Grunde nach abzugeben. Ziel ist die Förderung einer einvernehmlichen außergerichtlichen Streitbeilegung.

Die Anzahl der **Arzthaftungsklagen** hat im Laufe der Jahrzehnte immer weiter zugenommen. Die Gründe für diese Entwicklung sind vielfältig. Zu nennen sind die mit den Fortschritten der Medizin einhergehenden neuen Behandlungsrisiken, die gleichzeitig im Hinblick auf diese Fortschritte gestiegenen Ansprüche der Patientinnen und Patienten, deren mangelnde Bereitschaft, den Misserfolg einer Behandlung als schicksalhaft hinzunehmen, die zunehmende Verrechtlichung des Arzt-Patienten-Verhältnisses, manche unbedachten Äußerungen von nachbehandelnden Ärztinnen und Ärzten über die Vorbehandlung, die der wachsenden Arbeitslast von Ärzten geschuldete unpersönliche Behandlung von Patienten in Krankenhäusern und überfüllten Arztpraxen, die damit verbundene vielfach unzulängliche Kommunikation zwischen Arzt und Patient bei fehlgeschlagenen Behandlungen und – nicht zuletzt – die zum Teil reißerischen Berichte in den Medien über „Ärztepfusch“.

Von allen Beteiligten werden Arzthaftungsprozesse regelmäßig als **langwierig, komplex und undurchsichtig** empfunden. Gehen sie über mehrere Instanzen, lässt eine endgültige Entscheidung häufig bis zu zehn Jahre auf sich warten. Für die Patientinnen und Patienten sind sie im Hinblick auf die zumeist hohen Streitwerte mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden. Von den Ärztinnen und Ärzten wird eine gerichtliche

Auseinandersetzung häufig als persönlicher Angriff wahrgenommen, der geeignet ist, das Vertrauen in die eigenen Fähigkeiten zu beeinträchtigen. Schließlich werden Arzthaftungsprozesse häufig mit besonderer Emotionalität ausgetragen, was dazu führt, dass sich die Parteien nur noch als Gegner gegenüberstehen und das Arzt-Patienten-Verhältnis endgültig zerstört wird. Mit dem Verfahren vor einer ärztlichen Schlichtungsstelle wird Ärzten und Patienten eine Möglichkeit zur Verfügung gestellt, die erwähnten Nachteile zu vermeiden. Wie sich aus § 2 der Verfahrensordnung ergibt, soll die Errichtung der Gutachterkommission dazu dienen, durch eine objektive Begutachtung unabhängiger und sachkundiger Mediziner und Juristen den nach ihrer Auffassung durch einen Behandlungsfehler in ihrer Gesundheit geschädigten Patienten die Durchsetzung begründeter Ansprüche und den belasteten Ärztinnen und Ärzten die Abwehr unbegründeter Ansprüche zu erleichtern. Ziel der Begutachtung ist damit letztlich die **Befriedung** des durch den Behandlungsfehlervorwurf gestörten **Arzt-Patienten-Verhältnisses**. Aus diesem Grund wird ein Verfahren selbst dann durchgeführt, wenn ein eventueller Schadensersatzanspruch der Patienten – etwa wegen Verjährung – gar nicht mehr durchgesetzt werden kann. Das Gleiche gilt, wenn es sich – etwa bei einer Behandlung durch einen Notarzt oder einen Anstaltsarzt – um Amtshaftungsansprüche handelt, sodass eine persönliche Haftung des belaste-

ten Arztes gar nicht erst in Betracht kommt. Die Vorteile eines Verfahrens vor der Gutachterkommission gegenüber einem Gerichtsverfahren liegen dabei für alle Beteiligten auf der Hand:

- Die Beteiligten erhalten eine grundsätzlich **kostenlose Begutachtung** des erhobenen Behandlungsfehlervorwurfs. Die Patienten haben lediglich die Kosten eines von ihnen ggf. beauftragten Anwalts zu tragen. Sind die Patienten rechtsschutzversichert, sind selbst diese Kosten gemäß § 5 Abs. 1 d der Allgemeinen Rechtsschutzversicherungsbedingungen (ARB) 2010 von der Rechtsschutzversicherung gedeckt.
- Im Vergleich zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ist der **Zugang** zu einem Schlichtungsverfahren sehr viel **einfacher**. Die Antragstellung ist auch für einen juristischen und medizinischen Laien mit Hilfe des von der Geschäftsstelle zur Verfügung gestellten Antragsformulars höchst einfach zu bewerkstelligen. Darüber hinaus stellt die Gutachterkommission auf ihrer Homepage eine Anleitung zur Einleitung und Durchführung des Verfahrens in einfacher Sprache zur Verfügung.
- Eine **Substantiierung** des Behandlungsfehlervorwurfs ist bei der Antragstellung praktisch **nicht erforderlich**, weil der Sachverhalt weitgehend von Amts wegen aufgeklärt wird (zu den erhöhten Anforderungen an die Substantiierung bei der Geltendmachung von Hygienemängeln s. *Beitrag Geble S. 60 ff.*). Patientinnen und Patienten oder deren Vertreter müssen lediglich angeben, wann welche Ärztinnen und Ärzte bzw. welche ärztliche Einrichtung welche Behandlung bei wem durchgeführt hat, dass diese misslungen ist und welcher Gesundheitsschaden dadurch entstanden sein soll. Auch der weitere Verfahrensablauf ist unkompliziert, für die Beteiligten transparent und ohne formelle Prozessrisiken. So entfällt regelmäßig auch die Beschaffung und Auswertung der zum Teil umfangreichen Behandlungsunterlagen, weil dies ebenfalls von Amts wegen geschieht.
- Den belasteten Ärztinnen und Ärzten kommt die **fehlende Öffentlichkeit des Verfahrens** entgegen. Sie können dadurch die stigmatisierende Wirkung eines öffentlichen Gerichtsverfahrens oder gar eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens von vornherein vermeiden. Die Ärzte werden gleichsam nicht verurteilt, sondern lediglich deren Handeln beurteilt. Berufsrechtliche Nachteile müssen sie nicht befürchten, da die Ärztekammer weder von der Einleitung noch vom Ergebnis eines Schlichtungsverfahrens Mitteilung erhält.
- Die **Dauer** eines Verfahrens vor der Gutachterkommission konnte in den letzten Jahren stetig verringert werden und ist jetzt mit durchschnittlich zehn Monaten sehr viel kürzer als ein Gerichtsverfahren in Arzthaftungssachen, das schon in einer Instanz häufig mehr als zwei Jahre in Anspruch nimmt.
- Für die ärztlichen **Haftpflichtversicherer** bietet ein Verfahren vor der Gutachterkommission ebenfalls die Möglichkeit, durch ein einfaches, kostengünstiges und verhältnismäßig schnelles Verfahren eine objektive und fachmännische Prüfung eines Behandlungsfehlervorwurfs zu erhalten. Ohne die Arbeit der Gutachterkommission müssten sie den Behandlungsfehlervorwurf durch eigene Sachverständige überprüfen lassen. Dabei würde es sich um reine Privatgutachten handeln, die vor Gericht nicht den gleichen Stellenwert hätten wie das Gutachten einer der Neutralität und Objektivität verpflichteten ärztlichen Schlichtungsstelle.
- Die von und für die Gutachterkommission gefertigten Gutachten sind im Allgemeinen von einer **hohen fachlichen Kompetenz** geprägt. Wie bei den Gerichten erfolgt die Begutachtung des Fehlvorwurfs regelmäßig durch Ärztinnen und Ärzte derselben Fachrichtung und derselben Versorgungsstufe (sog. fachgleiche Beurteilung, vgl. § 9 Abs. 4 Satz 2). Soweit es sich um fachübergreifende Behandlungsfehlervorwürfe handelt, erhalten die Patientinnen und Patienten sogar mehrere Gutachten von verschiedenen Spezialisten. Durch die Beteiligung von Juristinnen und Juristen werden auch die rechtlichen Aspekte durchgängig berücksichtigt. Die hohe Qualität der Gutachten hat letztlich zur Folge, dass deren Ergebnisse – falls sie für die Patienten günstig sind – von den Haftpflichtversicherern häufig akzeptiert und

Kommentierung der Verfahrensordnung

die Ansprüche der Patienten daraufhin reguliert werden.

- Schließlich ist ein Verfahren vor der Gutachterkommission viel eher als ein häufig emotionsgeladenes und zu starren Fronten führendes Gerichtsverfahren geeignet, zu einer **Versachlichung** des gestörten

Arzt-Patienten-Verhältnisses beizutragen. Auch aus der Sicht eines wegen eines Behandlungsfehlers in Anspruch genommenen Arztes kann deshalb nur empfohlen werden, die Zustimmung zur Durchführung eines solchen Verfahrens nicht zu verweigern.

§ 3 Unabhängigkeit

Die Mitglieder der Gutachterkommission sind bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig und an Weisungen nicht gebunden. Sie sind allein ihrem Gewissen und ihrer fachlichen Überzeugung verantwortlich.

Die Unabhängigkeit der Mitglieder der Gutachterkommission wird zunächst bereits durch die organisatorische und personelle **Trennung von der Ärztekammer** gesichert (vgl. § 4 Satz 3). Daneben gewährleistet vor allem ihre Weisungsfreiheit eine objektive Beurteilung der Behandlungsfehlervorwürfe. Die früher zuweilen geäußerte Befürchtung, dass sich die medizinischen Gutachterinnen und Gutachter in ihren Begutachtungen von falsch verstandener Standesolidarität leiten lassen, hat sich zunehmend eher als unbegründet erwiesen. Die Sachverständigen nehmen die ihnen nach § 29 Abs. 1 Satz 2 BO auferlegte Verpflichtung durchaus ernst, in einem Gutachten, auch soweit es die Behandlungsweise von Kolleginnen und Kollegen betrifft, nach bestem Wissen die ärztliche Überzeugung auszusprechen. Weitere Maßnahmen zur Sicherung der Objektivität der Begutachtung bestehen etwa darin, dass den Beteiligten die Person des

vorgesehenen Gutachters vor der Beauftragung offengelegt wird. Da die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Richterablehnung wegen Befangenheit entsprechend anwendbar sind (vgl. § 9 Abs. 5 a), steht den Beteiligten dann die Möglichkeit offen, den ins Auge gefassten Gutachter oder die Gutachterin wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Dass diese Vorkehrungen durchaus greifen, zeigt etwa der Umstand, dass Gutachter nicht selten von sich aus Ausschluss- oder mögliche Ablehnungsgründe offenlegen, wozu sie bei Auftragserteilung im Übrigen auch aufgefordert werden. Zudem werden alle medizinischen Gutachten vor ihrer Bekanntgabe an die Beteiligten durch erfahrene Juristinnen und Juristen auf ihre Schlüssigkeit, Nachvollziehbarkeit und – soweit möglich – Vollständigkeit überprüft, was im Einzelfall dazu führen kann, dass sie vom Gutachter ergänzt oder gar abgeändert werden.

§ 4 Zusammensetzung, Ehrenamt

(1) Mitglieder der Gutachterkommission sind Ärztinnen und Ärzte mit abgeschlossener Facharztweiterbildung sowie Juristinnen und Juristen mit Befähigung zum Richteramt. Sie verfügen über die erforderliche berufliche Erfahrung und werden berufen. Wer dem Vorstand der Ärztekammer angehört oder als Angestellter für die Ärztekammer Nordrhein oder die Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein tätig ist, darf nicht Mitglied der Gutachterkommission sein; Tätigkeiten in anderen mit Unabhängigkeit ausgestatteten Ehrenämtern (z. B. einer Ethikkommission) stehen einer Berufung nicht entgegen.

(2) Die Mitglieder werden vom Vorstand der Ärztekammer auf die Dauer einer Amtsperiode von fünf Jahren berufen. Ersatzberufungen nach Ausscheiden eines Mitgliedes und Neuberufungen werden für die laufende Amtsperiode ausgesprochen.

- (3) Vorsitzende/r ist eine Juristin oder ein Jurist mit Befähigung zum Richteramt. Für sie oder ihn ist mindestens eine Vertretung zu bestellen. Die juristischen Mitglieder sollen über langjährige Erfahrung im Richteramt verfügen.
- (4) Die ärztlichen Mitglieder sollen über langjährige Erfahrung in ihrem Beruf verfügen und mit dem Gutachterwesen vertraut sein.
- (5) Das Amt als Mitglied der Gutachterkommission ist ein Ehrenamt. Die Mitglieder der Gutachterkommission erhalten bei ihrer Tätigkeit Reisekosten und Sitzungsgeld sowie eine Aufwandsentschädigung nach der Entschädigungsordnung der Ärztekammer Nordrhein in der jeweils geltenden Fassung.

Die Berufung der Mitglieder der Gutachterkommission erfolgt durch den Vorstand der Ärztekammer. Dabei wird in der Praxis die Leitung der Gutachterkommission angehört, sodass eine Berufung oftmals faktisch auf Vorschlag der Kommission erfolgt. Die **ärztlichen Mitglieder** werden ausgewählt unter den Gesichtspunkten herausragender ärztlicher und wissenschaftlicher Qualifikation sowie jahrelanger praktischer Erfahrung als Ärztinnen und Ärzte und unabhängige Sachverständige. Die Gutachterkommission verfügt zum jetzigen Zeitpunkt über mehr als hundert medizinische Mitglieder, von denen etwa die Hälfte noch in ihrem angestammten Beruf tätig ist. Mit ihnen können praktisch sämtliche wesentlichen medizinischen Fachbereiche abgedeckt werden. Im Hinblick auf die Fülle der Verfahren und den regional begrenzten Kammerbezirk müssen dennoch viele Gutachten von externen Sachverständigen aus ganz Deutschland und zum Teil aus dem deutschsprachigen Ausland eingeholt werden. Mit der Erstattung von sog. abschließenden Gutachten (§ 10 Abs. 2) werden allerdings nur Mitglieder der Gutachterkommission beauftragt.

Einschließlich des derzeitigen Vorsitzenden sind acht **juristische Mitglieder** ehrenamtlich für die Gutachterkommission tätig. Es handelt sich sämtlich um hochrangige frühere Richterinnen und Richter aus der Zivil- und Sozialgerichtsbarkeit, die überwiegend bereits während ihrer beruflichen Tätigkeit mit der einschlägigen Materie befasst gewesen sind.

Der oder die **Vorsitzende** der Gutachterkommission ist – jetzt schon fast traditionsgemäß – ein(e) ehemalige(r) Präsident(in) eines Oberlandesgerichts. Sie oder er wahrt den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens, führt den Vorsitz in den regelmäßig stattfindenden Plenarsitzungen, leitet Erörterungen über grundsätz-

liche Rechts- und Verfahrensfragen sowie medizinische Probleme und vertritt – in medizinischen Fragen zusammen mit dem Geschäftsführenden Kommissionsmitglied (vgl. § 5 Abs. 3) – die Gutachterkommission nach außen. Soweit die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens vor der Gutachterkommission aus formellen Gründen nicht vorliegen, steht es grundsätzlich der/dem Vorsitzenden zu, entsprechende Anträge zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen. Als Verantwortliche(r) für den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens ist die/der Vorsitzende befugt, der Geschäftsstelle fachliche Weisungen zu erteilen (§ 5 Abs. 1).

Für die verwaltungsmäßige Bearbeitung der Verfahren ist im Haus der Ärzteschaft eine **Geschäftsstelle** eingerichtet, an deren Spitze derzeit eine Ärztin und deren Vertreterin stehen. Die Leiterin stellt in einer Art Vorprüfung fest, ob die Voraussetzungen für eine Tätigkeit der Kommission vorliegen und wirkt ggf. auf eine Klarstellung des gerügten Behandlungsfehlers oder Aufklärungsmangels hin (*s. Beitrag Wiesener S. 28 ff.*). Diese Ergebnisse werden zur Erleichterung der Kommissionsarbeit in ein Vorblatt der Akte eingetragen. Zum Zwecke der Dokumentation und Auswertung der Verfahrensergebnisse ist der Geschäftsstelle ferner eine Ärztin als Referentin zugeordnet.

§ 5 Vorsitz, Geschäftsführendes Kommissionsmitglied

- (1) Die oder der Vorsitzende wahrt den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens der Gutachterkommission. Sie/er ist befugt, der Geschäftsstelle fachliche Weisungen zu erteilen.
- (2) In Verfahrensfragen und juristischen Fragen der Auslegung des Statuts entscheidet die oder der Vorsitzende.
- (3) Zur Bearbeitung der ärztlich-medizinischen Fragen, die sich aus den Anträgen ergeben, überträgt der Vorstand der Ärztekammer einem ärztlichen Mitglied der Kommission die Geschäftsführung (Geschäftsführendes Kommissionsmitglied). Für dieses ist mindestens eine Vertretung zu bestellen.
- (4) Das Geschäftsführende Kommissionsmitglied entscheidet, welchem ärztlichen Mitglied die Bearbeitung des Antrags übertragen wird, sofern es diese nicht selbst übernimmt. Zur Bearbeitung des Antrags gehören die Einholung von Stellungnahmen der Beteiligten und von Gutachten sowie die Erörterung des Sachverhaltes mit weiteren Mitgliedern der Gutachterkommission.

In Absatz 4 dieser Vorschrift werden die Aufgaben des **Geschäftsführenden Kommissionsmitglieds** näher beschrieben. Es fordert zunächst die belasteten Ärztinnen und Ärzte zur Stellungnahme zu dem erhobenen Behandlungsvorwurf auf. Sodann besteht dessen wichtigste Aufgabe darin, den für den jeweiligen Behandlungsfehlervorwurf „passenden“ Gutachter zu finden

und zu beauftragen. Daneben ist das Geschäftsführende Kommissionsmitglied zuständig für die Erörterung und Regelung von im Einzelfall auftretenden medizinischen Streitfragen zwischen verschiedenen Gutachtern und es unterstützt die Juristinnen und Juristen der Kommission in medizinischen Fragen.

§ 6 Verfahrensbeteiligte, Antragsberechtigung

- (1) Berechtigt, den das Verfahren einleitenden Antrag zu stellen, sind
 - 1) die Patientin oder der Patient, die/der das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und einen dadurch verursachten Gesundheitsschaden vermutet, im Falle ihres/seines Todes die Erben, und
 - 2) die/der in Anspruch genommene Ärztin/Arzt.
- (2) Beteiligte und zu Verfahrensanträgen berechtigt sind ferner
 - 1) die Behandlungseinrichtung (z.B. Krankenhaus, Medizinisches Versorgungszentrum, sonstige ärztlich geleitete Einrichtung), für welche die Ärztin/der Arzt tätig geworden ist;
 - 2) die Haftpflichtversicherung der Ärztin/des Arztes oder der Behandlungseinrichtung, für welche die Ärztin oder der Arzt tätig geworden ist.
- (3) Die Beteiligten können sich vertreten lassen.

Beteiligte eines Verfahrens vor der Gutachterkommission sind in erster Linie Patientinnen und Patienten, und zwar in aller Regel als **Antragsteller**. Sie können auch Antragsgegner sein, z. B. wenn sich ein Arzt gegen einen vom Patienten in den sozialen Medien oder in sonstiger Weise erhobenen Vorwurf des Behandlungsfehlers wehren will. Im Falle ihres Todes sind die Erben der Patienten antragsberechtigt oder berechtigt, ein bereits laufendes Verfahren fortzuführen, wobei bei nahen Angehörigen der Verstorbenen in der Praxis vom Nachweis der Erbenstellung abgesehen wird.

Soweit mehrere Erben vorhanden sind, reicht der Antrag eines Erben auch bei Widerspruch eines anderen Erben aus.

Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte sind regelmäßig als **Anspruchsgegner** beteiligt, und zwar unabhängig davon, ob sie letztlich persönlich in Anspruch genommen werden können oder lediglich der jeweilige Krankenhausträger Anspruchsgegner ist. Die Gutachterkommission nimmt insoweit keine rechtliche Prüfung vor. Handelt es sich – wie in etwa 75 Prozent aller

Fälle – um eine Krankenhausbehandlung, ist auch der jeweilige Chefarzt oder die Chefarztin der Abteilung beteiligt, selbst wenn ihnen persönlich kein Behandlungsfehler angelastet wird oder sie gar nicht an der Behandlung beteiligt waren. Dies muss schon deshalb gelten, weil die Chefarzte über alle Vorwürfe gegen Ärztinnen und Ärzte ihrer Abteilung unterrichtet sein müssen. Als Verantwortliche ihrer Abteilung nehmen sie außerdem in der Regel auch selbst zum Behandlungsvorwurf Stellung. Ist der in Anspruch genommene Arzt verstorben, ist der Antrag gegen dessen Erben zu richten. Da Ärztinnen und Ärzte regelmäßig eine sog. Nachversicherungshaftung zur Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen haben, tritt ggf. auch noch deren Haftpflichtversicherer ein.

Die Verfahrensordnung geht stillschweigend davon aus, dass nur Ärztinnen und Ärzte, die der Ärztekammer Nordrhein angehören, Verfahrensbeteiligte sind. Dies war im früheren Statut ausdrücklich so geregelt. Mit der an die Rahmenverfahrensordnung angelehnte Neufassung ist keine Änderung verbunden, da die Zuständigkeit der Ärztekammer nur für ihre Mitglieder gilt. Das schließt nicht aus, dass die Gutachterkommission in Einzelfällen auch andere Ärzte in die Begutachtung einbezieht, wenn deren Tätigkeit im Zusammenwirken mit Behandlungen im Kammerbezirk stattgefunden hat und sie sowie die für sie zuständige Schlichtungsstelle mit der Einbeziehung einverstanden sind.

Nach § 6 Abs. 2 sind nunmehr auch die jeweilige **Behandlungseinrichtung** und der jeweilige Haftpflichtversicherer zu Verfahrensanhängern (d.h. nicht zu Verfahren einleitenden Anhängern) berechtigt. Die Einbeziehung der Ansprüche gegen die Behandlungseinrichtung ist schon deswegen sinnvoll, um eine möglichst umfassende Beilegung des Konflikts zu erreichen. Sie erfolgt automatisch, wenn die Behandlungseinrichtung – wie in aller Regel – im Antrag benannt ist. Für die Antragsteller hat diese neue Regelung den Vorteil, dass zum einen sämtliche potenziellen Anspruchsgegner beteiligt werden und zum anderen die mit der Antragstellung verbundene Hemmung der Verjährung ihrer Ansprüche auch gegen den möglicherweise wichtigsten Anspruchsgegner, nämlich den Partner des von ihnen abgeschlossenen Behandlungsvertrages, eintritt.

Die nunmehr **mögliche Beteiligung der Haftpflichtversicherer** erscheint schon deshalb sinnvoll, weil diese ihren Versicherungsnehmern gegenüber gemäß Nr. 5.2 der Allgemeinen Haftpflicht-Versicherungsbedingungen die sog. Regulierungsvollmacht haben. Sie entscheiden deshalb letztlich faktisch auch darüber, ob Ärztinnen und Ärzte sich überhaupt am Verfahren beteiligen dürfen oder nicht. Darüber hinaus darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Haftpflichtversicherer in Form eines Pauschalbetrages an den Kosten der Gutachterkommission beteiligen. Zum Teil wird mit ihrer Beteiligung auch die Erwartung verbunden, dass dadurch die Akzeptanz der Entscheidungen der Kommission noch weiter gesteigert werden könnte. Nachdem die belasteten Ärztinnen und Ärzte ihren Haftpflichtversicherer bekannt gegeben haben, wird diesem durch ein Anschreiben Gelegenheit gegeben, sich am Verfahren zu beteiligen.

Die Patientinnen und Patienten machen in etwa der Hälfte der Fälle von der Möglichkeit Gebrauch, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Bei den Ärzten beschränkt sich das auf deutlich weniger Verfahren, wobei sie nicht selten auch auf die Rechtsabteilungen ihrer Krankenhausträger oder auf Sachbearbeiter ihres Haftpflichtversicherers zurückgreifen. Im Falle anwaltlicher Vertretung wird üblicherweise die Vorlage einer entsprechenden Vollmacht nicht verlangt. Die Patienten können sich darüber hinaus durch jede andere Person vertreten lassen. Soweit es sich um nahe Angehörige handelt, wird dabei häufig auf die Vorlage einer Vollmacht verzichtet. Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige werden durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten.

Stehen Patienten unter Betreuung, sind auch die Betreuerinnen und Betreuer antragsberechtigt. Diese haben dann zumindest eine Ablichtung der Betreuungsurkunde zu den Akten zu reichen.

Ob die unter Betreuung stehenden Patienten bei der Antragstellung der Mitwirkung ihrer Betreuer bedürfen, hängt vom Umfang des diesen zugewiesenen Aufgabenbereichs und von einem gerichtlich angeordneten Einwilligungsvorbehalt ab, was sich aus der Betreuungsurkunde ergibt, deren Vorlage erbeten wird. Je nach Sachlage bedarf es der Einwilligung der Betreuer, was von Amts wegen aufgeklärt wird.

§ 7 Verfahrensvoraussetzungen, Verfahrenshindernisse

- (1) Das Verfahren findet auf Antrag nach Zustimmung aller Beteiligten statt. Die Zustimmung kann nur mit Einverständnis der anderen Beteiligten zurückgenommen werden. Die Rücknahme der Zustimmung eines Verfahrensbeteiligten ist gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten in geeigneter Weise zu begründen. Wenn begründete Aussicht für eine Förderung der Streitbeilegung entsprechend dem Ziel des Verfahrens (§ 2) besteht, kann die Gutachterkommission nach pflichtgemäßem Ermessen das Verfahren auch durchführen, wenn in Anspruch genommene Beteiligte nicht zustimmen und die Behandlungsdokumentation vorliegt.
- (2) Die Gutachterkommission nimmt kein Verfahren auf,
- solange ein Zivilprozess wegen des zur Begutachtung gestellten Sachverhaltes anhängig ist und nicht gemäß §§ 251, 278 der Zivilprozessordnung ruht,
 - wenn ein Zivilgericht bereits rechtskräftig über den zur Begutachtung gestellten Sachverhalt entschieden hat oder wenn der Streitgegenstand durch gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich erledigt wurde,
 - solange ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren oder ein strafgerichtliches Verfahren wegen derselben Tatsachen anhängig ist.
- (3) Wenn der behauptete Behandlungsfehler bei Antragstellung länger als 5 Jahre zurückliegt, kann die Gutachterkommission das Verfahren unabhängig vom Zeitpunkt der Kenntnis des Antragstellers ablehnen.
- (4) Tritt ein Verfahrenshindernis gemäß Absatz 2 nach Anrufung der Gutachterkommission ein oder kommt ein Beteiligter seinen Mitwirkungspflichten nach § 8 nicht nach, ist das Verfahren in der Regel einzustellen.

In § 7 Abs. 1 Satz 1 kommt der **Grundsatz der Freiwilligkeit** zum Ausdruck. Ärztinnen und Ärzte sind nicht verpflichtet, am Verfahren teilzunehmen. Ist die Zustimmung einmal erteilt, kann sie allerdings nach Absatz 1 Satz 2 nur mit Einverständnis aller Beteiligten wieder zurückgenommen werden. Haben Ärzte im Gegensatz zu einem später eingehenden Widerspruch des Krankenhausträgers (voreilig) ihre Zustimmung erklärt, werden beide Erklärungen als gleichzeitig eingegangen behandelt, sodass § 7 Abs. 1 Satz 2 nicht zum Tragen kommt.

Der Grundsatz der Freiwilligkeit erfährt durch den neu eingeführten § 7 Abs. 1 Satz 4 eine wichtige Ausnahme. Danach kann das Verfahren auf Antrag der Patientinnen und Patienten auch dann durchgeführt werden, wenn der Arzt oder dessen Haftpflichtversicherer der Durchführung des Verfahrens nicht zugestimmt hat, was in etwa zehn Prozent der Fälle geschieht. Die Patienten müssen dann allerdings für die Beschaffung der erforderlichen Behandlungsunterlagen selbst sorgen. Sie erhalten dazu einen Hinweis der Gutachterkommission, dass ihnen gemäß § 630g Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Einsicht in die vollständige, sie betreffende Patientenakte zusteht. Die Patienten

machen von dieser Möglichkeit eines einseitigen Verfahrens, das es im Übrigen nur bei der Ärztekammer Nordrhein gibt, überwiegend auch Gebrauch. Wie eine Evaluation dieser Verfahren ergeben hat, weichen deren Ergebnisse statistisch nicht wesentlich von den Ergebnissen der streitigen Verfahren ab.

Einseitige Verfahren sind nur möglich, wenn begründete Aussicht besteht, dass dadurch die Streitbeilegung gefördert wird. Die Gutachterkommission wird dies in den meisten Fällen bejahen, schon weil die statistischen Erkenntnisse nahelegen, dass die Angelegenheit in den meisten Fällen mit der Begutachtung ihr Ende findet. Die Bestimmung eröffnet der Gutachterkommission aber auch die Möglichkeit, nach ihrem Ermessen das Verfahren nicht fortzusetzen, etwa wenn eine Aufklärung mit vertretbarem Aufwand nicht zu erwarten ist oder anderweitig bereits Begutachtungen eingeholt worden sind.

In § 7 Abs. 2 a) – c) sind sog. **Verfahrenshindernisse** aufgeführt, bei denen ein Verfahren gar nicht erst eingeleitet wird. Treten diese Verfahrenshindernisse während des Laufs eines Verfahrens ein, wird es gemäß § 7 Abs. 4 regelmäßig eingestellt. Alle diese Regelungen beruhen

einerseits auf dem Gedanken, dass in solchen Fällen die angestrebte Befriedung des gestörten Arzt-Patienten-Verhältnisses nicht (mehr) erreicht werden kann. Vor allem sollen auf diese Weise unzumutbare Parallel- oder Doppel-Begutachtungen vermieden werden. Eine Ausnahme greift zunächst dann ein, wenn das gerichtliche Verfahren durch die Parteien gemäß § 251 oder § 278 ZPO zum Ruhen gebracht worden ist, etwa weil die Klage nur zum Zwecke der Verjährungshemmung erhoben worden ist. Das Gleiche gilt dann, wenn das Strafverfahren nicht durch eine Strafanzeige oder einen Strafantrag der Patienten oder ihrer Angehörigen, sondern von Amts wegen – etwa als Todesermittlungsverfahren – eingeleitet worden ist. Der gleichzeitigen Durchführung eines Güteverfahrens steht dann grundsätzlich nichts entgegen; gleichwohl werden die Verfahren in solchen Fällen in der Regel nicht durch die Einholung von Gutachten betrieben, sondern erst dann fortgesetzt, wenn das staatsanwaltschaftliche Verfahren beendet ist. Selbst im Falle einer Strafanzeige kann die Fortsetzung des Verfahrens sinnvoll sein, weil die Beweismaßstäbe im Strafverfahren anders sind als im Zivilrecht und Behandlungseinrichtungen selbst nicht als Beschuldigte im Ermittlungsverfahren in Betracht kommen. Allerdings dürfte wenig dafürsprechen, in solchen Fällen das Begutachtungsverfahren auch bei Widerspruch des Arztes oder der Ärztin fortzuführen.

§ 8 Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten

Die Beteiligten sind zur Unterstützung der Gutachterkommission bei der Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet, insbesondere die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und Schweigepflichtentbindungserklärungen zu erteilen. Auf Anforderung der Gutachterkommission ist die vollständige Behandlungsdokumentation in einer für die Begutachtung geeigneten Form kostenfrei zur Verfügung zu stellen.

Die Pflicht zur **Mitwirkung** der beteiligten **Ärztinnen und Ärzte** besteht zunächst darin, sich auf Anfrage der Gutachterkommission darüber zu erklären, ob sie am Schlichtungsverfahren teilnehmen wollen oder nicht. Diese Verpflichtung kann ggf. auch berufsrechtlich durchgesetzt werden. Das Gleiche gilt für die Pflicht der Ärzte zur Vorlage der gesamten Krankenunterlagen. Gegenüber ihrem Haftpflichtversicherer haben sie gemäß Ziffer 25. I AHB 2016 die Pflicht, Anträge von Patientinnen und Patienten – die als Eintritt des Versicherungsfalles im Sinne der Ziffer I.I AHB 2016

Die Gutachterkommission kann die Durchführung eines Verfahrens ferner gemäß § 7 Abs. 3 ablehnen, wenn der behauptete Behandlungsfehler zum Zeitpunkt der Antragstellung länger als **fünf Jahre** zurückliegt. Der Grund für diese Regelung ist darin zu sehen, dass die Aufklärung eines so lange zurückliegenden Sachverhaltes üblicherweise einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, der geeignet ist, die Funktionsfähigkeit der Gütestelle zu beeinträchtigen. Die Formulierung als Kann-Bestimmung ist als sog. Ermessensvorschrift anzusehen, obgleich sie in der Rahmenverfahrensordnung als bloße Einräumung einer Befugnis gedacht war. Das eingeräumte Ermessen übt die Gutachterkommission in ständiger Praxis so aus, dass in aller Regel – schon aus Gründen der Gleichbehandlung – länger als fünf Jahre zurückliegende Fälle keiner Prüfung unterzogen werden. Eine Ausnahme wird gemacht, wenn die Antragsteller glaubhaft machen, dass sie erst später vom behaupteten Behandlungsfehler und/oder dem Gesundheitsschaden Kenntnis erlangt haben (z.B. durch Bergung eines bei einem Eingriff fehlerhaft zurückgebliebenen Fremdkörpers) oder durch den dadurch erlittenen Gesundheitsschaden gehindert waren, den Antrag rechtzeitig zu stellen, und sie ihn nach Kenntniserlangung alsbald – nämlich üblicherweise innerhalb von sechs Monaten – gestellt haben.

anzusehen sind – innerhalb von einer Woche anzuzeigen. Dagegen kann weder die Teilnahme der Ärzte am Schlichtungsverfahren noch deren Stellungnahme zum Behandlungsfehlervorwurf erzwungen werden. Bei einem Verzicht auf eine Stellungnahme zum Behandlungsfehlervorwurf begeben sich Ärztinnen und Ärzte natürlich der Möglichkeit, inhaltlich auf das Verfahren Einfluss zu nehmen. Sie laufen dadurch Gefahr, dass möglicherweise unzutreffende Behauptungen der Patienten als unstreitig behandelt werden.

Kommentierung der Verfahrensordnung

Die notwendige **Mitwirkung der Patientinnen und Patienten** besteht vor allem darin, dass sie vor- und nachbehandelnde Ärzte benennen, alle Ärzte von der Schweigepflicht entbinden, in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einwilligen und alle in ihren Händen befindlichen Unterlagen – Röntgenbilder,

Befunde o.ä. – zu den Akten reichen. Denkbar ist auch, dass die Patienten einen vom bestellten Gutachter anberaumten Untersuchungstermin unentschuldig nicht wahrnehmen. Die mangelnde Mitwirkung der Patienten führt – ggf. nach einer entsprechenden Mahnung – dazu, dass das Verfahren eingestellt wird (§ 7 Abs. 4).

§ 9 Verfahrensgrundsätze

(1) Das Verfahren ist schriftlich. Die Kommission kann den Sachverhalt mit den Beteiligten mündlich erörtern.

(2) Eine Zeugen- oder Parteivernehmung findet nicht statt.

(3) Die Behandlung wird auf der Grundlage der beigezogenen Behandlungsdokumentation geprüft.

Die Prüfung ist umfassend und nicht durch Anträge beschränkt.

(4) In der Regel wird ein Sachverständigengutachten eingeholt. Die medizinische Behandlung wird fachgebietsgleich beurteilt. Die Beauftragung mehrerer Sachverständiger ist möglich und erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen.

(5) Vor Beauftragung der/des Sachverständigen erhalten die Beteiligten die Gelegenheit, sich zu der Person und zu den vorgesehenen Beweisfragen zu äußern.

a) Für die Ablehnung eines Sachverständigen oder eines Mitglieds der Kommission gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung entsprechend. Es entscheidet die/der Vorsitzende oder ihre/seine Vertretung.

b) Die Beteiligten können zur Fragestellung an die Sachverständigen Anregungen vortragen. Die Abfassung des endgültigen Gutachtauftrages obliegt der Gutachterkommission. Hierbei ist dafür Sorge zu tragen, dass das Gutachten sich mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinandersetzt und auf die haftungsrechtlich relevanten Gesichtspunkte bei der Beurteilung eingeht.

Das Verfahren wird üblicherweise ausschließlich schriftlich durchgeführt. Von der in § 9 Abs. 1 Satz 2 eröffneten Möglichkeit, den Sachverhalt mit den Beteiligten mündlich zu erörtern, wird in der Praxis nicht Gebrauch gemacht. Erhebliche Bedeutung kommt demgegenüber dem **Grundsatz des rechtlichen Gehörs** zu. Er bedeutet, dass alle Beteiligten Gelegenheit erhalten, zu den Ausführungen der Gegenseite Stellung zu nehmen. Darüber hinaus können alle Beteiligten Einsicht nehmen in den gesamten Akteninhalt. Als Ausfluss des Anspruchs der Beteiligten auf rechtliches Gehör haben die Juristinnen und Juristen der Gutachterkommission ferner darauf zu achten, dass die medizinischen Sachverständigen das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis nehmen und sich mit diesem auseinandersetzen. Nicht selten überschneidet sich die Gutachtenerstellung mit der Einreichung von weiteren Schriftsätzen durch die Beteiligten. Trotz des bereits vorliegenden Gutachtens werden solche Schriftsätze

den Gutachtern vorgelegt, damit sie prüfen können, ob das weitere Vorbringen Anlass gibt, das Gutachten in irgendeiner Weise zu ergänzen oder gar abzuändern.

Schon die mangelnde personelle und räumliche Kapazität der Gutachterkommission lässt es nicht zu, **Zeugen- oder Parteivernehmungen** durchzuführen (vgl. § 9 Abs. 2). Zudem wären Zeugen und sonstige Beteiligte auch nicht verpflichtet, zu einem Vernehmungstermin zu erscheinen und wahrheitsgemäß auszusagen, weil es sich bei dem Verfahren vor der Gutachterkommission gerade nicht um eine staatliche Gerichtsbarkeit handelt. Im Übrigen kann auch davon ausgegangen werden, dass die Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, in den meisten Fällen bereits allein durch die Auswertung der vollständigen Behandlungsdokumentation und der schriftlichen Stellungnahmen der Beteiligten beantwortet werden kann. Soweit der entscheidungserhebliche Sachverhalt ausnahmsweise

nur durch eine Zeugen- oder Parteivernehmung geklärt werden kann – etwa beim streitigen Inhalt eines Aufklärungsgesprächs – sind die Beteiligten auf die insoweit beschränkten Möglichkeiten der Gutachterkommission hinzuweisen.

§ 9 Abs. 3 stellt klar, dass die Gutachterinnen und Gutachter nicht etwa auf die Prüfung des von den Patienten geltend gemachten Behandlungsfehlers beschränkt sind. Sie haben vielmehr das Behandlungsgeschehen umfassend auf der Grundlage der Behandlungsunterlagen des beschuldigten Arztes oder Krankenhauses, von vor- und nachbehandelnden Ärzten, sonstigen Befunden und dem tatsächlichen Vorbringen der Beteiligten von Amts wegen zu prüfen. Das **Gebot der Amtsermittlung** ist nicht nur dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Gutachterkommission geschuldet, es soll auch für eine Waffengleichheit zwischen Ärzten und Patienten sorgen als Ausgleich dafür, dass den Patienten zumeist die erforderlichen Kenntnisse und Einsichten in das ärztliche Behandlungsgeschehen fehlen. Im Einzelfall kann auch eine persönliche Untersuchung der Patienten vorgenommen werden, was in das pflichtgemäße Ermessen der Sachverständigen gestellt ist. Dokumentationsmängel in den Krankenunterlagen sowie die besonderen beweisrechtlichen Grundsätze des Arzthaftungsrechts finden ebenfalls Berücksichtigung. Insoweit wird auf die *Beiträge Teil C „Ausgewählte arzt haftungsrechtliche Probleme“*, S. 50–90 verwiesen. Durch die umfassende Prüfung des Behandlungsgeschehens werden im Einzelfall auch Behandlungsfehler festgestellt, an die Patientinnen und Patienten gar nicht gedacht haben. Es verbietet sich aber für die Gutachter, ohne Beachtung des rechtlichen Gehörs Behandlungsfehler von Ärztinnen und Ärzten festzustellen, die von den Antragstellern nicht entsprechend beschuldigt worden sind. Es erfolgt in diesen Fällen vielmehr zunächst die Klärung, ob der Behandlungsvorwurf erweitert wird, und sodann die Einräumung einer Gelegenheit, sich zu dem Vorwurf zu äußern.

In der Verfahrensordnung nicht ausdrücklich vorgesehen ist eine Prüfung von Aufklärungsmängeln. Entsprechend dem gerichtlichen Verfahren werden jedoch Mängel der Selbstbestimmungs- bzw. Risikoaufklärung von der Gutachterkommission dann geprüft, wenn Patientinnen und Patienten oder deren Anwälte

eine ausdrückliche **Aufklärungsrüge** erhoben haben (s. *Beitrag Laumen S. 64 ff.*; zu Mängeln bei der therapeutischen Information (sog. Sicherungsaufklärung), die als Behandlungsfehler eingeordnet werden, s. *Beitrag von Gräfin von Schwerin S. 54 ff.*).

Die in § 9 Abs. 4 angesprochene **Einholung eines Sachverständigengutachtens** durch ein medizinisches Mitglied der Gutachterkommission oder auch – bei einem Erstgutachten – durch externe Sachverständige ist wesentlicher Bestandteil der Überprüfung des Behandlungsfehlervorwurfs. Wie bereits erwähnt, erfolgt die Prüfung fachgebietsgleich. Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Begutachtung der jeweils einschlägige Facharztstandard zugrunde gelegt wird. Sind bei einer einheitlichen Behandlung mehrere Fachgebiete betroffen – etwa bei einer Operation Chirurgen und Anästhesisten –, können gemäß § 9 Abs. 4 Satz 3 von vornherein Aufträge an mehrere Gutachter vergeben werden, wobei die Akten üblicherweise nacheinander versendet werden, was zu einer gewissen Verzögerung des Verfahrens führt. Nicht selten wird auch die Einholung eines weiteren Gutachtens aus einem anderen Fachbereich vom ersten Gutachter angeregt oder für notwendig erachtet.

Durch die Bestellung medizinischer Sachverständiger kommt zwischen der Kommission und den Gutachterinnen und Gutachtern ein **Auftragsverhältnis** zustande. Bei der Begutachtung handelt es sich um eine höchstpersönliche Verpflichtung, sodass die Sachverständigen grundsätzlich nicht befugt sind, die Begutachtung auf andere zu übertragen oder sich vertreten zu lassen (vgl. auch § 407a Abs. 3 ZPO). Dies führt nicht selten zu Beanstandungen durch die Antragsteller, wenn beauftragte Chefärztinnen und Chefarzte – wie es häufig geschieht – das Gutachten von ihren Oberärzten oder Assistenten erstellen und von diesen auch unterschreiben lassen. Eine solche Handhabung wird für zulässig erachtet, wenn die beauftragten Sachverständigen sich die Ausführungen der herangezogenen Hilfsperson zu eigen machen und für die Begutachtung die volle Verantwortung übernehmen. Dass dies geschehen ist, muss nach außen dokumentiert werden, was noch nicht der Fall ist, wenn die beauftragten Sachverständigen das Gutachten nur mit „einverstanden“ unterzeichnen. Erforderlich und ausreichend ist vielmehr die Formulierung „einverstanden aufgrund eigener

Kommentierung der Verfahrensordnung

Untersuchung und Urteilsbildung“ (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 22.2.2002 – 10 U 1213/01, NVersZ 2002, 315).

Es liegt auf der Hand, dass der Erfolg und das Ansehen der Gutachterkommission mit der **Qualität der eingeholten Gutachten** steht und fällt. Die Kommission muss deshalb stets darauf bedacht sein, die Qualität ihrer Gutachten durch entsprechende Maßnahmen aufrechtzuerhalten oder gar zu verbessern. Zu diesem Zweck sind „Hinweise zur Gutachtenerstattung“ erarbeitet worden, die jedem neu bestellten medizinischen Mitglied und jedem neu beauftragten externen Gutachter an die Hand gegeben werden. Darüber hinaus werden laufend interne Fortbildungsmaßnahmen für die Mitglieder der Kommission durchgeführt. Insbesondere wird in den regelmäßig stattfindenden Plenarsitzungen aller juristischen und medizinischen Mitglieder über neuere Entwicklungen berichtet und praxisgerechte Lösungen zur Bewältigung wiederkehrender Probleme, auch zu juristischen Fragestellungen, vorgestellt. Der Qualität der Gutachten dient schließlich auch die Möglichkeit, einzelne Fälle in der Plenarsitzung vorzustellen, die dann interdisziplinär diskutiert und erörtert werden (*zur Funktion der Plenarsitzungen s. Beitrag Riedel/Rosenberger, S. 47*).

Durch die in § 9 Abs. 5 vorgeschriebene **Bekanntgabe der Person des Gutachters** sollen die jeweiligen Antragsteller auch unterhalb der Schwelle von wirklichen Befangenheitsgründen im Sinne der §§ 42 ff., 406 ZPO in die Lage versetzt werden, Einwendungen gegen die Geeignetheit des Sachverständigen geltend zu machen. Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass das Verfahren vor der Gutachterkommission auf einem gegenseitigen Einvernehmen beruht und es nicht sachgerecht erscheint, ein Gutachten einzuholen, das unabhängig von seinem Inhalt bereits wegen der Person des Sachverständigen abgelehnt wird.

Die in § 9 Abs. 5a normierte entsprechende **Anwendung der Vorschriften der ZPO** über die Befangenheit von Richtern und Sachverständigen soll die Unabhängigkeit und Neutralität der Sachverständigen garantieren. Wie auch sonst kommt es nicht darauf an, ob die Sachverständigen tatsächlich befangen sind oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger und besonnener Betrachtungsweise die Person oder das Verhalten

des Sachverständigen die Befürchtung wecken können, dieser stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber. Zu denken ist insoweit insbesondere an die persönliche Bekanntschaft zwischen den Sachverständigen und den beschuldigten Ärztinnen und Ärzten aus früheren Tätigkeiten oder gemeinsamer Ausbildung. Die manchmal gerügte frühere Tätigkeit der Sachverständigen für andere Haftpflichtversicherungen oder gar die einmalige Tätigkeit für den Haftpflichtversicherer des beschuldigten Arztes reichen für sich allein nicht aus, um die Besorgnis der Befangenheit zu begründen.

Den Patientinnen und Patienten bzw. deren Anwälten steht es selbstverständlich frei, **Anregungen zur Prüfung** des Behandlungsfehlers zu geben oder hierzu auch Fragen zu stellen, was nunmehr in § 9 Abs. 5 b Satz 1 ausdrücklich erwähnt wird. Wie Satz 3 dieser Vorschrift jetzt noch einmal klarstellt, müssen sich die Gutachter schon im Hinblick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich mit diesem Vorbringen befassen und sich mit ihm auseinandersetzen. Es gibt hierfür aber auch Grenzen. Nicht selten stellen Patientenanwälte in der Antragschrift in formelhafter und pauschaler Weise Fragenkataloge auf, ohne sie zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt in Beziehung zu setzen. In diesen Fällen sind die Gutachterinnen und Gutachter nicht gehalten, sich mit jeder Frage zu befassen.

§ 10 Verfahren nach Eingang des Gutachtens

- (1) Das eingehende Gutachten wird zunächst dem zuständigen juristischen Mitglied vorgelegt. Hiernach erhalten es die Beteiligten mit der Gelegenheit zur Stellungnahme. Entscheidet die Kommission ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens allein auf Grundlage interner Meinungsbildung, so erhalten die Beteiligten vorab die Möglichkeit, hierzu Stellung zu nehmen.
- (2) Einwendungen gegen das Gutachten können durch Antrag auf abschließendes Gutachten erhoben werden. Der Antrag muss innerhalb einer Frist von einem Monat nach Zustellung des Gutachtens eingehen; die Frist zur Begründung des Antrags kann verlängert werden. Wird ein solcher Antrag gestellt oder hält die Gutachterkommission dies selbst für angezeigt, wird eine abschließende Bewertung durch eine aus einem ärztlichen und einem juristischen Mitglied bestehende Kommission abgegeben. Diese kann weitere ärztliche oder juristische Mitglieder nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen hinzuziehen.
- (3) Die Bewertung ist medizinisch und juristisch begründet und berücksichtigt die Stellungnahmen der Beteiligten. Sie enthält Feststellungen über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers sowie eines hierdurch verursachten Gesundheitsschadens. Sie enthält keine Feststellung zur Höhe einer etwaigen Entschädigung oder einen entsprechenden Vorschlag.
- (4) Den Beteiligten wird eine Ausfertigung dieses abschließenden Gutachtens übersandt.

In § 10 Abs. 1 und 2 wird der **Gang eines Verfahrens** vor der Gutachterkommission angesprochen. Er stellt sich wie folgt dar, wobei wegen der Einzelheiten auf den *Beitrag von Wiesener S. 28 ff.* verwiesen wird:

Nach Eingang eines Antrages wird dieser an die Antragsgegner übersendet, wobei darauf hingewiesen wird, dass dies zunächst nur zum Zwecke der Verjährungshemmung erfolgt. Sodann prüft das nach der internen Geschäftsverteilung zuständige juristische Kommissionsmitglied, ob **Verfahrenshindernisse** im Sinne des § 7 Abs. 2 der Durchführung des Verfahrens entgegenstehen. Ist das der Fall, teilt es dem Antragsteller oder der Antragstellerin schriftlich mit, dass und aus welchen Gründen ein Verfahren nicht durchgeführt werden kann. Das Gleiche gilt, wenn dem Vorbringen der Antragsteller nicht der Vorwurf eines Behandlungsfehlers zu entnehmen ist oder sie keinen Gesundheitsschaden geltend machen. Liegen keine Verfahrenshindernisse vor, wird den Antragstellern zum Ausfüllen eine vorgedruckte Schweigepflichtentbindungserklärung sowie eine Erklärung zur Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten zugesandt, die sich auch auf die namentlich zu benennenden vor- und nachbehandelnden Ärzte bezieht. Legen die Antragsteller diese Erklärungen trotz einer Mahnung nicht vor, wird das Verfahren durch entspre-

chenden Bescheid eingestellt. Nach Vorlage der Erklärung werden der oder die Antragsgegner aufgefordert, zum Behandlungsfehlervorwurf Stellung zu nehmen, die vollständigen Behandlungsunterlagen in Kopie zu den Akten zu reichen und ihren Haftpflichtversicherer zu benennen. Wenn sich der Vorwurf gegen Krankenhausärzte richtet, wird auch der jeweilige Chefarzt oder die Chefarztin um eine Stellungnahme gebeten.

Verweigern Ärztinnen und Ärzte oder deren Haftpflichtversicherer **die Zustimmung** zum Verfahren, erhalten die Antragsteller eine entsprechende Mitteilung mit dem Hinweis, dass das Verfahren auf ihren Antrag fortgesetzt werden kann, wenn sie selbst für die Vorlage der erforderlichen Behandlungsunterlagen sorgen. Ferner werden sie darauf hingewiesen, dass eine Fortsetzung des Verfahrens ohne Beteiligung des Arztes möglicherweise nicht zur Verjährungshemmung ihrer Ansprüche führt. Beantragen die Antragsteller die Fortsetzung des Verfahrens, folgt – wie auch sonst – die Benennung eines medizinischen Sachverständigen.

Bei **Zustimmung der Ärztinnen und Ärzte** bzw. deren Haftpflichtversicherer zur Durchführung des Verfahrens wird deren Stellungnahme den Antragstellern zugeleitet. Das Geschäftsführende Kommissionsmitglied wählt sodann fachgebietsgleich den oder die Sach-

Kommentierung der Verfahrensordnung

verständigen aus, deren Person den Beteiligten vor der endgültigen Beauftragung mitgeteilt wird. Dabei werden interne, aber auch externe Gutachterinnen und Gutachter beauftragt. Während der Begutachtung fordert der Sachverständige nicht selten weitere Behandlungsunterlagen an, etwa von vor- oder nachbehandelnden Ärzten. Ferner wird den Gutachtern der weitere Schriftwechsel der Beteiligten zugeleitet. Die Gutachter entscheiden auch darüber, ob sie eine persönliche Untersuchung des Antragstellers für notwendig erachten, um dessen gegenwärtigen Gesundheitszustand zu begutachten. Dies ist insbesondere bei beanstandeten Schönheitsoperationen nicht selten der Fall. Die Gutachter haben schließlich darüber zu entscheiden, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, der zu einem Gesundheitsschaden beim Patienten geführt hat, und – falls es gerügt worden ist – ob dem Arzt oder der Ärztin ein Aufklärungsmangel vorzuwerfen ist.

Nach **Eingang** wird das **Gutachten** dem zuständigen juristischen Kommissionsmitglied vorgelegt, das es im Hinblick auf juristische und insbesondere beweisrechtliche Fragen sowie auf Schlüssigkeit, sprachliche Verständlichkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit prüft. Je nach Ergebnis der Prüfung stehen den Juristinnen und Juristen mehrere Möglichkeiten offen:

Haben sie – wie in den meisten Fällen – **keine Beanstandungen**, verfügen sie die Zustellung des Gutachtens an die Beteiligten. Diese erfolgt durch eingeschriebenen Brief, der gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG) am dritten Tag nach seiner Aufgabe zur Post als zugestellt gilt. Mit der Zustellung werden die Beteiligten darauf hingewiesen, dass sie gemäß § 10 Abs. 2 innerhalb eines Monats nach Zustellung die Erstattung eines abschließenden Gutachtens beantragen können. Auf diese Weise können die Beteiligten in einer vollwertigen zweiten Instanz ihren Tatsachenvortrag im Hinblick auf die Feststellungen des (Erst-)Gutachtens ergänzen und/oder ihre Einwendungen gegen die medizinischen oder juristischen Bewertungen geltend machen. Haben Beteiligte ohne ihr Verschulden die Einspruchsfrist versäumt, wird ihnen in entsprechender Anwendung der Vorschriften der ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, wenn sie den Antrag innerhalb von zwei Wochen seit Behebung des Hindernisses stellen. Eine Begründung braucht mit dem Antrag auf Erstattung eines abschlie-

ßenden Gutachtens nicht verbunden zu werden; sie kann vielmehr auch nachgereicht werden oder gar völlig fehlen. Ggf. wird das (Erst-)Gutachten also auch ausschließlich von Amts wegen überprüft. Eine Nachfrage erfolgt allerdings dann, wenn obsiegende Beteiligte ohne erkennbaren Grund ein abschließendes Gutachten beantragen verbunden mit dem Hinweis, dass nach sachlicher Prüfung auch eine Änderung zu ihrem Nachteil ergehen kann.

Bei einem **wirksamen Antrag** wird das Verfahren damit fortgesetzt, dass den Beteiligten und dem Haftpflichtversicherer mitgeteilt wird, welcher Jurist und welcher medizinische Sachverständige für die Erstattung des abschließenden Gutachtens zuständig sein werden. Wird das Gutachten dagegen von allen Beteiligten akzeptiert oder die Einspruchsfrist endgültig versäumt, hat das Schlichtungsverfahren sein Ende gefunden.

Haben die Juristen **kleinere Beanstandungen** – es handelt sich zumeist um beweisrechtliche Fragen –, setzen sie sich üblicherweise mit den medizinischen Sachverständigen in Verbindung, um diese zu einer Änderung oder Ergänzung des Gutachtens zu veranlassen, was dann in aller Regel auch geschieht. Ggf. kann dann auch eine Besprechung von strittigen Punkten in den Räumen der Gutachterkommission unter Einbeziehung des Geschäftsführenden Kommissionsmitglieds und/oder weiterer Kommissionsmitglieder stattfinden, um zu einer gemeinsamen Lösung zu gelangen.

Äußerst selten kann es vorkommen, dass die Juristen das **Gutachten** für **unbrauchbar** halten. In diesem Fall regen sie beim Geschäftsführenden Kommissionsmitglied die Beauftragung eines neuen Sachverständigen an.

Zweifeln die Juristen an der Richtigkeit des Erstgutachtens oder sehen sie **erheblichen Ergänzungsbedarf**, können sie auch von Amts wegen ein abschließendes Gutachten veranlassen. Diese Entscheidung wird den Beteiligten zusammen mit der Zustellung des Erstgutachtens mitgeteilt. Gleichzeitig werden sie über die Person des für das abschließende Gutachten zuständigen Juristen und über den beauftragten medizinischen Sachverständigen unterrichtet, der stets Mitglied der Kommission sein muss. Im Einzelfall kann es also zu einem abschließenden Gutachten kommen, ohne dass

die Beteiligten Einwendungen gegen das Erstgutachten erhoben haben.

Ist ein **abschließendes Gutachten** zu erstellen, was in etwa 40 Prozent der Verfahren erforderlich ist, wird die Akte dem zuständigen Juristen vorgelegt, der das Gutachten bis auf die medizinische Begutachtung durch den neuen Sachverständigen vorbereitet. Bei dessen Aufbau sind bestimmte Vorgaben zu beachten, die inhaltlich einem Berufungsurteil ähneln. Insbesondere ist der Ablauf des bisherigen Verfahrens, das wesentliche Ergebnis des Erstgutachtens und das zweitinstanzliche Vorbringen der Beteiligten darzustellen (s. *Beitrag Rosenberger, S. 40 ff.*). § 10 Abs. 3 stellt dabei klar, dass die abschließende Bewertung medizinische und juristische Elemente beinhalten muss. Insbesondere müssen also die beweisrechtlichen Sonderregelungen des Arzthaftungsrechts wie die Beweislastumkehr bei groben Behandlungs- und Befunderhebungsfehlern oder die beweisrechtlichen Folgen von Dokumentationsmängeln Berücksichtigung finden (vgl. § 630h BGB). Dies bedingt eine enge Zusammenarbeit zwischen den medizinischen und juristischen Mitgliedern der Gutachterkommission.

Im Ergebnis wird festgestellt, ob ein **Behandlungsfehler** vorliegt, der zu einem **Gesundheitsschaden** geführt hat oder führen wird. Daneben werden allenfalls noch Feststellungen zu einem Aufklärungsmangel getroffen. Wie bei allen anderen ärztlichen Schlichtungsstellen

unterbleiben Aussagen über die Höhe von Schadensersatz- oder Schmerzensgeldbeträgen. Die Gutachten werden dann sowohl von dem medizinischen als auch von dem juristischen Sachverständigen unterschrieben und an die Beteiligten zugestellt.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die medizinischen Gutachterinnen und Gutachter vom Ergebnis des Erstgutachtens abweichen wollen. Es bedarf dann oftmals einer sog. **Vorwarnung** an den jeweils betroffenen Beteiligten, insbesondere, wenn der entsprechende Gesichtspunkt noch nicht Gegenstand des Schriftwechsels gewesen ist. Diese Hinweispflicht entfällt nur dann, wenn die Gegenseite den nunmehr maßgeblichen Gesichtspunkt bereits zum Gegenstand ihrer Ausführungen gemacht hat. Es gilt der Grundsatz, dass es keine Überraschungsentscheidungen geben soll.

Ein **Wiederaufgreifen** eines einmal abgeschlossenen Verfahrens ist nur in äußerst engen Grenzen möglich. Denkbar ist allenfalls, dass eine der beteiligten Personen völlig neue Umstände geltend macht, die sie bislang ohne ihr Verschulden nicht hat vortragen können und die das Ergebnis der Begutachtung in einem völlig neuen Licht erscheinen lässt. Es wird dann ggf. ein ergänzendes Gutachten des – zweiten – medizinischen Sachverständigen eingeholt. Das Gleiche gilt, wenn erstinstanzlich ein wesentlicher Gesichtspunkt schlicht übersehen oder grundlos übergangen worden ist.

§ 11 Datenschutz

Die gesetzlichen Grundlagen zum Datenschutz sind zu beachten. Vom Patienten ist eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Schweigepflichtentbindungserklärung einzuholen.

Die Vorgaben für den Datenschutz ergeben sich aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 e i.V.m. Art. 9 Abs. 2 a der EU-Datenschutzgrundverordnung sowie aus dem Bundesdatenschutzgesetz und den Datenschutzgesetzen der Länder. Diese Vorgaben werden von der Gutachterkommission strikt eingehalten. Dem Datenschutz dient auch die ausführliche und vereinheitlichte Schweigepflichtentbindungserklärung, die die Antragsteller vor Durchführung des Verfahrens ausfüllen und unterschreiben müssen. Datenschutzrechtlich besonders gesichert ist

ferner auch der elektronische Schriftverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedern der Gutachterkommission. Werden Fälle in größeren Gremien – etwa in der Plenarsitzung – erörtert, werden die Beteiligten des Verfahrens stets anonymisiert. Das Gleiche gilt – wie bei einer gerichtlichen Entscheidung – im Falle der Veröffentlichung eines Falles.

§ 12 Statistik, Berichtspflicht

- (1) Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen erfassen die Ergebnisse ihrer Arbeit statistisch in anonymisierter Form. Diese Ergebnisse gehen in eine bundesweite Auswertung ein und werden zum Zwecke der Aus-, Fort- und Weiterbildung sowie zur Fehlerprophylaxe verwendet.
- (2) Die Gutachterkommission erstattet der Kammerversammlung jährlich einen Tätigkeitsbericht.

§ 12 Abs. 1 normiert nunmehr eine Verpflichtung der Gutachterkommission, der sie ohnehin bereits seit Jahren nachkommt. Sie erstattet nicht nur der Ärztekammer in der Kammerversammlung einen **jährlichen Bericht**, der sich mit der Geschäftsentwicklung, der Verfahrensdauer und der Analyse der festgestellten Behandlungsfehler befasst. Dieser Bericht wird im Rheinischen Ärzteblatt wiedergegeben und auch auf der Internetseite der Ärztekammer veröffentlicht. Darüber hinaus gibt die Gutachterkommission ihre Zahlen – wie bereits erwähnt – auch an die Bundesärztekammer weiter, die sie zum Zwecke der Fortbildung und Fehlerprophylaxe auswerten lässt.

Die **Eingangszahlen der Gutachterkommission** sind in den ersten Jahrzehnten ständig gestiegen und stagnieren seit etwa der Jahrtausendwende auf einem hohen Niveau (etwa 2.000 Eingänge). Eine im Jahre 2020 zu verzeichnende „Delle“ beruht möglicherweise auf dem ersten Corona-Lockdown im Frühjahr 2020. Der Prozentsatz der bejahten Behandlungsfehler an den Sachentscheidungen liegt seit Jahren zwischen 27,5 und 32 Prozent. 75 Prozent der Verfahren beziehen sich auf Krankenhausbehandlungen, der Rest auf den niedergelassenen Bereich (Praxis, MVZ), wobei der Prozentsatz der festgestellten Behandlungsfehler in beiden Bereichen in etwa gleich ist. Häufig betroffen sind die Orthopädie und die Unfallchirurgie, gefolgt von der Inneren Medizin im Krankenhausbereich und der Allgemeinmedizin im Praxisbereich. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den *Beitrag von Weber S. 48 f.* verwiesen.

Die Arbeit der Gutachterkommission und ihre Erfolge bei der Streitschlichtung waren in der Vergangenheit Gegenstand von entsprechenden **Evaluationen**. Danach betrug die Befriedigungsquote, d.h. der Anteil der Haftungsstreitigkeiten, die ohne Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte unmittelbar durch das Verfahren vor der Gutachterkommission als befriedet gewertet werden können, stets zwischen 85 und 90 Prozent.

In 10 bis 15 Prozent der Fälle werden nach Abschluss des Güteverfahrens also noch die staatlichen Gerichte angerufen. Dabei ist aber zusätzlich zu berücksichtigen, dass es bei diesen Gerichtsverfahren nicht selten nicht mehr um den Grund des Anspruchs geht, sondern die Parteien nur noch um die Höhe der Entschädigungsleistung streiten. Die Anzahl der Verfahren, in denen das Gericht das Ergebnis der Begutachtung korrigiert, tendiert nach diesen Untersuchungen gegen ein Prozent aller eingeleiteten Verfahren. Die Zahlen sprechen für die Qualität der Begutachtungen und die hohe Akzeptanz der Entscheidungen der Gutachterkommission. Sie zeigen, welche Bedeutung der Arbeit der Gutachterkommission für die außergerichtliche Streitschlichtung in Arzthaftpflichtfällen zukommt. Es wird geschätzt, dass auf diese Weise ein Viertel aller vermuteten Arzthaftungsfälle ohne Anrufung der staatlichen Gerichte ihre Erledigung finden.

Inzwischen sucht die Gutachterkommission Kontakt zu den Arzthaftungskammern und -senaten ihres Bezirks, um die Akzeptanz ihrer Arbeit zu evaluieren.

Die erwähnten Untersuchungen haben darüber hinaus ein weiteres **erstaunliches Ergebnis** zutage gebracht. Etwa 20 bis 25 Prozent der Patienten, bei denen die Gutachterkommission einen Behandlungsfehler oder einen Aufklärungsmangel festgestellt hat, verfolgen ihre Ansprüche gegen den Haftpflichtversicherer nicht weiter. Dies zeigt sehr deutlich, dass es vielen Patienten gar nicht in erster Linie um eine finanzielle Entschädigung geht, sondern um die Bestätigung ihrer Vermutung, dass bei ihrer Behandlung etwas vorwerfbar „schiefe“ gelaufen ist.

In § 12 Abs. 1 kommt darüber hinaus ein wichtiger Nebeneffekt zur eigentlichen Aufgabe der Gutachterkommission zum Ausdruck. Sie leistet in vielfältiger Weise einen wertvollen Beitrag zur **Behandlungsfehlerprophylaxe** und damit zur Qualitätssicherung der ärzt-

lichen Behandlung. Insofern ist in erster Linie die sog. MERS-Dokumentation zu nennen (MERS = Medical Error Reporting System). Es handelt sich um eine im Jahre 2005 eingeführte EDV-gestützte bundesweit einheitliche Erfassung der Verfahrensergebnisse aller ärztlichen Schlichtungsstellen in Deutschland. Diese lieferte bis Anfang 2021 Statistiken aller in einem gegebenen Zeitraum abgeschlossenen Fälle, der Fachgebiete der beteiligten Ärztinnen und Ärzte, der Versorgungsebenen, der Krankheiten, deren Behandlung in Vorwurf geraten war, der in den Verfahren festgestellten Fehler, der Kausalität und der Schwere der Gesundheitsschäden der beteiligten Patientinnen und Patienten sowie deren Alterszusammensetzung.

Das System wurde mit Übernahme der Daten aus 2020 im Frühjahr 2021 nunmehr ein letztes Mal aktualisiert und wird seither nicht mehr unterstützt. Derzeit wird auf Bundesebene für die Daten aus 2021 zunächst eine Übergangsregelung in den Blick genommen. Für die Folgejahre soll dann anstelle von MERS eine bundesweite Nachfolgestatistik ins Werk gesetzt werden.

Darüber hinaus geben die Mitglieder der Gutachterkommission die Erkenntnisse aus ihren Verfahren über mögliche Fehlerquellen in zahlreichen **Fortbil-**

dungsmaßnahmen weiter. So werden unter der Rubrik „Aus der Arbeit der Gutachterkommission“ seit dem Jahr 2000 alle zwei Monate im *Rheinischen Ärzteblatt* Fallberichte über die Vermeidung von Behandlungsfehlern veröffentlicht. Seit dem Jahre 2007 werden ausgewählte Fallberichte auch in der Fachzeitschrift *Medizinrecht* und in weiteren Publikationen veröffentlicht. Darüber hinaus gibt die Gutachterkommission eine Broschüre heraus mit gutachtlichen Entscheidungen, die – gegliedert nach Fachgebieten – im *Rheinischen Ärzteblatt* erschienen sind, nunmehr bereits in 7. Auflage mit den Veröffentlichungen von Januar 2016 bis Januar 2020. Die gutachtlichen Entscheidungen aus den Jahren 2000 bis 2015 sind zusätzlich auf der Homepage der Gutachterkommission abrufbar. Schließlich ist in diesem Zusammenhang das Institut für Qualität im Gesundheitswesen Nordrhein (IQN) zu erwähnen. Dabei handelt es sich um eine gemeinsam von der Ärztekammer Nordrhein und der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein getragene Einrichtung, die in Zusammenarbeit mit der Gutachterkommission regelmäßig Fortbildungsveranstaltungen unter dem Motto „Aus Fehlern lernen“ durchführt, die wesentlich von den Erkenntnissen der Gutachterkommission gespeist werden.

§ 13 Patientenvertretung

Der oder dem Patientenbeauftragten der Landesregierung ist Einblick in verfahrensorganisatorische Abläufe der Gutachterkommission zu gewähren, soweit Patientenrechte berührt sein können.

Die oder der Patientenbeauftragte der Landesregierung kann sich über alle Arbeitsabläufe der Kommission informieren. An der Entscheidungsfindung im konkreten Einzelfall sind sie nicht beteiligt.

§ 14 Kosten

- (1) Das Verfahren ist für Patientinnen und Patienten kostenfrei.
- (2) Die Beteiligten tragen ihre eigenen Kosten, einschließlich der Kosten ihrer Vertretung, selbst.
- (3) Der Haftpflichtversicherer beteiligt sich im vereinbarten Umfang an den Kosten des Verfahrens.

Die in § 14 Abs. 1 festgelegte **Gebührenfreiheit** für die Beteiligten ist ein wesentliches Argument für die Durchführung eines Verfahrens vor der Gutachterkommission. Dass die Beteiligten ihre eigenen Kosten einschließlich der Kosten ihrer anwaltlichen Vertretung selbst tragen müssen, entspricht der Regelung in allen anderen ärztlichen Schlichtungsstellen in Deutschland.

Die **Kosten der Gutachterkommission** werden überwiegend aus den Beiträgen der Kammermitglieder bestritten. Die Ärztekammer erhält jedoch aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gesamtverband der Deutschen

Versicherungswirtschaft e.V. von dem jeweils zuständigen Haftpflichtversicherer der belasteten Ärztinnen und Ärzte einen pauschalen Betrag zu den Kosten der Verfahren. Dieser wird unabhängig davon gezahlt, ob ein Behandlungsfehler festgestellt wird oder nicht. Mit dieser Beteiligung wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass ein Verfahren vor der Gutachterkommission auch für den Haftpflichtversicherer die Möglichkeit bietet, durch ein einfaches, kostengünstiges und verhältnismäßig schnelles Verfahren eine objektive und fachmännische Prüfung eines Behandlungsfehlervorwurfs zu erhalten.

§ 15 Rechtsweg, Verfahrensrecht

- (1) Durch das Verfahren der Gutachterkommission wird der Rechtsweg nicht ausgeschlossen.
- (2) Soweit sich aus dieser Verfahrensordnung nichts anderes ergibt, finden ergänzend die Vorschriften der Zivilprozessordnung, hilfsweise des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen Anwendung.

Wie bereits in § 2 erwähnt, sind die Ergebnisse der Begutachtung durch die Kommission unverbindlich. Die **Unverbindlichkeit ihrer Entscheidungen** gehört zu den grundlegenden Verfahrensgrundsätzen des ärztlichen Schlichtungsverfahrens und wird in § 15 Abs. 1 wiederholt. Es würde rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechen, Entscheidungen der Gutachterkommission einer gerichtlichen Nachprüfung zu entziehen. Ist eine der Beteiligten mit dem Ergebnis der Begutachtung nicht einverstanden, kann er also ohne weiteres noch den Rechtsweg zu den Zivilgerichten beschreiten. Dies kann der Patient oder die Patientin sein, die Schadensersatz oder Schmerzensgeld vom Arzt oder dem Krankenhaus verlangen, es können aber auch Ärztinnen und Ärzte sein, die nach der gutachterlichen Feststellung eines Behandlungsfehlers mit der Erhebung einer negativen Feststellungsklage gegen sie gerichtete Ansprüche ausschließen wollen. Wie bereits erwähnt, kommt es allerdings nur in etwa zehn bis 15 Prozent aller Fälle der Gutachterkommission zu einem anschließenden Gerichtsverfahren.

In einem Gerichtsverfahren wird das Gutachten einer ärztlichen Schlichtungsstelle im Wege des sog. **Urkundenbeweises** herangezogen und gewürdigt. In aller Regel wird das Gericht jedoch zusätzlich ein eigenes Sachverständigengutachten in Auftrag geben. In der Vergangenheit sind die im Rahmen des Schlichtungsverfahrens tätigen Gutachterinnen und Gutachter auch häufig im anschließenden Zivilprozess als Sachverständige in derselben Sache herangezogen worden. Diese Möglichkeit besteht jedoch nach der neueren Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 30.12.2016 – VI ZR 1/16, BGHZ 213, 131, 133 Rz. 8 ff.) praktisch nicht mehr, weil solche Gutachter im Hinblick auf ihre Vorbefassung wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden können.

Die in § 15 Abs. 2 enthaltene allgemeine **Verweisung auf die Vorschriften der ZPO** und des Verwaltungsverfahrensgesetzes wird – wie bereits erwähnt – zum Beispiel relevant, wenn medizinische Gutachter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Es kann dann auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der §§ 42, 406 ff. ZPO zurückgegriffen werden.

§ 16 Inkrafttreten, Übergangsregelung

Diese Verfahrensordnung der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein tritt am 01.12.2020 in Kraft und findet auf ab diesem Zeitpunkt neu eingehende Verfahren Anwendung.

Für die bis zum 30.11.2020 eingegangenen Verfahren findet dementsprechend noch das Statut der Gutachterkommission vom 21.3.2015 Anwendung. Der Unterschied besteht vor allem darin, dass die Behandlungseinrichtungen und die Haftpflichtversicherer nach der früheren Verfahrensordnung nicht am Verfahren beteiligt waren.

B. Die Praxis der Gutachterkommission

Das Verfahren ab Antragseingang

Dr. med. Tina Wiesener

I. Einleitung

Für die Organisation der Belange der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein ist eine Geschäftsstelle eingerichtet. Sie stellt die zentrale Anlaufstelle für alle Verfahrensbeteiligten, die ärztlichen und juristischen Kommissionsmitglieder sowie die Gutachterinnen und Gutachter im Verfahren dar.

Die Geschäftsstelle erledigt sämtliche administrativen Tätigkeiten rund um die Begutachtungsverfahren inklusive der vollständigen Korrespondenz und stellt die Aktenführung mit Fristüberwachung und Wiedervorlage, deren Umlauf und die datenschutzkonforme Sicherung und Archivierung der Verfahrensakten und -dokumente sicher. Als Schnittstelle unterstützt und koordiniert sie die Arbeitsabläufe mit den medizinischen und juristischen Kommissionsmitgliedern sowie externen Sachverständigen und Ansprechpartnern. Ihr obliegt auch die Organisation und Durchführung der alle zwei Monate stattfindenden Plenarsitzung.

Sitz der Geschäftsstelle ist das Haus der Ärzteschaft, Tersteegenstr. 9, 40474 Düsseldorf.

Einen wesentlichen Anteil an der Arbeit der Geschäftsstelle hat die umfassende Vorprüfung der eingereichten Unterlagen nach Eingang des Antrages. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Geschäftsstelle gewährleisten hierbei unter anderem die telefonische Erreichbarkeit für die Verfahrensbeteiligten, informieren anfragende Patientinnen und Patienten sowie Ärztinnen und Ärzte und alle weiteren Beteiligten über das Verfahren und den Verfahrensablauf:

II. Antragsberechtigung

Sowohl Patientinnen und Patienten, die das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und einen dadurch verursachten Gesundheitsschaden vermuten, als auch die in Anspruch genommenen Ärztinnen und Ärzte, sind antragsberechtigt.

Beteiligte und zu Verfahrensanträgen berechtigt ist auch die Behandlungseinrichtung für welche die in

Anspruch genommene Ärztin oder der Arzt tätig geworden ist sowie die Haftpflichtversicherung der Ärztin/des Arztes beziehungsweise der Behandlungseinrichtung (§ 6 Abs. 1, 2 VfO). Die Beteiligten können sich vertreten lassen (§ 6 Abs. 3 VfO).

Das Verfahren bei der Gutachterkommission wird eingeleitet durch einen schriftlichen Antrag des Patienten oder des Arztes (§ 9 Abs. 1 VfO). Der Überprüfungsantrag ist bei Minderjährigen von (beiden) gesetzlichen Vertretern zu unterzeichnen oder das Sorgerecht zu belegen.

Antragsberechtigt im Todesfall sind die Erben des verstorbenen Patienten (§ 6 Abs. 1a der VfO). Die Antragsberechtigung als Erbe ist nach Aufforderung in geeigneter Weise – zum Beispiel durch Vorlage eines Erbscheins – nachzuweisen. Die für eine Prüfung erforderlichen Unterlagen werden von der Geschäftsstelle angefordert und dem (stellvertretenden) Vorsitzenden zur Prüfung vorgelegt.

III. Formale Anforderungen

Für die Antragstellung notwendig sind Angaben zur Person (Name, Vorname, Anschrift) des betroffenen Patienten oder Antragstellers sowie Name und vollständige Anschrift des Arztes oder der Ärztin, gegen die sich der Antrag richtet, ergänzt durch eine Schilderung des wesentlichen Sachverhaltes, der überprüft werden soll. Hierzu sind insbesondere Angaben über den Grund und den Zeitpunkt der beanstandeten Behandlung, den vermuteten Behandlungsfehler und den hierdurch eingetretenen Gesundheitsschaden zu machen.

Im Falle einer Krankenhausbehandlung ist mindestens die Angabe des Krankenhauses und der Krankenhausabteilung (Name des Chefarztes oder der Chefarztin) notwendig. Der Antragsteller muss nicht in jedem Fall den Namen des Arztes kennen, dem er einen Behandlungsfehler zur Last legt, allerdings ist zumindest die Behandlung so darzustellen, dass erkannt werden kann, welcher Arzt oder welche Ärztin gemeint ist. Eine Ablichtung eines entsprechenden Arztbriefes be-

ziehungsweise Operationsberichtes oder eines anderen Dokuments ist gegebenenfalls beizulegen.

Wird der Antrag vonseiten des behandelnden Arztes gestellt, so muss der Patient, der möglicherweise geschädigt wurde, benannt werden. Dieser wird um eine Erklärung gebeten werden, dass er der Durchführung des Verfahrens bei der Gutachterkommission zustimmt.

Zur Vereinfachung der Antragstellung soll der auf der Website der Ärztekammer Nordrhein unter www.aekno.de/patienten/behandlungsfehler eingestellte Formularantrag verwendet werden. Der Antrag ist vollständig auszufüllen und unterschrieben bei der Geschäftsstelle der Gutachterkommission einzureichen. Falls nicht bereits durch Übermittlung der unterzeichneten entsprechenden Erklärungen geschehen, wird der Antragsteller gebeten, die beschuldigten Ärzte und die vor- und nachbehandelnden Ärztinnen und Ärzte auf dem dafür vorgesehenen Vordruck „Einwilligungs- und Schweigepflichtentbindungserklärung“ von ihrer ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden sowie zu erklären, dass er mit der Unterrichtung des für den beschuldigten Arzt zuständigen Berufshaftpflichtversicherers einverstanden ist. Der von der Geschäftsstelle hierfür vorgehaltene Vordruck wird gemäß der Datenschutzgrundverordnung (DSG-VO) durch die zu der o. a. Erklärung gehörenden „Informationen zum Datenschutz (Verfahren der Gutachterkommission)“ ergänzt.

Beide Schriftstücke sind ebenfalls auf der Website der Ärztekammer Nordrhein unter www.aekno.de/patienten/behandlungsfehler verfügbar.

IV. Verfahrensvoraussetzungen und -hindernisse

Voraussetzung für ein Verfahren vor der Gutachterkommission ist, dass Ärztinnen und Ärzte, gegen die sich der Behandlungsfehlervorwurf richtet, der Ärztekammer Nordrhein angehören, das heißt, dass sie im Regierungsbezirk Düsseldorf oder Köln tätig sind beziehungsweise zum Zeitpunkt der beanstandeten Behandlung tätig waren.

Zahnärztinnen und Zahnärzte sind keine Mitglieder der Ärztekammer, sondern der Zahnärztekammer, wohingegen Ärztinnen und Ärzte für Mund-Kiefer-Ge-

sichtschirurgie als doppelapprobierte Ärzte Mitglieder sowohl der Zahnärzte- als auch der Ärztekammer Nordrhein sein können.

Besteht eine örtliche oder sachliche Unzuständigkeit für den gestellten Antrag, so werden die eingereichten Unterlagen mit einem Hinweis auf die zuständige Stelle oder Einrichtung an den Antragsteller zurückgereicht.

Die Gutachterkommission wird gemäß ihrer Verfahrensordnung (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 - 3 VfO) nicht tätig,

- solange in derselben Sache ein Zivilprozess anhängig ist.
- wenn bereits ein gerichtliches Verfahren abgeschlossen beziehungsweise durch gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich erledigt wurde.
- solange ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren oder ein strafgerichtliches Verfahren wegen derselben Tatsachen anhängig ist.
- wenn der behauptete Behandlungsfehler bei Antragstellung länger als fünf Jahre zurückliegt.

Wegen der Einzelheiten wird auf die *Kommentierung der Verfahrensordnung S. 16 f.* verwiesen.

Bei Hinweisen auf ein mögliches Verfahrenshindernis werden daher die Antragsunterlagen vonseiten der Geschäftsstelle dem (stellvertretenden) Vorsitzenden zur rechtlichen Prüfung zugeleitet.

Auch in Fällen, in denen der Patient oder die Patientin dem Arzt keinen Behandlungsfehler vorwerfen, sondern zum Beispiel lediglich die Kosten der Behandlung kritisieren, oder wenn keine Anhaltspunkte bestehen, dass durch die beanstandete Behandlung ein Gesundheitsschaden entstanden ist oder voraussichtlich entstehen wird, wird das Verfahren nicht durchgeführt.

Formulare für die Antragstellung auf www.aekno.de/patienten/behandlungsfehler

- ▶ Antrag auf Überprüfung einer ärztlichen Behandlung
- ▶ Einwilligung- und Schweigepflichtentbindungserklärung zum Antrag auf Überprüfung einer ärztlichen Behandlung

Das Verfahren ab Antragseingang

Dies gilt auch dann, wenn ein Arzt nicht behandelt, sondern lediglich ein Gutachten erstellt hat oder eine nicht-ärztliche Behandlung zum Beispiel durch einen Physiotherapeuten oder eine Physiotherapeutin in deren eigener Verantwortung durchgeführt wurde.

V. Bekanntgabe

Dem aus dem Antrag hervorgehenden Antragsgegner wird mit Blick auf eine Verjährungshemmung der Antrag unter Übermittlung einer Ablichtung des Antragschreibens zeitnah („demnächst“) nach Antragseingang bekannt gegeben (§ 204 Abs. 1 Nr. 4. b) BGB) mit dem Hinweis, dass in der Regel zunächst von seiner Seite nichts veranlasst werden muss und die Gutachterkommission alsbald auf den Vorgang zurückkommt.

VI. Erläuterungen zum Ablauf

Dem Antragsteller oder der Antragstellerin werden zunächst Erläuterungen zum Ablauf und zur voraussichtlichen Dauer des Verfahrens sowie Hinweise zur Wirkung des Antrags auf den Lauf der Verjährungsfristen gegeben. Zur Sachverhaltsaufklärung wird gebeten, der Gutachterkommission eventuell vorhandene Ablichtungen ärztlicher Unterlagen (Arztbriefe, Entlassungsberichte, Operationsberichte, Röntgenaufnahmen) und sonstigen Schriftwechsel, der die Behandlung betrifft, zu überlassen. Diese Unterlagen werden, sofern sie nicht Aktenbestandteil geworden sind, nach Verfahrensabschluss zurückgesendet.

Über den Stand des Verfahrens werden die Beteiligten regelmäßig wechselseitig durch Übersendung von Ablichtungen des wesentlichen Akteninhaltes unterrichtet. Akteneinsicht wird auf Antrag nur in den Räumen der Geschäftsstelle der Gutachterkommission gewährt, dies gilt nicht für die die Beteiligten vertretenden Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege. Etwa die Hälfte der antragstellenden Patientinnen und Patienten lassen sich im Verfahren rechtsanwaltlich vertreten.

VII. Mitwirkungspflicht der Patientinnen und Patienten

Die Beteiligten sind zur Unterstützung der Gutachterkommission bei der Aufklärung des Sachverhaltes verpflichtet.

Wenn Patientinnen und Patienten trotz Mahnung die für das Verfahren erforderlichen Schweigepflichtbindungserklärung(en) nicht erteilen oder auf Anforderung der Gutachterkommission die erforderlichen Informationen und/oder die vollständige Behandlungsdokumentation in einer für die Begutachtung geeigneten Form nicht zur Verfügung stellen, wird das Verfahren wegen mangelnder Mitwirkung eingestellt (vgl. § 7 Abs. 4 in Verb. mit § 8 Vfo). Dies gilt auch, wenn ein vom Gutachter angeordneter Untersuchungstermin unentschuldig nicht wahrgenommen wird.

VIII. Einholung der ärztlichen Stellungnahme(n)

Bei Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen wird der Arzt oder die Ärztin durch das geschäftsführende Kommissionsmitglied gebeten, gegenüber der Gutachterkommission eine Stellungnahme, die an den Antragsteller weitergeleitet werden kann, abzugeben.

Nicht immer ist erkennbar, welche Ärztinnen und Ärzte einer Einrichtung an der Behandlung des Patienten beteiligt waren. Hier ergibt sich die Notwendigkeit der Nachfrage durch die Geschäftsstelle. Sind ärztliche Mitarbeiter einer Klinik oder eines Krankenhauses belastet, so wird in der Regel mit Blick auf die organisatorische und fachliche Verantwortlichkeit auch der Abteilungsleiter/Klinikdirektor beziehungsweise der Chefarzt um eine Stellungnahme gebeten. Falls die ärztliche Stellungnahme auch für einen ärztlichen Mitarbeiter abgegeben wird, wird um dessen Gegenzeichnung gebeten.

IX. Beteiligung weiterer Ärztinnen und Ärzte

Da die Patientin oder der Patient die gesamte Behandlung zumeist nicht übersehen können, wird in der Regel davon ausgegangen, dass sich der Antrag auf Überprüfung gegen alle Ärztinnen und Ärzte richtet, die an einem einheitlichen Behandlungsvorgang beteiligt waren. Nicht namentlich genannte, aber im Rahmen einer Behandlung hinzugezogene behandelnde Ärzte einer Klinik/eines Krankenhauses können daher ebenfalls Beteiligte sein, so zum Beispiel der bei

einem operativen Eingriff tätig gewordene Operateur, der narkoseführende Anästhesist und gegebenenfalls auch der nachbehandelnde Intensivmediziner. Zeichnet es sich ab, dass sich der Vorwurf auch gegen diese Ärztinnen und Ärzte richtet, ist ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (rechtliches Gehör).

Da das Verfahren für alle Beteiligten freiwillig ist, sind die in Anspruch genommenen Ärztinnen und Ärzte nicht verpflichtet, daran teilzunehmen und eine Stellungnahme zu dem vom Patienten erhobenen Behandlungsfehlervorwurf abzugeben (Prinzip der Freiwilligkeit). Zumindest sollte aber die vollständige Behandlungsdokumentation übersendet werden, damit die Gutachterkommission den Sachverhalt möglichst umfassend aufklären und gutachtlich beurteilen kann. Hierzu werden Kopien der vollständigen Krankenunterlagen in gut lesbarer, chronologischer und abgehefteter Form oder digital einschließlich eventueller Bildgebungen erbeten. Auch werden die Ärztinnen und Ärzte aufgefordert mitzuteilen, ob wegen dieser Angelegenheit ein Rechtsstreit oder sonstiges Verfahren anhängig oder abgeschlossen worden ist.

Vor- und nachbehandelnde Ärztinnen und Ärzte, gegen die kein Überprüfungsantrag gestellt wurde, sind hingegen nicht beteiligt. Daher erfolgt auch nur dann eine Nachfrage bei dem Antragsteller vonseiten der Geschäftsstelle, wenn eine Klarstellung erforderlich ist, gegen wen sich das Verfahren richtet. Dem Patienten steht es jedoch frei, seinen Antrag auch auf andere Ärzte zu erweitern und gegebenenfalls ein weiteres Überprüfungsverfahren zu beantragen.

X. Mitwirkungspflicht der Ärztinnen und Ärzte

Gemäß § 8 Vfo sind die Beteiligten, so auch der belastete Arzt oder die belastete Ärztin, zur Unterstützung der Gutachterkommission bei der Aufklärung des Sachverhaltes verpflichtet. Beantworten diese die Aufforderung, eine Stellungnahme abzugeben und die Behandlungsdokumentation beizubringen, nicht oder nur unzureichend, so wird nach erfolgloser Mahnung durch die Geschäftsstelle vonseiten des (stellvertretenden) Vorsitzenden erneut um Vorlage gebeten und zusätzlich auf das Einsichtsrecht der Patientin oder des Patienten in die ihn betreffenden objektiven Krankenunterlagen hingewiesen.

In einem möglichen letzten Schritt wird darauf hingewiesen, dass die Nichtbeantwortung der mehrfachen Anfragen gegen ärztliche Berufspflichten verstoßen kann, da Ärztinnen und Ärzte im Rahmen ihrer Berufspflichten Anfragen der Ärztekammer zu beantworten haben, und zumindest mitzuteilen, dass keine Stellungnahme abgegeben wird.

Werden die erforderlichen Behandlungsunterlagen nicht vorgelegt, so wird das Verfahren eingestellt. Patientinnen und Patienten können ihren Anspruch auf Einsichtnahme und Herausgabe von Kopien ihrer Behandlungsdokumentation notfalls auf dem Klagewege geltend machen, sodass nach Erhalt der Unterlagen das Verfahren wieder aufgenommen werden kann.

XI. Beteiligung des Trägers

Mit gleicher Post informiert die Gutachterkommission auch die Verwaltung/Geschäftsführung des Trägers/Krankenhauses über das Begutachtungsverfahren und empfiehlt, die Stellungnahme dort abzustimmen und der Gutachterkommission mitzuteilen, ob zur Entlastung der in Anspruch genommenen Ärztinnen und Ärzte beziehungsweise zur Verfahrensvereinfachung die Korrespondenz nur noch mit der Verwaltung erfolgen soll.

XII. Beteiligung der Haftpflichtversicherung

Nach den Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) obliegt es dem Versicherungsnehmer, jeden Versicherungsfall – dazu zählt auch ein Begutachtungsantrag bei der Gutachterkommission – unverzüglich dem Versicherer anzuzeigen, auch wenn noch keine Schadensersatzansprüche gestellt wurden. Vor diesem Hintergrund bittet die Gutachterkommission darum, Namen, Anschrift und Schadenummer der für den beanstandeten Behandlungszeitraum zuständigen Haftpflichtversicherung auf einem von der Geschäftsstelle beigelegten Vordruck mitzuteilen, damit diese auf ihre Möglichkeit der Beteiligung am Gutachterverfahren hingewiesen werden kann.

Die Gutachterkommission weist ferner darauf hin, dass es sich für den Arzt oder die Ärztin empfiehlt, gegebenenfalls die ärztliche Stellungnahme zu dem Behandlungsfehlervorwurf dem Versicherer vorab zur Kenntnis zu bringen. Für den Fall, dass die Stel-

Das Verfahren ab Antragseingang

lungnahme und die Behandlungsunterlagen über den Haftpflichtversicherer übersandt werden, bittet die Geschäftsstelle um eine kurze diesbezügliche Nachricht, um unnötige Mahnungen zu vermeiden.

Aufgrund einer Vereinbarung zwischen der Ärztekammer Nordrhein und dem Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) beteiligen sich die ärztlichen Berufshaftpflichtversicherer in Form einer Kostenpauschale an den Kosten, welche die Ärztekammer für die Verfahren bei der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler zu tragen hat.

XIII. Zustimmung der Beteiligten

Das Verfahren findet nach Zustimmung aller Beteiligten statt.

Wenn der Arzt oder die Ärztin beziehungsweise der Träger und/oder die Haftpflichtversicherung sich dazu entschließen sollten sich nicht zu beteiligen, kann die Gutachterkommission nach pflichtgemäßem Ermessen das Verfahren dennoch durchführen, wenn begründete Aussicht auf eine Förderung der Streitbeilegung entsprechend dem Ziel des Verfahrens besteht (§ 7 Abs. 1 S. 4 VfO).

In diesem Fall sind die Behandlungsunterlagen durch die Patientin oder den Patienten selbst beizubringen und es erfolgt ein Hinweis des (stellvertretenden) Vorsitzenden an diese, dass gemäß § 630g Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Einsicht in die vollständige Patientenakte besteht.

XIV. Bearbeitung der Gutachtenerstellung

Mit Vorliegen der „Einwilligungs- und Schweigepflichtentbindungserklärung“ des Patienten, den ärztlichen Stellungnahmen und der vollständigen Patientendokumentation werden die Akten dem Geschäftsführenden Kommissionsmitglied vorgelegt. Dieses benennt einen geeigneten Sachverständigen. Daran anschließend erfolgt eine Prüfung des Vorgangs durch das zuständige juristische Mitglied und die Information der Beteiligten über den ausgewählten Sachverständigen als Entwurf für einen gegebenenfalls zu erteilenden Gutachtenauftrag mit Frist zur Stellungnahme. Gleichzeitig verfügt das zuständige juristische Mitglied auch die Übersendung der ärztlichen Stellungnahmen und eines möglichen weiteren

Schriftverkehrs an den Antragsteller beziehungsweise an die Beteiligten.

Der oder die Sachverständigen erhalten nach Fristablauf in der Regel auf dem Postweg die Verfahrensakte und die vollständigen medizinischen Unterlagen durch die Geschäftsstelle. Die von den Sachverständigen gegebenenfalls erbetenen zusätzlichen Krankenunterlagen, auch von nicht beteiligten vor- und nachbehandelnden Ärztinnen und Ärzten („Auskunftsärzte“) werden von der Geschäftsstelle angefordert und den Sachverständigen zugeleitet. Wird ein Zusatzgutachten notwendig, so werden die erforderlichen Schritte wie bei der Auswahl und Benennung des Hauptgutachters von der Geschäftsstelle eingeleitet und unterstützt. Nach Eingang des Gutachtens beziehungsweise aller Gutachten und Prüfung auf sachliche Richtigkeit werden die Akten erneut dem juristischen Kommissionsmitglied vorgelegt, das den Versand des Gutachtens und das weitere Vorgehen verfügt.

Werden Einwendungen gegen das Gutachten erhoben oder hält die Gutachterkommission selbst ein abschließendes Gutachten für erforderlich (vgl. zu § 10 VfO), so werden die Prozesse rund um den Antrag beziehungsweise die juristische Verfügung, die Auswahl des ärztlichen Kommissionsmitglieds, die Fertigung des Rubrums und die Fassung der abschließenden Bewertung mit Zeichnung durch das ärztliche und das juristische Kommissionsmitglied in gleicher Weise von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Geschäftsstelle intensiv unterstützt.

Das medizinische Gutachten – Praxis der Gutachtenerstellung

Prof. Dr. med. Hans-Friedrich Kienzle

Um eine überzeugende gutachterliche Beurteilung ärztlich-medizinischer Sachverhalte zu gewährleisten, sollten nur kenntnisreiche, durch fachliche Erfahrung in der täglichen Praxis zur ex ante-Sicht befähigte und um Objektivität bemühte ärztliche Gutachterinnen und Gutachter herangezogen werden, die zudem in der Lage sind, ihr Gutachten in auch für Laien verständlicher Sprache abzufassen. Da die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist (§ 630 a Abs. 2 BGB), ist auch die Begutachtung daran auszurichten. Wenn im Einzelfall noch kein Standard etabliert ist, gilt als Beurteilungsmaßstab die gute medizinische Praxis sorgfältiger, dem medizinischen Erkenntnisstand folgender diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen, wobei patienten-individuelle Gegebenheiten nicht außer Acht gelassen werden dürfen.

I. Struktur des medizinischen Gutachtens

1. Gutachterausswahl

Zentraler Ausgangspunkt ist die Gutachterausswahl, bei welcher Fachgebietsgleichheit und langjährige, gründliche Erfahrung der Gutachterinnen und Gutachter im Fachgebiet mit ausreichender räumlicher Entfernung von den Antragsgegnern berücksichtigt wird. Zu beachten ist, dass die Gutachter die gleiche Versorgungsstufe repräsentieren (dieselbe „Augenhöhe“ mit den in Anspruch genommenen niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten, dem Krankenhaus/Versorgungs-krankenhaus/der Universitätsklinik), je nach Fach und konkretem Fall. Diese Überlegungen gelten für Anträge von Patientinnen und Patienten wie für die von Ärztinnen und Ärzten gleichermaßen.

2. Gutachtenauftrag

Nach Eingang des Gutachtenauftrags werden regelmäßig folgende Überlegungen anzustellen und Maßnahmen zu treffen sein:

- Selbst-Prüfung des Gutachters oder der Gutachterin hinsichtlich fachlicher Zuständigkeit und persönlicher Expertise (Befähigung) mit theoretischen und praktischen Fachkenntnissen bezüglich des Auftrags
- Prüfung der Besorgnis der Befangenheit
Es unterliegt zunächst der Einschätzung des benannten Gutachters selbst, ob Gründe vorliegen, die eine Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen könnten. Bestehen Zweifel, sollte mit dem Auftrag-

geber (der Geschäftsstelle, dem zuständigen juristischen oder dem Geschäftsführenden Kommissionsmitglied) Rücksprache genommen werden. Persönliche Freundschaft, ortsgleiche, gemeinsame Aus- und Weiterbildung, dieselbe Schule (Fakultät, Klinik), enge fachlich-wissenschaftliche Zusammenarbeit, gemeinsame Bearbeitung wissenschaftlicher Projekte und ähnliche Umstände können die Besorgnis der Befangenheit auslösen. Maßgebend ist, ob objektive Gründe vorliegen, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der oder die Sachverständige stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber – so die in der Rechtsprechung seit Langem benutzte Formulierung.

- Rückmeldung (Annahme oder Ablehnung des Gutachtenauftrags)
Der Geschäftsstelle ist binnen 14 Tagen mitzuteilen, ob die Begutachtung übernommen wird. Sollte dies nicht möglich sein, wird um Rückgabe des Auftrags unter Angabe der Gründe gebeten, am besten mit Vorschlag eines anderen Sachverständigen. Entsprechendes gilt, wenn das Gutachten voraussichtlich nicht innerhalb einer angemessenen Zeitspanne (von etwa drei bis längstens sechs Monaten) erstellt werden kann.

3. Aufbau und Inhalt des Gutachtens

- a) Bei der Gestaltung der äußeren Form sollte beachtet werden:
- erste Seite („Kopf“) des Gutachtens mit Namen, Stellung und Funktion der oder des Sachverständigen
 - Angaben zu Mitwirkenden und zum Umfang ihrer Tätigkeit (z.B. Untersuchung, Literaturrecherche)
 - Datierung, Paginierung und persönliche Unterschrift
- b) Skizzierung der gutachtlichen Fragestellung gemäß dem Antrag
- c) Berücksichtigte Unterlagen
Die Begutachtung für die Gutachterkommission erfolgt nach Aktenlage, persönliche Befragungen, Zeugenbefragungen etc. sind nach der Verfahrensordnung nicht vorgesehen (s. hierzu die *Kommentierung der VfO von Laumen/Riedel zu § 9 Abs. 2 S. 18 f.*). Dieser Aspekt kann insbesondere bei der Prüfung der Selbstbestimmungsaufklärung, bei persönlichen Einlassungen und bei widersprüchlichen Darstellungen der Beteiligten eine Rolle spielen, soweit diese Angaben außerhalb der Dokumentation vorgebracht werden.

In Einzelfällen kann die Untersuchung einer Patientin oder eines Patienten erforderlich sein, z. B. bei der Bewertung eines Gesundheitsschadens (insbesondere bei kosmetischen Operationen). Eine persönliche Untersuchung wird für diese Fälle im Zusammenwirken mit der Geschäftsstelle organisiert. Zeitpunkt, Ablauf und Ergebnis der Untersuchung sind zu dokumentieren. Wird vom Patienten eine Untersuchung angeregt, vom Gutachter aber nicht für erforderlich gehalten, ist zu begründen, weshalb zur Beantwortung der gutachtlichen Fragestellung eine Untersuchung des Patienten oder der Patientin entbehrlich oder nicht möglich ist. In Zweifelsfällen sollte mit der Geschäftsstelle oder dem zuständigen juristischen Mitglied Rücksprache genommen werden.

4. Sachverhaltsdarstellung

Der gesamte Behandlungsverlauf wird anhand der Behandlungsunterlagen im Indikativ dargestellt mit Be-

tonung der im Antrag vorgebrachten Anschuldigungen ohne Vornahme einer Bewertung.

Auffälligkeiten, Widersprüche, Dokumentationslücken können bei der Schilderung des Sachverhalts benannt, dürfen aber nicht bewertet werden. Unterstellungen und Vermutungen sind zu vermeiden. Streitiger Vortrag der Beteiligten ist – soweit er bedeutsam ist –, im Konjunktiv wiederzugeben, gleiches gilt für wörtliche Zitate.

Bevor fragliche Dokumentationslücken gutachtlich bewertet werden oder gar eine gutachtliche Beurteilung einschränken könnten, sollte die Geschäftsstelle gebeten werden, die fehlend erscheinenden Unterlagen anzufordern und dem Gutachter ergänzend zur Verfügung zu stellen. Dies setzt allerdings Überlegungen dazu voraus, ob die fehlende Dokumentation zur Sachverhaltsaufklärung tatsächlich „zwingend erforderlich“ ist. Werden zu einzelnen Maßnahmen Unterlagen vermisst, könnte dies sonst zu dem juristischen Verdikt führen, dass nicht geschehen ist, was nicht dokumentiert ist. Dieser Grundsatz ist im Patientenrechtgesetz festgeschrieben (§ 630h Abs. 3 BGB).

Da ein aus einem Dokumentationsmangel resultierender Befunderhebungsfehler erhebliche Folgen haben kann, ist eine lückenhafte Dokumentation erst nach sorgfältiger Prüfung der Dokumentationsbedürftigkeit (§ 630f Abs. 1, 2 BGB) und dem Versuch, die Lücke zu schließen, festzustellen. Überlegungen dazu gehören in die Beurteilung. Sollten handschriftliche Eintragungen oder kopierte Dokumente nicht lesbar sein, sollte über die Geschäftsstelle eine Leseabschrift erbeten werden. Einer lückenlosen Dokumentation ist jedenfalls ein großer Wert beizumessen, um nicht zu einem unzutreffenden gutachterlichen Ergebnis zu kommen. Wegen der Einzelheiten wird auf den *Beitrag von Rosenberger, Rechtliche Konsequenzen von Dokumentationsmängeln*, S. 50 ff. verwiesen.

5. Beurteilung des Sachverhalts

Bei Misserfolg einer Behandlung geht es vornehmlich um die Abgrenzung der schicksalhaften Komplikation vom Behandlungsfehler.

Die Beurteilung erfolgt unter Anknüpfung an die vorangehende Darstellung des Sachverhalts ohne dessen

Wiederholung. Abstrakte, lehrbuchartige Ausführungen ohne Fallbezug sind überflüssig. Alle gutachtlichen Feststellungen bedürfen einer nachvollziehbaren Begründung; unbegründete, bloße Behauptungen oder Meinungsäußerungen sind zu vermeiden. Bei Streitig gebliebenem Sachverhalt, kann eine alternative Beurteilung geboten sein. Grundsätzlich ist im Verfahren vor der Gutachterkommission Nordrhein neben dem übereinstimmenden Vorbringen der Beteiligten nur die Behandlungsdokumentation maßgebend.

Die Prüfung muss umfassend sein hinsichtlich Indikation, technischer Durchführung des Eingriffs oder der Maßnahme, der Nachsorge sowie der Sicherheitsaufklärung beim Übergang der Behandlung von einem Arzt zu einem Mit- oder Nachbehandelnden oder einer anderen Behandlungseinrichtung. Sie muss strikt aus der Sicht ex ante erfolgen.

Haben der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin die Grenzen ihres Fachgebiets überschritten, ist der Beurteilung der Standard des Gebiets zugrunde zu legen, auf dem sie tätig geworden sind. Führt beispielsweise ein Allgemeinchirurg plastische Eingriffe durch, hat die Beurteilung einer Operation nach den Regeln und den Standards der Fachgesellschaft für Plastische Chirurgie zu erfolgen, denn der Behandelnde hat den eingriffsbezogenen Facharztstandard zu gewährleisten (§ 630a Abs. 2 BGB). Sind mehrere Fachabteilungen an einer Behandlung beteiligt, gilt der Vertrauensgrundsatz der horizontalen Arbeitsteilung. Spezialkenntnisse seitens des Behandelnden oder eine besondere Ausstattung der Behandlungseinrichtung (z. B. Universitätsklinik) müssen zugunsten der Patientinnen und Patienten verfügbar gemacht werden, auch wenn eine solche Behandlung nicht dem „normalen“ Standard entsprechen würde.

Wird von Antragstellerseite ein Fragenkatalog vorgelegt, genügt es, wenn die Fragen insgesamt und dem Inhalt nach beantwortet werden. Eine Abarbeitung des Fragenkatalogs ist in der Regel nicht erforderlich.

a) Definition des Standards

Dreh- und Angelpunkt der Beurteilung ist der ärztliche Standard („gute ärztliche Behandlung, good medical practice“, die Maßnahmen müssen im Korridor des „Vertretbaren“ liegen). Wegen der Bedeutung dieses

Aspekts für die Begutachtung soll an dieser Stelle auf die diesbezüglich einschlägige gesetzliche Norm, die Rechtsprechung und Kommentierungen hingewiesen werden.

§ 630a Abs. 2 BGB lautet:

Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

Im Gutachten werden also Standards geprüft, nicht entwickelt. Standards werden von der jeweiligen Fachgesellschaft statuiert. Den ärztlichen Gutachterinnen und Gutachtern obliegt die Aufgabe, nach geltenden Standards zu beurteilen, *„was ein durchschnittlich qualifizierter und besonnener Arzt an Kenntnissen, Können, Aufmerksamkeit und Leistung erbringen kann und muss.“* (Schreiber 1995). Nach Katzenmeier, *Arzthaftung* (2002) gilt der *„Standard als dynamische Bezugsgröße“*.

Der Standard ist also keine feste Größe, sondern für den konkreten Einzelfall zu bestimmen. Es gilt der Facharzt-Standard des jeweiligen Gebiets.

Die Definition des Standards nach Carstensen (1989) enthält die wesentlichen Elemente, wie sie bis heute gültig und vom BGH 2016 bestätigt sind:

„Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der (natur-) wissenschaftlichen Erkenntnisse und ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“

(Carstensen DÄBL 1989, B 1737; Hart MedR 14, 45; BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, BGHZ 102,17; BGH, Beschl. v. 22.12.2015 – VI ZR 67/15, VersR 2016, 463)

Demnach umfasst der Standard im Wesentlichen:

- (natur?) wissenschaftliche, objektive (?) Erkenntnisse, Fakten
- ärztliche Erfahrung
- Bewährung in der Erprobung
- „zeit“- gemäß, ex tunc, dann aber ex ante geprüft
- evidence based medicine (ebm), Richtlinien, Leitlinien

Der Patientenwunsch und -wille führt nicht zu einer Modifizierung des festgestellten medizinischen Standards an sich. Eine Abweichung davon kann zwar ent-

Das medizinische Gutachten – Praxis der Gutachtenerstellung

sprechend dem Patientenwunsch gerechtfertigt sein (§ 630 a Abs. 2 Alt. 2 BGB), stellt aber im konkreten Fall hohe Anforderungen an die Aufklärungsintensität.

Der Gutachter hat also aus den einzelnen Komponenten des Standardbegriffs ein der Behandlungszeit entsprechend gültiges Bild des Standards zu erstellen und dieses Bild mit einem u. U. auch komplexen Behandlungsvorgang abzugleichen.

b) Evidence based medicine, Richtlinien und Leitlinien

Sind solche Vorgaben für das zu prüfende Behandlungsgeschehen publiziert, sind sie in die Begutachtung einzubeziehen; Erscheinungsjahr und Dauer sind zu berücksichtigen. Anzugeben ist, ob im konkreten Fall danach gehandelt wurde oder aus welchen Gründen nicht. Existieren für den konkreten Fall mehrere etwa gleichwertige Behandlungsmethoden, sind die Unterschiede mit Angabe und Begründung der Gewichtung für den zu beurteilenden Fall darzustellen und zu bewerten.

Leitlinien geben einen Behandlungs-Korridor vor. Jede Leitlinie endet jedoch mit der Bemerkung:

„... sind für Ärzte rechtlich nicht bindend, weder haftungsbefreiend, noch haftungsbegründend ...“

(keine Verantwortung insbesondere für Dosierungsangaben!)

Richtlinien sind dagegen nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt rechtsverbindlich.

c) Sprache und Ausdrucksweise

Der Gutachter bewegt sich sprachlich zwischen Antragsteller und Antragsgegner. Bei aller gebotenen Klarheit und Eindeutigkeit ist auch zum Ausdruck zu bringen, dass sich die ärztliche Tätigkeit nicht selten in einem Graubereich bewegt. Normative Festlegungen, wie sie zum Beispiel von Ingenieurinnen und Ingenieuren oder von Juristinnen und Juristen erwartet werden, sind zu vermeiden. Die ärztliche Tätigkeit ist nicht normativ geprägt, es gelten in erster Linie biologische Gesetzmäßigkeiten.

Eine verständliche und angemessen-zurückhaltende Wortwahl ohne sprachliche Übertreibungen stärkt die Überzeugungskraft des Gutachtens.

Im Verfahren vor der Gutachterkommission werden die Beteiligten als Antragsteller und Antragsgegner geführt; sie werden nicht als Kläger und Beklagte – wie vor Gericht – bezeichnet.

Mit Blick auf die gebotene Neutralität der Sachverständigen sind die beteiligten Ärztinnen und Ärzte nicht als Kolleginnen bzw. Kollegen zu bezeichnen.

Wegen möglicher juristischer Konsequenzen sollten bestimmte Formulierungen bedachtsam gewählt werden. Ärzte und Juristen argumentieren begrifflich bisweilen unterschiedlich.

Es will überlegt sein, ob Maßnahmen in Diagnostik und Therapie hätten unternommen werden *„können“*, *„sollen“* oder *„müssen“*; die sprachlichen Unterschiede sind nicht unbedeutend. Die Verwendung von *„müssen“* bedeutet bei Unterlassung einer Maßnahme regelmäßig die Feststellung eines Behandlungsfehlers.

Adjektive wie *„unverständlich“*, *„nicht nachvollziehbar“* können für Juristinnen und Juristen bedeuten, dass ein grober Behandlungsfehler mit Umkehr der Beweislast infrage kommt.

Ärztlich kann es in der Dokumentation heißen: *„– grobe Kraft, – im groben Überblick, – grob neurologisch o. B., – bei grob orientierender Untersuchung ...“*

Juristisch bedeutet *„grob“* regelmäßig *„grob fahrlässig, grob fehlerhaft“*, wobei ein grober Behandlungsfehler zur Umkehr der Beweislast führt.

Für den Begriff *„engmaschig“* gibt es keine verlässlichen Daten oder Vorgaben, die Maschendichte ist regelmäßig nur situationsbedingt zu prüfen.

Mit dem Adjektiv *„vertretbar“* bleibt man im Korridor des Standards; war eine Maßnahme vertretbar, kommt man letztlich zu der Aussage, dass kein Behandlungsfehler festzustellen ist.

d) Objektivität

Im Text des Gutachtens sollten subjektive Elemente, wie z. B. Ausrufezeichen, fehlen; ein angemessener objektiver Abstand sollte in den Formulierungen zum Ausdruck kommen. Subjektivität wird vermieden durch:

- wissenschaftliche Begründung als Grundlage und Forderung,
- Beachtung des gültigen Wissensstands,
- strikten Bezug auf den Sachverhalt ex ante,
- kontrollierbare Bezugnahme auf die zu untersuchenden Gegebenheiten und
- Verwendung objektiver Daten (z. B. Laborwerte, Röntgenbilder), ohne diese überzubewerten.

e) Dokumentation

Nach § 630f BGB sind die Dokumentationspflichten sehr weitreichend (vgl. hierzu Rosenberger, *Rechtliche Konsequenzen von Dokumentationsmängeln*, S. 50 ff.). Grundsätzlich wird vermutet, dass alles, was dokumentationspflichtig ist, aber nicht dokumentiert wurde, nicht stattgefunden hat (§ 630h Abs. 3 BGB). Der Gutachter hat die Frage zu beantworten, was tatsächlich - zwingend - dokumentationspflichtig ist.

Bevor im Gutachten eine Dokumentationslücke festgestellt wird, ist zu prüfen, ob es sich tatsächlich um eine ärztlich notwendige Dokumenten handelt. Nach dem Gesetz ist zu dokumentieren, was für mit-, nach- und weiterbehandelnde Ärztinnen und Ärzte an Sachkenntnis zum fortlaufenden Behandlungsvorgang notwendig ist, ohne Lücken zu belassen. Wesentliche Maßnahmen in Diagnostik und Therapie (Operations-, Endoskopie-Berichte, medikamentöse Maßnahmen) sind – auch aus Gründen des Eigenschutzes – im Detail zu dokumentieren, kontinuierlich angelegte Pflegeberichte sind häufig von großer Bedeutung und in gleicher Weise als wesentliche Dokumente zu betrachten wie ärztliche Notizen.

Für die Begutachtung genügen in der Regel – lesbare – Kopien, in besonderen Fällen kann die Original-Dokumentation notwendig sein (z. B. Farbeinträge in der Kranken-Kurve, Pflegebericht).

Die Sicherungsaufklärung (therapeutische Beratung) ist eine Behandlungsmaßnahme. Sie betrifft u. a. Mitteilungen an der Schnittstelle von Arzt zu Arzt

oder der Entlassung nach Hause. Eine ungenügende Sicherungsaufklärung wird nicht als Aufklärungs-, sondern als Behandlungsfehler gewertet. (vgl. von Schwerin, S. 54 ff.).

Bei der gutachterlichen Überprüfung, ob die notwendige therapeutische Beratung lege artis erfolgt ist, muss z. B. überlegt werden, ob „*sich der Arzt vergewissert und dafür Sorge getragen hat, dass der Patient nach der Entlassung aus der unmittelbaren Betreuung des operierenden Arztes auch im häuslichen Bereich sowohl ärztlich als ggf. auch pflegerisch angemessen versorgt wird*“. Die Entscheidung ist zu dokumentieren – so BGH, Urt. v. 8.4.2003 – VI ZR 265/02, VersR 2003, 1126.

Dazu gehören:

- die Beobachtung von Auffälligkeiten (Rötung, Schmerz, Schwellung, neurologische Symptome), ggf. umgehende Wiedervorstellung
- die Mitteilung oder Hinweise auf noch ausstehende Befunde
- die Planung von Nachschauterminen, ggf. auch beim Hausarzt
- erforderliche Immobilisation oder Mobilisation
- notwendige Medikamente, Thromboseprophylaxe etc., ggf. Rezept oder Mitgabe von Medikamenten zum Wochenende oder über Feiertage
- die Einhaltung von besonderen hygienischen Maßnahmen
- die Einschaltung von Pflege- und Hilfspersonen
- der Hinweis auf einen Verzicht auf das Führen von Kraftfahrzeugen

Im Text der Beurteilung sollte ein zuvor dargestellter Sachverhalt vollständig, in sich schlüssig und widerspruchsfrei unter besonderer Berücksichtigung der im Antrag aufgeworfenen Fragen bewertet werden. Eine Erörterung von Fragen, die für die Beantwortung der gutachtlichen Fragestellung unerheblich sind, sollte unterbleiben.

Im Einzelnen und zusammenfassend:

- Keine Beurteilung des Vorgehens von Ärztinnen und Ärzten, die nicht Antragsgegner sind.

- Bei einer Krankenhausbehandlung richtet sich der Antrag zunächst gegen die genannten Ärztinnen, Ärzte und Abteilungen. Sollte sich im Verlauf der Beurteilung ergeben, dass weitere Ärzte, ggf. auch derselben Einrichtung, als Beschuldigte infrage kommen, ist dieser Umstand mit dem juristischen Kommissionsmitglied und der Geschäftsstelle zu besprechen, damit der oder die Betreffende rechtzeitig informiert und zu einer Stellungnahme aufgefordert werden kann.
- Bei Abweichung vom Standard ist eine nachvollziehbare Begründung erforderlich. Dies bedarf oftmals einer ausführlichen Darstellung: (z. B. Facharztstandard/Sorgfaltsmaßstab, Therapiefreiheit, Organisations- und Kontrollverschulden seitens der medizinischen Einrichtung, Stand der Technik, neue Behandlungsmethode, Außenseitermethoden, Übernahmeverschulden, Vertrauensgrundsatz in der horizontalen Arbeitsteilung, Anfängeroperation, grundsätzlich beherrschbares Risiko). Nach Darstellung einer für den vorliegenden Behandlungsvorgang vorhandenen Leitlinie, Richtlinie oder evidence based medicine muss ein ggf. davon abweichendes Behandlungsgeschehen sorgfältig begründet werden.

Zur Frage des groben Behandlungsfehlers ist nur Stellung zu nehmen, wenn es aus Beweislastgründen darauf ankommt (s. *Beitrag Lange, S. 74.f.*) oder ein solcher vom Antragsteller behauptet wird. Es empfiehlt sich, in dieser Frage mit dem zuständigen juristischen Kommissionsmitglied Rücksprache zu nehmen.

6. Gesundheitsschaden

Nach Darstellung des Sachverhalts und dessen Beurteilung erfolgt die Stellungnahme zum Gesundheitsschaden, sofern ein Behandlungsfehler festgestellt wird. Auch geringfügige Beeinträchtigungen können als Gesundheitsschaden infrage kommen (z.B. ein oder zwei Tage verlängerte Schmerzen, vorübergehend eingeschränkte Mobilität).

Ist der Schaden nicht anzugeben und/oder nicht konkret messbar, kommt ggf. die Feststellung einer Verminderung der Heilungschancen (Prognoseverschlechterung) in Betracht (z. B. bei Verkennung einer

Krebsdiagnose oder einer zeitlichen Therapieverzögerung durch den Behandlungsfehler).

Bei nur zeitlichem – nicht kausalem – Zusammenhang zwischen einem Behandlungsfehler und einem Gesundheitsschaden ist eine eingehende Begründung erforderlich.

7. Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden

Hierzu ist zu begründen, ob der Schaden „mit praktischer Gewissheit“ auf dem Fehler beruht oder weshalb nicht. Eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit wird nicht erwartet.

8. Selbstbestimmungs-(Risiko)-Aufklärung

Ausführungen hierzu sind nur erforderlich, wenn eine Aufklärungsrüge im Antrag ausdrücklich erhoben wird. Fragen zur Aufklärung sind insofern von Bedeutung, als ein Eingriff oder eine Maßnahme bei fehlender oder ungenügender Aufklärung als rechtswidrig eingestuft wird.

Im Gutachten ist Stellung zu nehmen, ob und ggf. weshalb das Risiko einer eingetretenen Komplikation aus medizinischer Sicht aufklärungspflichtig ist oder nicht.

Es ist zu prüfen, ob die dokumentiert vermittelten Sachverhalte aus ärztlicher Sicht ausreichend waren und ob sie im Gespräch mit dem Antragsteller oder der Antragstellerin besprochen wurden.

Als Hinweise auf ein Gespräch sind z.B. handschriftliche Eintragungen oder Zeichnungen in die jeweiligen Aufklärungsformulare zu werten. Die endgültige Stellungnahme zum Aufklärungsfehler unterliegt – wie bei Gericht – Juristinnen und Juristen. In Zweifelsfällen ist mit diesen Rücksprache zu nehmen.

Ist die Aufklärung nicht oder nicht ausreichend dokumentiert, kann bei streitigem Sachvortrag der Beteiligten eine hinreichende Aufklärung nicht festgestellt werden, da der Gutachterkommission Zeugenbefragungen nicht möglich sind.

9. Zusammenfassung

In einer Schlussfeststellung ist zu formulieren, ob ein Behandlungsfehler (ggf. auch ein Aufklärungsmangel) „vorliegt“, „nicht vorliegt“, oder ob ein solcher „nicht feststellbar“ ist.

Nach Feststellung eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers folgt die Ausführung dazu, ob und ggf. welcher Gesundheitsschaden mit praktischer Gewissheit auf dem Fehler beruht, oder ob der Fehler keinen Gesundheitsschaden verursacht hat.

10. Literaturangaben

Die Literaturquellen sind anzugeben, soweit sie Eingang in den Text gefunden haben und darüber hinaus, wenn sie für das Verständnis und die Akzeptanz des Gutachtens erforderlich sind.

11. Abschließende Prüfung

Das vom Sachverständigen fertiggestellte Gutachten wird vom zuständigen juristischen Kommissionsmitglied abschließend auf Plausibilität überprüft. Die endgültige Verantwortung für die Sachverständigenäußerungen verbleibt bei den Ärztinnen und Ärzten, die den Inhalt durch ihre Unterschrift bestätigen.

II. Abschließendes Gutachten

(siehe dazu ausführlich den Beitrag von Rosenberger, S. 40 ff.).

Für den ärztlichen Teil des abschließenden Gutachtens ist insbesondere auf die bei dem Antrag auf das abschließende Gutachten gestellten Fragen einzugehen, im Übrigen ist in Zusammenarbeit mit dem juristischen Kommissionsmitglied der gesamte Behandlungsvorgang noch einmal zu überprüfen, um zu einer abschließenden gemeinsamen Bewertung zu kommen. Abschließende Gutachten dürfen nur von Kommissionsmitgliedern erarbeitet werden.

Das zuständige juristische Mitglied erstellt zunächst den sog. „Rahmen“ (sachliche Einzelheiten bezüglich des Antrags, der Beteiligten, deren Stellungnahmen und einer Zusammenfassung des Erstgutachtens).

Mit dieser Fassung bekommt das ärztliche Kommissionsmitglied die Bitte übermittelt, den juristisch formulierten Rahmen ärztlich-medizinisch zu ergänzen. Der juristisch vorbereitete Rahmen wird bei der ärztlich-medizinischen Bearbeitung überprüft und ist ggf. abzuändern, wenn der Sachverhalt oder ergänzend beigezogene Unterlagen dies notwendig werden lassen. Persönliche Rücksprachen erleichtern die gemeinsame Bearbeitung und sind geeignet, mögliche Missverständnisse rasch und zielgerichtet auszuräumen, um zu einer gemeinsam verantworteten Beurteilung zu kommen.

Im medizinischen Teil des abschließenden Gutachtens ist an den Rahmen anzuknüpfen. Neu hinzugekommene Sachverhalte und Stellungnahmen sind zu berücksichtigen und einzuarbeiten unter eingehender gutachtlicher Auseinandersetzung mit den gegen das oder die Erstgutachten erhobenen Einwendungen. Am Ende steht die Begründung, ob und weshalb die nach dem Antrag auf Erstattung eines abschließenden Gutachtens hinzugekommenen Argumente zu einer Änderung des Ergebnisses des Erstgutachtens führen oder nicht.

Das abschließende Gutachten wird vom medizinischen **und** juristischen Kommissionsmitglied in gemeinsamer Verantwortung unterzeichnet. Dadurch ist gewährleistet, dass die Begutachtung dem in Jahrzehnten entwickelten Richterrecht und dem seit dem Jahre 2013 geltenden Patientenrechtegesetz möglichst gerecht wird. Akzeptanz und Wert des Gutachtens erfahren dadurch eine deutliche Steigerung. Gleichwohl handelt es sich selbstverständlich (nur) um ein im Rechtssinne unverbindliches Gutachten, nicht um ein vollstreckbares Gerichtsurteil.

Eine ausführliche Darstellung der Gutachtenbearbeitung bietet auch die Leitlinie **AWMF online 094/001, S2k, 7/2013**) „Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung“.

Außerdem wird verwiesen auf die „Hinweise zur Gutachtenerstattung“, die von der Geschäftsstelle der Gutachterkommission dem Gutachtauftrag beigelegt werden.

Das abschließende Gutachten

Rainer Rosenberger

I. Einleitung

Das Begutachtungsverfahren der Gutachterkommission bei der Ärztekammer Nordrhein findet seine sachliche Erledigung mit dem oder den nach § 9 VfO eingeholten und den Beteiligten zugestellten Fachsachverständigengutachten oder, wenn dagegen fristgemäß Einwendungen erhoben worden sind, durch Erstattung eines abschließenden Gutachtens gemäß § 10 VfO, das ausnahmsweise auch von Amts wegen ergehen kann (§ 10 Abs. 2 S. 3 Alt. 2). Erledigung meint den bestandskräftigen Abschluss des Verfahrens. Weitere Rechtsbehelfe sind ausgeschlossen, wobei der Rechtsweg zu den zuständigen Gerichten unberührt bleibt. Zum außerordentlichen Rechtsbehelf des Wiederaufgreifens eines abgeschlossenen Verfahrens wird auf die Kommentierung von Laumen zu § 10 a. E. verwiesen (S. 21 ff.).

Das abschließende Gutachten ist schon äußerlich ein für Ärztinnen und Ärzte ungewöhnliches Format der haftungsrechtlichen Bewältigung einer im Ergebnis für deren Patienten nicht zufriedenstellend abgelaufenen ärztlichen Behandlung. Für die ärztlichen Mitglieder der Gutachterkommission, die neben den juristischen Mitgliedern ausschließlich berufen sind, an der Erstattung solcher Gutachten mitzuwirken (§ 10 Abs. 2 S. 3 VfO), ist es denn auch zunächst häufig nicht ganz einfach, das Format in die Gutachtenpraxis umzusetzen. Nach einer zumeist kurzen Einarbeitung und Eingewöhnung empfinden die Mediziner das Format dann aber doch regelmäßig eher auch für sie als sachdienlich, zwingt es doch zu einer Konzentration auf die Auseinandersetzung mit den wesentlichen Problemen des Behandlungsfalles unter Vermeidung von Redundanzen und des üblichen „Beiwerks“.

Die Urheberschaft des abschließenden Gutachtens wird von einem ärztlichen und einem juristischen Kommissionsmitglied gemeinschaftlich verantwortet („Gemeinschaftswerk“), was nach außen durch beider Unterschriften dokumentiert wird. Die Mitwirkung von Juristinnen und Juristen, die über eine langjährige Erfahrung im Richteramt verfügen (§ 4 Abs. 2 S. 2 VfO), ist im Interesse der Beteiligten notwendig, um der Aufgabe und dem Ziel der Tätigkeit der Gutachterkommission gerecht zu werden (§ 2 VfO). Die

danach notwendige Bewertung der Haftungsfrage zwingt nämlich nicht selten zu einer Stellungnahme zu rechtlichen Besonderheiten des Arzthaftungsrechts (z.B. Konsequenzen aus Dokumentationsmängeln, Beweislastverlagerungen, Kausalitätsproblemen u. a.); eine einvernehmliche außergerichtliche Streitbeilegung wird am besten dadurch gefördert, dass den Beteiligten nach Abschluss des Begutachtungsverfahrens klar ist, wie ihre Chancen auf Durchsetzung oder Abwehr eines eventuell gerichtlich geltend zu machenden Schadensersatzanspruchs stehen, was eine juristische Betrachtung erfordert, unbeschadet dessen, dass die medizinische Beurteilung im Mittelpunkt steht.

Es liegt auf der Hand, dass eine Zweier-Kommission (§ 10 Abs. 2 S. 3 VfO), insbesondere bei fachübergreifenden Behandlungsvorgängen schwerlich in der Lage ist, alle medizinischen Aspekte eines Behandlungsvorgangs sachgerecht zu bewältigen. Die Kommission kann und wird sich deshalb – soweit erforderlich – die Expertise weiterer Kommissionsmitglieder zunutze machen (müssen), was selbstverständlich den Beteiligten in geeigneter Weise kommuniziert wird (§ 10 Abs. 2 S. 4 VfO).

II. Aufbau, Gliederung und Inhalt des abschließenden Gutachtens

Das abschließende Gutachten ähnelt einer verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Entscheidung. Dieses Format hat sich als zweckmäßig erwiesen, weil dadurch auch schwierig gelagerte Fälle überzeugend und konzentriert bewältigt werden können.

1. Den sachlichen Ausführungen wird ein Rubrum vorangestellt, das aus der Darstellung der Verfahrensbeteiligten (§ 2 Abs. 2 VfO) besteht und von der Geschäftsstelle vorgefertigt und vom zuständigen juristischen Kommissionsmitglied überprüft wird, sodass sich das medizinische Mitglied damit nicht befassen muss. Jenes wird es regelmäßig lediglich zur Kenntnis nehmen und auf offensichtliche Unrichtigkeiten durchsehen.

2. Anschließend folgt die Benennung der Mitglieder und das Datum der Beschlussfassung, das den endgültigen Abschluss des Verfahrens dokumentiert. Dieses

Datum gibt darüber hinaus Auskunft, welche Schriftsätze, Schreiben, Eingaben usw. zu diesem Zeitpunkt vorlagen und berücksichtigt worden sind.

3. Schließlich folgt eine kurze, meist aus einem Satz bestehende Information, zu welcher Entscheidung die Kommission gelangt ist (sog. Tenor), z. B.: Ein Behandlungsfehler liegt vor/liegt nicht vor/ist nicht feststellbar.

Diese etwas sperrige Formel beruht auf § 10 Abs. 3 S. 1 VfO, wonach die das abschließende Gutachten tragende Bewertung Feststellungen über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers enthält.

Nimmt der Patient oder die Patientin mehrere Haftungsschuldner als Beteiligte in Anspruch (Antragsgegner), enthält der Tenor bisweilen eine Präzisierung, welchem der Beteiligten ein Behandlungsfehler anzulasten ist. Ferner kann es vorkommen, dass bereits im Tenor zum Ausdruck gebracht wird, dass gegebenenfalls ein das Selbstbestimmungsrecht des Patienten betreffender Aufklärungsmangel vorliegt, wenngleich diese Variante in § 10 Abs. 3 VfO nicht ausdrücklich erwähnt ist. Die jeweilige Kommission ist bei der Formulierung des Tenors keinen Zwängen unterworfen.

4. Die Begründung der im Tenor zum Ausdruck gebrachten Entscheidung („Gründe“) folgt einem klaren, einfach nachvollziehbaren Schema.

a) Die Beteiligten werden einleitend zunächst kurz darüber informiert, wer welche Feststellungen gegenüber wem begehrt, was die Gutachterkommission in Vorbereitung der notwendigen Beauftragung des oder der Sachverständigen veranlasst hat, wem schließlich die Begutachtung übertragen worden ist und zu welchem Ergebnis diese Person gelangt ist.

Dieser Teil des abschließenden Gutachtens wird vom juristischen Kommissionsmitglied gefertigt, weil dafür keine medizinischen Fachkenntnisse erforderlich sind und eine Tätigkeit betroffen ist, die diesem aufgrund seiner früheren Berufstätigkeit geläufig ist.

Die Darstellung ist auf das Wesentliche konzentriert und kann je nach Sachlage aus wenigen Sätzen bestehen. Eine weitere Ausführlichkeit ist auch nicht notwendig, geht es doch um Vorgänge, die den Beteiligten

bekannt sind. Das gilt insbesondere für die Wiedergabe der eingeholten Gutachten. Eine seitenlange Wiederholung der Ausführungen der Sachverständigen verbietet sich. Es genügt die Wiedergabe der Zusammenfassung des Gutachters, wie sie sich regelmäßig als abschließende Würdigung im letzten Absatz des Gutachtens findet.

b) Ein besonderes Augenmerk wird auf die Darstellung der gegen die Gutachten erhobenen Einwendungen gelegt, die ebenfalls vom juristischen Kommissionsmitglied formuliert werden. Die Beteiligten müssen ihre Argumente wiederfinden, sie müssen erkennen können, dass die Kommission ihre Kritik zur Kenntnis und als solche auch ernst nimmt. Einwendungen der Patientinnen und Patienten sind häufig von Enttäuschung und persönlicher Befindlichkeit geprägt, teilweise auch von überzogenen unsachlichen Vorwürfen gegenüber den behandelnden Ärztinnen und Ärzten und dem Pflegepersonal sowie angeblich unhaltbaren äußeren Umständen. In solchen Fällen wird der sachliche Gehalt der Vorwürfe ermittelt und kurz dargestellt. Im Übrigen wird auf das Schreiben, mit dem die Erstattung des abschließenden Gutachtens beantragt wird, verwiesen.

c) Bei Einwendungen der Arztseite empfiehlt sich häufig eine unverkürzte Wiedergabe, um eine medizinisch-wissenschaftliche Auseinandersetzung damit durch das medizinische Kommissionsmitglied zu gewährleisten.

d) Das zentrale Anliegen des abschließenden Gutachtens besteht in einer Überprüfung der ergangenen Fachsachverständigen Gutachten in medizinischer Hinsicht unter Berücksichtigung der dagegen erhobenen Einwendungen und haftungsrechtlicher Besonderheiten.

Die insoweit vorzunehmende Beurteilung erfolgt durch die Gutachterkommission eigenverantwortlich und umfassend. Eigenverantwortlich bedeutet, dass die Kommission nicht ungeprüft die Feststellungen der jeweiligen Fachgutachterinnen und Fachgutachter übernimmt. Umfassend heißt, dass ohne Rücksicht auf die geäußerte Gutachtenkritik grundsätzlich der gesamte von den Antragstellern zur Überprüfung gestellte Behandlungsvorgang in den Blick genommen wird.

Das abschließende Gutachten

Beides wird durch entsprechende einleitende Formulierungen auch zum Ausdruck gebracht werden.

Bezüglich des zur Überprüfung gestellten Behandlungsvorgangs genügt ein Verweis auf das Gutachten der Fachsachverständigen, wenn dort der Sachverhalt vollständig und zutreffend niedergelegt ist, z. B.: „Hinsichtlich des Sachverhalts wird auf das Gutachten Bezug genommen.“

Weitere Ausführungen sind nur veranlasst, wenn wesentliche Vorgänge unerwähnt geblieben sind. Dann finden sich häufig folgende Formulierungen:

„Der im Gutachten dargestellte Sachverhalt, auf den Bezug genommen wird, ist wie folgt zu ergänzen:

Das am 15. Mai ... genomme Labor hat folgende Ergebnisse erbracht..., woraufhin eine Koloskopie angeordnet worden ist, die keinen krankhaften Befund ergeben hat.“

Eine Ergänzung des Sachverhalts ist auch erforderlich, wenn weitere Unterlagen beigezogen worden sind, was entsprechend erwähnt wird: *„Die Gutachterkommission hat folgende weitere Unterlagen beigezogen: ... Daraus ergibt sich ...“*

Dass die Gutachterkommission eine eigenverantwortliche Prüfung vorgenommen hat, kommt regelmäßig durch folgende Formulierung zum Ausdruck: *„Die Gutachterkommission kommt nach eigener Prüfung des Sachverhalts zu folgender Beurteilung ...“*

In welchem Umfang die der Beurteilung zu Grunde liegenden Überlegungen als Begründung niedergelegt werden, hängt von der jeweiligen Fallgestaltung ab.

aa) Wenn ohne sachliche Begründung ein abschließendes Gutachten beantragt wird und die Gutachterkommission nach Überprüfung mit dem Erstgutachten im Ergebnis und der gegebenen Begründung übereinstimmt, beschränken sich viele Kommissionen auf folgende Formulierung: *„Die Gutachterkommission stimmt der Bewertung durch den/die Fachsachverständigen zu. Das/die Gutachten ist/sind schlüssig und überzeugend, sodass kein Anlass besteht, von seinen/ihren Bewertungen abzuweichen. Da gegen das/die Gutachten keine Einwendungen erhoben werden, ist eine weitere Begründung nicht veranlasst.“*

Wenn die Gutachterkommission der Bewertung des oder der Fachsachverständigen in einem solchen Fall nur im Ergebnis zustimmt, die gegebene Begründung ganz oder teilweise für unrichtig erachtet, wird das entsprechend ausgeführt, etwa: *„Die Gutachterkommission stimmt der Bewertung des Sachverständigen im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu. Der festgestellte Behandlungsfehler beruht nicht darauf, dass ..., sondern er liegt darin, dass ...“*

Im Falle einer Änderung im Ergebnis oder in der Begründung wird zur Wahrung des rechtlichen Gehörs eine sogenannte Vorwarnung an die Beteiligten gegeben, zu deren Nachteil die neuen Feststellungen gehen, wenn dieser Gesichtspunkt im bisherigen Verfahren keine Rolle gespielt hat und nicht problematisiert worden ist. Die Vorwarnung veranlasst in der Regel das juristische Kommissionsmitglied im Benehmen mit dem medizinischen Kommissionsmitglied.

bb) Wenn ein abschließendes Gutachten mit Begründung beantragt wird, die Gutachterkommission aber mit dem Fachsachverständigen übereinstimmt, wird die medizinische Beurteilung häufig wie folgt eingeleitet: *„Die Gutachterkommission stimmt der Bewertung durch den Fachsachverständigen zu. Das Gutachten ist schlüssig und überzeugend, sodass kein Anlass besteht, von seinen Bewertungen abzuweichen. Zu den vom Antragsteller/Antragsgegner dagegen erhobenen Einwendungen ist festzustellen ...“*

Es folgt eine ausschließlich auf die Einwendungen konzentrierte Auseinandersetzung damit. Die Ausführungen können kurz und knapp gehalten werden. Es muss aber jeder sachliche Einwand abgehandelt werden. Das ist aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend nötig.

cc) Es kann vorkommen, dass die Gutachterkommission nach Überprüfung vom Erstgutachten grundlegend abweicht, z. B. wenn der oder die Fachsachverständige einen Behandlungsfehler festgestellt hat, die Gutachterkommission aber einen Fehler verneint oder umgekehrt. Dies wird von den Kommissionen regelmäßig klipp und klar zum Ausdruck gebracht, etwa: *„Die Gutachterkommission stimmt der Bewertung des Fachsachverständigen nicht zu. Es liegt kein/ein Behandlungsfehler vor, denn ...“*

Es folgt eine umfassende Beurteilung ohne (erneute) Darstellung des Sachverhalts.

dd) Haftungsrechtliche Aspekte, die eine juristische Würdigung erfordern.

Nicht selten greifen die das abschließende Gutachten beantragenden Beteiligten die medizinische Beurteilung der Sachverständigen als solche gar nicht an, sie rügen aber z. B., dass die Behandlungsdokumentation in Teilen unrichtig sei oder die Vorgänge dort unzutreffend wiedergegeben seien, weshalb das Gutachten im Ergebnis unrichtig sei.

In einem solchen Fall überprüft die Gutachterkommission, ob die Dokumentation aus medizinischer Sicht den Anforderungen genügt (§ 630f Abs. 1, 2 BGB). Ist das im Wesentlichen der Fall, wird die Gutachterkommission darauf verweisen, dass *„maßgebend für die Beurteilung durch die Gutachterkommission die Behandlungsdokumentation ist. Sie enthält die zeitnahe Aufzeichnung der aus fachlicher Sicht wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse. Der Behandlungsverlauf ist für jeden Behandlungsschritt nachvollziehbar. Soweit die Beteiligten davon abweichende tatsächliche Vorgänge behaupten, muss dies unberücksichtigt bleiben, weil die Gutachterkommission deren Richtigkeit mit den ihr nach der Verfahrensordnung zur Verfügung stehenden Mitteln nicht überprüfen kann, denn sie führt keine Zeugen- oder Parteivernehmung durch.“*

Hypothetische Ausführungen dazu, ob im Falle der Richtigkeit der Darstellung der Antragsteller/Antragsgegner ein Behandlungsfehler vorliegt, sind regelmäßig nicht veranlasst. Allenfalls wenn die Behauptung offensichtlich unerheblich ist, kann kurz auf eben diesen Umstand hingewiesen werden.

Wenn die Dokumentation lückenhaft oder so oberflächlich ist, dass sich der Behandlungsverlauf nicht nachvollziehen lässt, wird die insoweit sachkundige Kommission § 630h Abs. 3 BGB anwenden. Danach wird vermutet, dass der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme nicht getroffen hat, wenn sie entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht aufgezeichnet worden ist. Dies kann zur Feststellung eines Behandlungsfehlers führen. Ist beispielsweise eine nach der Behauptung des Patienten unterbliebene

notwendige Thromboseprophylaxe nicht dokumentiert, wird die Kommission feststellen, dass *„nach Lage der Dokumentation ein Behandlungsfehler vorliegt, weil keine Thromboseprophylaxe verzeichnet ist, obwohl eine solche standardgemäß erforderlich gewesen wäre. Da die Thromboseprophylaxe ein dokumentationspflichtiger Vorgang ist, muss zulasten des Behandelnden vermutet werden, dass diese nicht erfolgt ist. Soweit jener behauptet, sie sei tatsächlich durchgeführt, aber nur versehentlich nicht aufgezeichnet worden, muss dies unberücksichtigt bleiben, weil die Gutachterkommission mit den ihr nach dem Statut zur Verfügung stehenden Mitteln die Richtigkeit dieser Behauptung nicht überprüfen kann.“*

Entsprechende Feststellungen trifft die Kommission, wenn der Behandlungsvorgang mangels ordnungsgemäßer Dokumentation nicht nachvollziehbar ist.

Die Gutachterkommission nimmt auch zur Beweislastumkehr Stellung, wenn nach medizinischer Beurteilung die Schadensursächlichkeit eines Behandlungsfehlers weder mit praktischer Gewissheit feststeht (§ 286 ZPO) noch diese auszuschließen ist. Maßgebend ist § 630h Abs. 5 BGB. Die Subsumtion unter diese Vorschrift erfolgt in enger Abstimmung zwischen dem medizinischen Kommissionsmitglied einerseits und dem beteiligten juristischen Kommissionsmitglied andererseits. Wegen aller Einzelheiten, auch zum voll beherrschbaren Risiko, zu Lagerungsschäden, zum Beweis des ersten Anscheins, zu Hygienemängeln wird auf Seite 50 ff. verwiesen.

e) Die Prüfung der Selbstbestimmungs-(Risiko-)aufklärung

Ob der Patient ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist, wird im Begutachtungsverfahren nur geprüft, wenn eine entsprechende Rüge erhoben worden ist oder mit dem Einspruch gegen das Gutachten (erstmal) erhoben wird. Die sachliche Prüfung orientiert sich ausschließlich an der vorliegenden Dokumentation. Die Aufklärung ist dokumentationspflichtig (§ 630f Abs. 2 BGB), beweispflichtig ist der Behandelnde.

Das abschließende Gutachten

Folgende Konstellationen sind nicht selten zu bewältigen:

aa) Es liegt ein vollständiger und vom Patienten unterschriebener Aufklärungsbogen vor, der Patient behauptet aber, er sei mündlich nicht aufgeklärt worden, die Unterschrift sei ihm faktisch „abgenötigt worden“. Dann ergeht regelmäßig folgende Beurteilung: *„Nach der für die Beurteilung maßgeblichen Dokumentation liegt eine ordnungsgemäße Risikoauflklärung vor. Soweit der Antragsteller behauptet, es habe an der nötigen mündlichen Aufklärung gefehlt, muss dies unberücksichtigt bleiben, weil die Gutachterkommission deren Richtigkeit mit den ihr nach der Verfahrensordnung zur Verfügung stehenden Mitteln nicht überprüfen kann, denn sie führt keine Zeugen- oder Parteivernehmung durch.“*

bb) Über die vom Behandelnden behauptete Aufklärung liegt keine Dokumentation vor. Die Beurteilung kann dann lauten: *„Nach Lage der Dokumentation fehlt es an der gebotenen Risikoauflklärung. Der Antragsteller hätte über das Risiko einer Nervverletzung ... aufgeklärt werden müssen. Soweit der Antragsgegner behauptet, ... (wie vor). Das geht zulasten des Antragsgegners, sodass ein Aufklärungsmangel festzustellen ist.“*

cc) Wenn ein vollständiger und unterschriebener Aufklärungsbogen vorliegt, die Parteien aber (nur) darüber streiten, ob über ein dort nicht aufgeführtes Risiko hätte aufgeklärt werden müssen, muss (und wird) anhand der von der Haftungsrechtsprechung aufgestellten Grundsätzen sachlich entschieden werden, ob ein Aufklärungsmangel vorliegt.

Praxisgerechte Fallbearbeitung anhand eines fiktiven Beispiels:

Abschließendes Gutachten

In der Begutachtungssache
des Herrn Karl Mustermann,
geboren am ...,
wohnhaft ...,
– Antragsteller –

vertreten durch Kanzlei Rechtsanwälte K & S,
in ...,

bezüglich seiner Behandlung
1. im Städtischen Klinikum A-Stadt,
Chefarzt: Prof. Dr. med. D. ..., in ...,

2. durch Herrn Oberarzt PD Dr. med. ..., in ...,

– Antragsgegner –

weitere Beteiligte:

V-Versicherungs-AG, in ...,
als Haftpflichtversicherer der Antragsgegner zu 1. und 2.
Aktenzeichen: ... (RBL-Nr.: ...)
erstattet die Gutachterkommission für ärztliche
Behandlungsfehler durch ihre Mitglieder

1. Dr. med. A ...
als sachverständiges ärztliches Mitglied

2. Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D. B ...
als stellvertretender Vorsitzender

am
gemäß § 11 des Statuts folgendes abschließendes
Gutachten:

Ein ärztlicher Behandlungsfehler ist nicht feststellbar.

>>>

Gründe:

Mit dem am ... 2020 eingegangenen Anwaltsschriftsatz bittet der Antragsteller die Gutachterkommission um Überprüfung seiner Behandlung durch die Antragsgegner. Er wirft ihnen eine fehlerhafte operative Versorgung einer Achillessehnenruptur links vor. Auch sei die postoperative Nachbehandlung fehlerhaft gewesen, sodass mehrere Revisionsoperationen notwendig geworden seien.

Zur Klärung des Sachverhaltes hat die Gutachterkommission in Ergänzung der von der Antragstellerseite eingereichten Unterlagen folgende weitere Unterlagen berücksichtigt:

Stellungnahmen des Antragsgegners vom ... und vom ... nebst Behandlungsdokumentation der belasteten Klinik in Kopie.

Mit diesen Unterlagen hat die Gutachterkommission Herrn Prof. Dr. med. ... um eine fachsachverständige Beurteilung gebeten.

Der Gutachter ist zusammenfassend zu folgender Beurteilung gelangt:

Insgesamt fänden sich auf der Basis der vorliegenden Unterlagen keine Anhaltspunkte für ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen der Antragsgegner. Die eingetretene Infektion und Fehlverheilung der Achillessehne sei als schicksalhaft anzusehen. Sie sei nicht Folge vorwerfbarer Behandlungsfehler.

Das Gutachten vom ... wurde den Beteiligten zur Kenntnis gebracht.

Mit am ... eingegangenen Anwaltsschriftsatz vom selben Tage hat der Antragsteller um ein abschließendes Gutachten der Gutachterkommission gebeten. Zur Begründung hat er im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Der Gutachter sei nicht auf seinen Vorwurf, dass bei der Nachversorgung die tatsächliche Entwicklung des Wundbereichs verkannt worden sei und hierdurch die

gesundheitlichen Schäden bei ihm entstanden seien, eingegangen.

Die Antragsgegner hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie haben sich nicht geäußert.

Der fristgerecht gestellte Antrag ist nach § 10 Abs. 2 der Verfahrensordnung zulässig; er führt jedoch nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Hinsichtlich der Darstellung des Sachverhalts wird auf das Erstgutachten Bezug genommen.

Die Gutachterkommission hat den Sachverhalt einer vollständigen und eigenständigen Überprüfung unterzogen.

Sie stimmt hiernach der Bewertung des Sachverhaltes durch den Fachsachverständigen zu. Das Gutachten ist schlüssig und überzeugend, sodass kein Anlass besteht, von seinen Bewertungen abzuweichen. Zu den von dem Antragsteller gegen das Gutachten erhobenen Einwendungen ist festzustellen:

Die Gutachterkommission richtet sich bei ihrer Beurteilung nach den vorliegenden Dokumentationen der behandelnden Ärzte. Streitige Sachverhalte und behauptete mündliche Vereinbarungen zwischen Antragsteller und Antragsgegner, die nicht dokumentiert wurden, sind durch die Gutachterkommission nicht klärbar, da hierzu die Befragung von Zeugen, die das Statut der Gutachterkommission nicht vorsieht, notwendig wäre. Sie müssen deshalb bei der Beurteilung unberücksichtigt bleiben.

Der Dokumentation der Antragsgegner unter Berücksichtigung der Dokumentation der nachbehandelnden Orthopädie A-Stadt, Gemeinschaftspraxis Dres. A/B/C/D, ist eine Fehlbehandlung oder Fehleinschätzung anlässlich der Behandlung nicht zu entnehmen. In der Folge der Achillessehnenoperation wurde in der Dokumentation der Antragsgegner auf die Wundheilungsstörung im mittleren Wundbereich hingewiesen. Eine derartige Wundheilungsstörung ist insbesondere wegen der Immunsuppression nach Nierentrans-

>>>

Das abschließende Gutachten

plantation, die bei dem Antragsteller notwendig war, nicht ungewöhnlich, da das Achillessehngewebe ein bradytrophes, also schlecht durchblutetes Gewebe ist, und nur von einer dünnen Hautschicht bedeckt ist. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache ist es für die Gutachterkommission nachvollziehbar, über einen gewissen Zeitraum die konservative Behandlung der Sekretion aus der Wunde fortzuführen, da eine Revisionsoperation mit einem größeren Aufwand verbunden und mit weiteren operativen Risiken behaftet gewesen wäre.

Wie bereits im Erstgutachten ausgeführt, wurde der Antragsteller unter Berücksichtigung seiner Vorerkrankungen und der hieraus resultierenden Medikation ausführlich über die Risiken des Eingriffs anhand eines ThiemeCompliance-Aufklärungsbogens, der mit umfangreichen handschriftlichen Ergänzungen versehen war, aufgeklärt.

Der Verlauf ist als schicksalhafte Komplikation anzusehen. In jeder Phase wurde dokumentiert zeitgerecht unter Berücksichtigung der Vorerkrankung reagiert. Die gesundheitlichen Schäden sind nicht durch eine Verzögerung der notwendigen Behandlung entstanden, sondern müssen als Folge der Komplikation angesehen werden.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass der von dem Antragsteller gegenüber den Antragsgegnern erhobene Vorwurf ärztlicher Behandlungsfehler nicht berechtigt ist.

gez. Dr. med. A

gez. B

Die Plenarsitzung

Johannes Riedel/Rainer Rosenberger

Die bei der Ärztekammer Nordrhein eingerichtete Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler erfreut sich in den beteiligten Kreisen einer guten Akzeptanz. Patientinnen und Patienten ebenso wie die Ärzteschaft vertrauen auf die Kompetenz und Unabhängigkeit ihrer Mitglieder bei der Beurteilung von ärztlich verantworteten Behandlungsmaßnahmen aus Anlass eines zumeist von Patienten erhobenen Vorwurfs eines schadensursächlichen Behandlungsfehlers. Funktion und Arbeitsweise der Kommission sind in einer Verfahrensordnung verankert. Die Kommission trifft ihre Sachentscheidungen erstinstanzlich durch ein oder mehrere von medizinischen Sachverständigen erstellte Gutachten und nach Einspruch dagegen durch ein von einem ärztlichen und einem juristischen Kommissionsmitglied gemeinsam verantwortetes abschließendes Gutachten, gegebenenfalls nach Einholung von Zusatzgutachten.

Weniger bekannt sind Funktion und Aufgaben der in der Regel im zweimonatlichen Rhythmus stattfindenden Plenarsitzungen, an denen unter Leitung des Vorsitzenden der Gutachterkommission sämtliche ärztlichen und juristischen Kommissionsmitglieder teilnehmen können. Neben allgemeinen und fallbezogenen Fragen des Medizinrechts werden die Arbeitsweise der Gutachterkommission betreffende Fragen erörtert.

Darüber hinaus sind in der letzten Zeit durch Mitglieder der Gutachterkommission zunehmend Fallgestaltungen oder Fallgruppen vorgestellt worden, die aus medizinischer oder aus juristischer Sicht als exemplarisch oder in besonderer Weise instruktiv angesehen wurden. Obgleich es sich dabei vielfach um bereits abgeschlossene Verfahren handelte, sind diese Vorträge auf große fachübergreifende Resonanz gestoßen. So sind in der Vergangenheit Fragen der allgemeinen Recherche bei der Gutachtenerstellung ebenso Gegenstand der Erörterung gewesen wie die Besonderheiten von Kataraktoperationen, von Großschäden in der Geburtshilfe, von Fehlern bei Kreuzbandplastiken, von Koronarsyndromen in der Notaufnahme, von der plastischen Laser-Lipolyse und viele mehr.

Im Zentrum stehen allerdings seit vielen Jahren aktuell zu bearbeitende Begutachtungsfälle, die einem Kom-

missionsmitglied zur Bearbeitung zugewiesen sind und von diesem vor dem Plenum vorgetragen werden. Ziel ist hier eine interdisziplinäre Erörterung durch erfahrene Sachverständige, wodurch eine qualifizierte und ausgewogene Meinungsbildung gewährleistet werden soll. Es geht weniger um die exakte wissenschaftliche und fachliche Beurteilung in einem bestimmten Fachgebiet (also etwa die Erörterung einer urologischen Spezialfrage), sondern um die Diskussion von Fragen der fachübergreifenden Zusammenarbeit (etwa die horizontale Arbeitsteilung), der Anforderungen an Risikoauflösungen und Behandlungsdokumentationen und der hieraus sich ergebenden Folgerungen.

Das Plenum hat aber keine Entscheidungskompetenz, die Verantwortung für das abschließende Gutachten verbleibt bei den zu seiner Abfassung berufenen Mitgliedern der Kommission. Vortragend im Plenum ist regelmäßig ein medizinisches Mitglied; es kann aber auch das zuständige juristische Kommissionsmitglied vortragen, wenn haftungsrechtliche Fragen zur Lösung anstehen. Vielfach stellen die einen Fall bearbeitenden Mediziner und Juristen die Sache gemeinsam oder arbeitsteilig vor. Die interdisziplinären Erörterungen stoßen auf großes Interesse und lösen oftmals eine lebendige, mitunter kontroverse Diskussion aus. In jedem Fall führen sie dazu, dass die ein abschließendes Gutachten bearbeitenden Mitglieder ihre Überlegungen im Lichte der Diskussion nochmals einer eigenen kritischen Würdigung unterziehen können. Diese kritisch-wissenschaftliche Auseinandersetzung mit einer Fallkonstellation trägt nach Auffassung der Mitglieder der Gutachterkommission in besonderem Maße zur Qualität ihrer Arbeitsergebnisse bei, sind diese doch dann durch eine breite Fachdiskussion abgesichert.

Die Darstellung eines oder mehrerer Fälle und deren Diskussionsverlauf würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Es mag deshalb darauf verwiesen werden, dass viele dieser Fallvorstellungen in der Folge ihren Niederschlag in Veröffentlichungen im *Rheinischen Ärzteblatt* gefunden haben. Dort erscheint in der Regel alle zwei Monate ein Beitrag in der Rubrik „Aus der Arbeit der Gutachterkommission“.

Statistik, Berichtspflicht, Fortbildung und Fehlerprophylaxe

Dr. med. Beate Weber

Die Mitglieder der Gutachterkommission Nordrhein haben es sich von Beginn an zur Aufgabe gemacht, wirksame Beiträge zur Vermeidung von Behandlungsfehlern durch Auswertung ihrer gutachterlichen Erkenntnisse zu leisten. Den Grundstein dafür legte der Internist Dr. med. Herwarth Lent [†], der im Dezember 1975 die Gutachterkommission mitgründete und ihr bis ins Jahr 19 als Stellvertretendes Geschäftsführendes Kommissionsmitglied angehörte. Diese Aufgabe ist nunmehr in der Verfahrensordnung ausdrücklich verankert (§ 12).

Vor diesem Hintergrund wurde in Nordrhein bereits im Jahre 16 eine ärztliche Stelle zur einheitlichen Archivierung und Auswertung der Begutachtungen geschaffen, deren Arbeit seither kontinuierlich weiterentwickelt wurde.

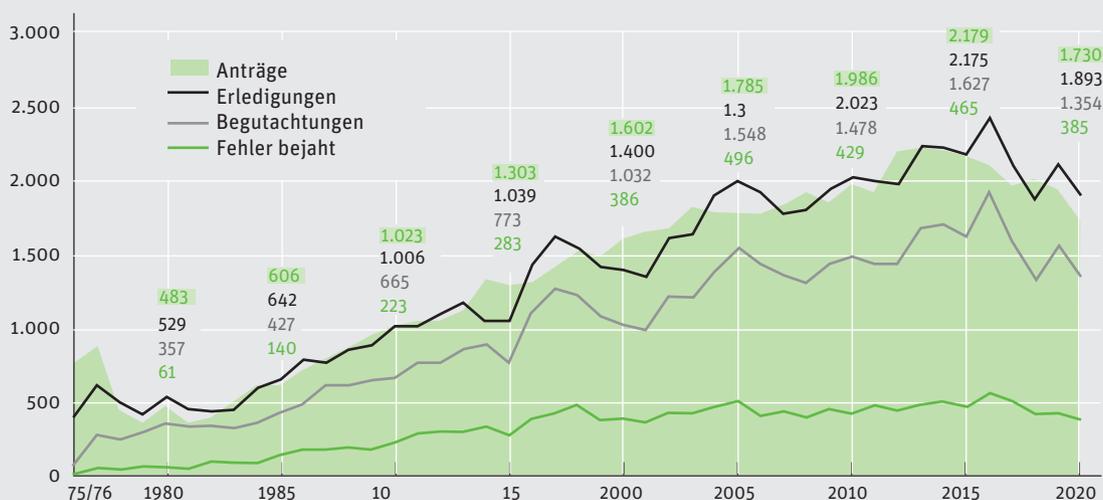
Zur Qualitätssicherung und -verbesserung ärztlicher Tätigkeit werden aus den Vorgängen diejenigen Informationen in den Blick genommen, die geeignet sind, fehlerträchtige Behandlungsabläufe, Komplikationen

und Risiken zu detektieren und systematisch auszuwerten. Dabei stehen gerade die in etwa einem Drittel der Begutachtungen festgestellten Behandlungsfehler im Fokus der zumeist Fünf- bis Zehnjahresbetrachtungen. Auch in die bisher jährlich durch die Bundesärztekammer in einer Pressekonferenz dargestellte gemeinsame Statistik der bundesweiten Begutachtungen der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen fließen die nordrheinischen Auswertungen ein.

Die Erkenntnisse aus den Begutachtungen werden inzwischen in vielfältiger Weise für die ärztliche Fortbildung in Form von Vorträgen, Buch- und Heftbeiträgen und Einzeldarstellungen genutzt.

Zur Behandlungsfehlerprophylaxe erschienen beispielsweise seit Mai 2000 unter der Rubrik „Aus der Arbeit der Gutachterkommission“ im zweimonatigen Rhythmus inzwischen mehr als 120 Beiträge im *Rheinischen Ärzteblatt*, um möglichst viele Ärztinnen und Ärzte anzusprechen und für besonders fehlerträchtige Konstellationen zu sensibilisieren.

Jährliche Entwicklung der Anträge und Erledigungen bei der Gutachterkommission Nordrhein
vom 1.12.1975 bis 31.12.2020



Die Begutachtungen haben im vergangenen Zehnjahreszeitraum bezogen auf die Feststellung von Behandlungsfehlern folgende Quoten ergeben:

2011:	2012:	2013:	2014:	2015:	2016:	2017:	2018:	2019:	2020:
33,43 %	30,33 %	28,16 %	29,34 %	28,58 %	29,30 %	31,70 %	32,13 %	27,42 %	28,43 %

Mit dem Institut für Qualität im Gesundheitswesen Nordrhein wurden in den vergangenen 25 Jahren über 80 Fortbildungsveranstaltungen zu häufigen Vorwürfen und Fehlern gemeinsam mit ärztlichen und juristischen Kommissionsmitgliedern und Gutachtern gestaltet. Die zwei- bis dreimal jährlich stattfindenden Veranstaltungen wurden jeweils von etwa 80 bis 150 Ärztinnen und Ärzten besucht. In deren Fokus steht bis heute immer die ärztlich-juristische Diskussion aktueller Kasuistiken zum Aufzeigen von Fallstricken in der Patientenbetreuung, zum Beispiel auch in Bezug auf eine verbesserbare Behandlungsdokumentation.

Die Gutachterkommission Nordrhein unterstützt damit seit über 45 Jahren die Bemühungen um die Patientensicherheit in Deutschland. Sie trägt dazu bei, dass Ärztinnen und Ärzte anhand von Beispielen aus der Begutachtungspraxis zur aktuellen Rechtsprechung informiert werden, um ihre ärztliche Tätigkeit so auszurichten, dass Behandlungs- und Aufklärungsfehler möglichst vermieden werden. Es ist der Kommission

ein großes Anliegen, durch transparente Informationen ihren Beitrag dazu zu leisten, dass die Arzt-Patienten-Beziehung – gerade in den heutigen Zeiten der stark verdichteten und immer komplexer werdenden ärztlichen Behandlungen – auch unter schwieriger werdenden Voraussetzungen in einem guten Miteinander gestaltet wird, um Arzthaftungsverfahren möglichst zu vermeiden. Hierzu kann stets auch eine wertschätzende und einfühlsame Kommunikation mit den Patientinnen und Patienten beitragen, gerade wenn sich Risiken verwirklicht haben.

C. Ausgewählte arzthaftungsrechtliche Probleme

Rechtliche Konsequenzen von Dokumentationsmängeln

Rainer Rosenberger

I. Einleitung

Der ärztlichen **Behandlungsdokumentation** kommt im Haftungsprozess, aber auch bereits bei der Vorbereitung desselben eine zentrale praktische Bedeutung zu. Sie bildet die **hauptsächliche Erkenntnisquelle** für den Ablauf der Behandlung und gibt Auskunft über die wesentlichen ärztlichen und pflegerischen Maßnahmen. Die vorprozessuale Sachverständigenbeurteilung muss sich notwendigerweise fast ausschließlich an der Dokumentation orientieren, weil andere objektive Erkenntnismittel (Beweismittel) in diesem Stadium nicht zuverlässig ausgeschöpft werden können. Im Prozess können zwar die Richtigkeit der Dokumentation mit geeigneten Beweismitteln überprüft oder Lücken geschlossen werden; im Begutachtungsverfahren ist das nicht möglich, weil weder eine Zeugen- noch eine Parteivernehmung vorgesehen ist (§ 9 Abs. 2 VfO). Es gilt der Grundsatz, dass einer angemessenen, vollständigen und zeitnah zur Behandlung erstellten Dokumentation **Vertrauen geschenkt** und die Durchführung der dokumentierten Maßnahmen als erwiesen angesehen werden können (BGH Urt. v. 14.3.1978 - VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681; OLG Koblenz Urt. v. 15.3.2017 - 5 U 761/16, MDR 2017, 853). Diesen Grundsatz hat der BGH mit Urteil vom 27.4.2021 - VI ZR 84/19 - juris dahin eingeschränkt, dass einer elektronischen Dokumentation, die nachträgliche Änderungen nicht erkennbar macht, also nicht fälschungssicher ist, keine positive Indizwirkung dahingehend zukommt, dass die dokumentierte Maßnahme tatsächlich getroffen worden ist. Es liegt auf der Hand, dass eine mangelhafte oder gar in Gänze unterbliebene oder in Verlust geratene Dokumentation rechtliche Konsequenzen haben muss.

II. Die Rechtsgrundlagen der Dokumentationspflicht

Die Rechtsprechung hat in einem langen Prozess, der etwa in den siebziger Jahren begann, herausgearbeitet, dass die Dokumentation seitens des Arztes als **vertragliche Pflicht** geschuldet ist.

Damit ist die Rechtsgrundlage der Dokumentationspflicht der Behandlungsvertrag. Das wurde früher an-

ders gesehen. Die Ärzteschaft hat die Dokumentation nicht als Pflicht gegenüber dem Patienten gesehen, sondern **allein als Gedächtnisstütze und interne Informationsquelle**. Diese Sichtweise ist überholt.

Daneben ist die Dokumentation der Behandlung auch als faktisch, d. h. **durch tatsächliche Übernahme der Behandlung deliktisch begründete Pflicht** anerkannt. Da sich der Heileingriff als Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten und damit als eine Körperverletzung darstellt, greifen die Grundsätze der unerlaubten Handlung (§ 823 BGB). Das ist ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, aus dem den Parteien Pflichten erwachsen. Die Behandelnden rücken in eine Garantenstellung gegenüber den Patienten ein. Das rechtfertigt es, vertraglichen und deliktischen Schutz gleich zu behandeln. Damit obliegt die Dokumentationspflicht auch den Ärztinnen und Ärzten, die nicht aufgrund eines Vertrages ihrem Heilauftrag nachkommen, sondern rein faktisch zu Heilzwecken tätig geworden sind.

Das kann durchaus **praxisrelevant** werden. Welche Ärzte dokumentieren schon ihre Tätigkeit, wenn sie **zufällig an einem Unfallort** erscheinen und helfend eingreifen. Gleiches gilt für die Fälle, in denen Ärzte aus **reiner Gefälligkeit tätig** werden. Auch in solchen Fällen müssen Ärzte dokumentieren und die Dokumentation aufbewahren, damit sie dem Patienten und Nachbehandlern zugänglich bleibt. In der Praxis geschieht dies in der Weise, dass Ärzte den Weiterbehandelnden die notwendigen Informationen darüber geben, was sie veranlasst haben. Dies wird dann aufgezeichnet, sodass eine verfügbare Dokumentation vorliegt.

Seit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes ist die Dokumentationspflicht in § 630f BGB geregelt. Der Gesetzgeber hat damit nach seinem erklärten Willen **die bisherige Rechtsprechung kodifiziert**.

§ 630f Abs. 1 Satz 1 BGB lautet:

„Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen.“

Die Dokumentationspflicht ist natürlich auch berufsrechtlich statuiert (§ 10 MBO – Ä). Unmittelbare Wirkungen zu Gunsten des Patienten ergeben sich daraus aber nicht.

III. Zweck der Dokumentation

In erster Linie bezweckt die Dokumentation die Information des Behandelnden, des Mitbehandelnden und des Nachbehandelnden. Sie dient damit der **Patientensicherheit in der Behandlung und mit Bezug auf die Nachbehandlung**.

Der BGH hat aber schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1978 darauf hingewiesen, dass die Dokumentationspflicht auch der **Rechenschaftslegung** dient (vgl. Urt. v. 27.6.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132). Diese Entscheidung hat er jüngst bestätigt (Urt. v. 27.4.2021 – VI ZR 84/19 – juris). Das ist nur konsequent, denn immerhin überantworten Patientinnen und Patienten den Ärzten ihre höchsten Güter, nämlich Leben und Gesundheit. Dann ist es unabdingbar, dass Ärztinnen und Ärzte Rechenschaft darüber ablegen, was sie gemacht haben. Die Rechenschaftspflicht erfordert eine nachvollziehbare Darstellung des Behandlungsgeschehens, wobei die Frage der Nachvollziehbarkeit aus der Sicht des medizinischen Sachverständigen zu beurteilen ist. Der Gesichtspunkt der Rechenschaftspflicht kommt etwa zum Tragen, wenn es um abgeschlossene Behandlungsabschnitte geht, die für eine weitere Behandlung offensichtlich ohne Belang sind.

Denn selbstverständlich sind auch die frustranen Behandlungsmaßnahmen aufzuzeichnen, wenn der notfallmäßig eingelieferte Patient nach verhältnismäßig kurzer Zeit verstirbt. Ein Reanimationsprotokoll ist auch dann zu fertigen, wenn die Bemühungen ohne Erfolg geblieben sind. In solchen Fällen wäre eine patientenbezogene ärztliche Dokumentation zum Zwecke der Therapiesicherheit aus medizinischen Gründen an sich nicht mehr erforderlich.

Schließlich soll die Dokumentation nach Ansicht des Verfassers auch dem **Persönlichkeitsrecht** der Patienten Rechnung tragen. Patientinnen und Patienten soll und muss die Möglichkeit gegeben werden, die Dokumentation einzusehen, um nachvollziehen zu können, was

mit ihnen in der besonderen Situation einer Krankheit geschehen ist (§ 630g BGB).

Nach ständiger Rechtsprechung bezweckt die Dokumentation **nicht die Beweissicherung** im Hinblick auf einen möglichen Haftungsprozess oder den Honoraranspruch der Ärzte. Die Dokumentation soll vielmehr ausschließlich auf medizinische Belange konzentriert sein. Es soll nur das dokumentiert werden müssen, was medizinisch erforderlich ist, nicht auch das, worauf es im Haftungsprozess ankommt oder ankommen kann. Daraus folgt umgekehrt, dass eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten ist (BGH Urt. v. 27.4.2021 – VI ZR 84/19 – juris; Urt. v. 9.11.13 – VI ZR 248/82, VersR 14, 682).

IV. Die Beweisfunktion der Dokumentation

Der Dokumentation kommt im Prozess **tatsächlich eine ganz wesentliche Beweisfunktion** zu. Der Gesetzgeber hat die Beweisfunktion in § 630f BGB umgesetzt. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift ist der Arzt verpflichtet, sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen. Nur hierauf bezieht sich die **Vermutungsregel des § 630h Abs. 3 BGB, wonach zu Gunsten des Patienten vermutet wird, dass eine ärztliche Maßnahme oder Anordnung unterblieben – nicht geschehen – ist, wenn sie, obwohl dokumentationspflichtig, nicht aufgezeichnet worden ist**.

Über den **Dokumentationsinhalt und -umfang** verhält sich § 630f Abs. 2 BGB. Es gilt der Grundsatz, dass sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse zu dokumentieren sind. Der Gesetzgeber hat sodann einen Katalog aufgeführt. Das Gesetz unterscheidet übrigens nicht zwischen der Dokumentation in einem Krankenhaus und in einer niedergelassenen Praxis. Der Inhalt muss in jedem Fall gleich sein. Dass dies in der Praxis häufig anders aussieht, ist bekannt, darf aber nicht zulasten der Patientinnen und Patienten gehen.

Routinemaßnahmen – zum Beispiel die vor jeder Injektion durchzuführende Desinfektion oder ohne Befund

Rechtliche Konsequenzen von Dokumentationsmängeln

gebliebene Routinekontrollen – müssen nicht dokumentiert werden. Überhaupt müssen negative, also **nicht krankhafte Befunde nur dokumentiert werden, wenn ein konkreter Anlass zur Ausräumung eines bestimmten Verdachts bestanden hat**. Gerade was die Routinemaßnahmen anbelangt, sind Patienten regelmäßig im Nachteil. Bekanntlich wird in der Praxis vor Injektionen, seien sie intramuskulär oder intraartikulär, die Desinfektion nicht selten vernachlässigt. Kommt es dann zu einer Infektion, bleiben Patienten regelmäßig beweisfällig, eben weil es sich um Routinemaßnahmen handelt, die nicht dokumentiert werden müssen. Durch Zeugenbeweis den Nachweis zu erbringen, dass nicht ordnungsgemäß desinfiziert worden ist, ist in der Praxis schier unmöglich.

Was im Einzelnen zu dokumentieren ist, kann im Einzelfall sehr schwierig sein. Es unterliegt sachverständiger Beurteilung.

V. Rechtliche Konsequenzen einer mangelhaften Dokumentation.

Typische Konstellationen aus der gutachterlichen Praxis:

1. Die Dokumentationslücke: eine als geschehen behauptete ärztliche Maßnahme ist nicht dokumentiert.

Der Sachverhalt:

Bei der Patientin wurde wegen Verdachts auf einen bösartigen Tumor im Bauchspeicheldrüsenkopf, der sich intraoperativ bestätigte, im Wege einer Abdominaleröffnung eine Teilentfernung von Bauchspeicheldrüse nebst Zwölffingerdarm unter Erhalt des Magens sowie simultaner Gallenblasenentfernung und systematischer Lymphknotenentfernung durchgeführt. Die Patientin wurde anschließend auf die Intensivstation verlegt. In der Dokumentation findet sich kein Vermerk, dass noch am Abend des Operationstages zur venösen Thromboembolie – Prophylaxe eine medikamentöse Antikoagulation eingeleitet worden ist, desgleichen keine Anordnung, dass dies geschehen soll. Dagegen ist ein Vermerk über ein Telefonat des diensthabenden Intensivarztes vom selben Abend in der Akte, wonach dieser beim Oberarzt der Chirurgie nachgefragt hat, ob eine prophylaktische Antikoagulation ab dem Folgetag ausreichend sei, was der Chirurg bejaht hatte.

Am Morgen dieses Folgetags erlitt die Patientin eine zentrale Lungenarterien – Embolie, an der Sie gegen Mittag verstarb. In einer späteren Stellungnahme zum Behandlungsvorgang erklärte der Oberarzt der Chirurgie, es sei bereits am Abend des Operationstages eine Thromboseprophylaxe verabreicht worden, dies sei versehentlich nicht aufgezeichnet worden.

Die Beurteilung des Sachverständigen:

Wenn Behandelnde eine medizinisch gebotene und dokumentationspflichtige Maßnahme nicht aufgezeichnet haben, wird kraft Gesetzes vermutet, dass diese Maßnahme auch nicht getroffen wurde. Auf dieser Gesetzesgrundlage hat der Sachverständige folgende Überlegungen anzustellen:

Ein Behandlungsfehler liegt vor, wenn Behandelnde grundlos vom guten fachärztlichen Standard zum Nachteil der Patienten abgewichen sind (§ 630 a Abs. 2 BGB). Standardgerecht hätte am Operationsabend eine Thromboseprophylaxe verabreicht werden müssen. Das Unterlassen ist mithin ein Behandlungsfehler. In der Dokumentation ist die Gabe nicht vermerkt, also wird das Unterlassen vermutet, wenn die Gabe hätte aufgezeichnet werden müssen. Dokumentationspflichtig sind sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen, insbesondere die Anamnese, Diagnose, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärung (§ 630 f Abs. 2 BGB). Danach ist für den Streitfall klar, dass die Gabe der Prophylaxe hätte dokumentiert werden müssen. Insoweit genügt die spätere Stellungnahme des Chirurgen nicht, und zwar schon deshalb nicht, weil sie nicht im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung – wie es das Gesetz erfordert (§ 630 f Abs. 1 BGB) – erfolgt ist. Die Stellungnahme hat also insoweit für die Begutachtung keinen Beweiswert, ist unbeachtlich.

Als Resümee stellt der Sachverständige abschließend fest: Nach Lage der Dokumentation ist dem Behandelnden ein schadensursächlicher Behandlungsfehler vorzuwerfen.

Ob es der Arztseite in einem Gerichtsprozess gelingt, die Gabe doch zu beweisen (durch Zeugen usw.), muss und darf für das Begutachtungsverfahren offenbleiben.

2. Eine ärztliche Maßnahme ist zwar unstreitig durchgeführt worden, sie ist aber nicht aufgezeichnet worden, jedenfalls kann der Bericht darüber nicht vorgelegt werden.

Der Sachverhalt:

Bei dem Patienten war auf Veranlassung des niedergelassenen Urologen unter anderem mittels MRT und CT ein bösartiger Nierentumor links mit einer Größe von 4,8–5,7 cm festgestellt worden. Der niedergelassene Urologe stellte den Patienten zur Tumorentfernung mit Nierenteilresektion im belasteten Krankenhaus vor. Dem Patienten wurde dort eine entsprechende Aufklärung erteilt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass eine radikale Nephrektomie nötig werden könnte. Genau Letzteres geschah dann auch. Der histopathologische Befund ergab einen Tumor T1, im Übrigen cNo cMo Lo Vo Ro bei unauffälligen Nierenparenchym. Ein Operationsbericht befand sich nicht bei den Behandlungsunterlagen, und zwar aus nicht nachvollziehbaren Gründen. Eine Nachfrage seitens der Gutachterkommission bei der belasteten Klinik blieb insoweit erfolglos. Der Operateur ist inzwischen schwer erkrankt.

Die Beurteilung des Sachverständigen:

Der Gutachter stellte fest, dass nach allen präoperativ erhobenen Befunden standardgerecht eine Nierenteilresektion indiziert und ausreichend gewesen wäre. Ob die tatsächlich durchgeführte radikale Resektion dennoch erforderlich gewesen sei, könne sich aus dem Operationsbericht ergeben. Es sei nämlich für ihn schwer vorstellbar, dass ein erfahrener Operateur grundlos eine radikale Resektion vornimmt.

Hat der Patient unter diesen Umständen den ihm obliegenden Beweis eines Behandlungsfehlers erbracht? Der Vorgang einer Operation ist selbstverständlich dokumentationsbedürftig. Es müssen insbesondere die intraoperativ vorgefundene Situation, etwa unvorhersehbar eingetretene Komplikationen und die zu deren Beherrschung vorgenommenen Maßnahmen aufgezeichnet werden, und zwar sinnvollerweise in einem Operationsbericht. Das ist aus medizinischen Gründen erforderlich, aber übrigens auch der Rechenschaftspflicht des Behandlenden geschuldet. Fehlen dazu Angaben im Operationsbericht oder fehlt ein solcher Bericht überhaupt, wird vermutet, dass die Operation komplikationslos verlaufen ist. Das folgt aus einer inter-

essensgerechten Anwendung von § 630h Abs. 3 BGB. Wenn das der Fall war, fehlte es aber an einem Grund für die radikale Resektion, mit der Folge einer mangelnden Indikation dafür.

Die Begutachtung des Sachverständigen schließt nach Darlegung dieser Überlegungen also mit der Feststellung, dass nach Lage der Dokumentation ein Behandlungsfehler vorliegt.

3. Die oberflächliche, substanzlose Dokumentation.

Eine gefürchtete Komplikation während des Geburtsvorgangs ist die Schulterdystokie, bei der die Schulter des Kindes nach der Geburt des Kopfes im Becken der Mutter hängenbleibt. Im Ergebnis erleidet das Kind dadurch nicht selten eine Verletzung des Armnervengeflechts (Plexusparese), wodurch die Gebrauchsfähigkeit des betroffenen Armes auf Dauer stark beeinträchtigt wird.

Im Geburtsprotokoll ist zur Bewältigung dieser Komplikation bisweilen lediglich vermerkt: „*die Schulterentwicklung gestaltete sich schwierig.*“

Diese als lückenhaft zu bewertender Dokumentation kann für Geburtshelfer schwerwiegende beweisrechtliche Konsequenzen haben. Es müssen nämlich, was zur Beurteilung des Sachverständigen steht, sämtliche zur Bewältigung der Komplikation anzuwendenden Maßnahmen und Handgriffe im Einzelnen aufgezeichnet werden. Fehlt es daran, wird vermutet, dass sie auch nicht ergriffen worden sind (§ 630h Abs. 3 BGB) mit der Folge, dass eine etwaige Plexusschädigung zulasten der Geburtshelfer geht, weil das Unterlassen sogar als grober Fehler zu bewerten wäre.

VI. Fehlervermutung

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, dass ein Dokumentationsversäumnis grundsätzlich nur zur Fehlervermutung führen kann, nicht auch zur Kausalitätsvermutung. Die Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs findet aber statt, wenn der Behandlungsfehler, der aufgrund des Dokumentationsversäumnisses anzunehmen ist, als grob oder als Befunderhebungsfehler zu qualifizieren ist (s. *Beitrag Lange S. 73 ff.*).

Die therapeutische Information (Sicherungsaufklärung)

Margarete Gräfin von Schwerin

I. Definition

Von der Risikoaufklärung zu unterscheiden ist die vom BGH so bezeichnete therapeutische Information (vgl. Urteil v. 27.4.2021 – VI ZR 84/19, juris), auch Sicherungsaufklärung genannt, die im Patientenrechtegesetz in § 630 c Abs. 2 S. 1 BGB geregelt ist.

Nach dessen Wortlaut sind Behandelnde verpflichtet, Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen. Das bedeutet, dass Ärztinnen und Ärzte verpflichtet sind, die Patienten über die reine Behandlung hinaus (siehe insoweit die vorstehenden Ausführungen zur Risikoaufklärung) über alle Umstände zu unterrichten, die zur Sicherung des Heilerfolges, zu einem therapiegerechten Verhalten und zur Vermeidung einer möglichen Selbstgefährdung der Patienten erforderlich sind (BGH, Urteil v. 16.6.2009 – VI ZR 157/08, MedR 2010, 101, 103).

In aller Regel wird diese therapeutische Information mit der erforderlichen Erteilung von Schutz- und Warnhinweisen zur Sicherstellung des Behandlungserfolges erst während oder nach der Vornahme der ärztlichen Behandlungsmaßnahme relevant. Die damit einhergehende Informationspflicht ist Teil der Behandlung selbst und als solche von den in § 630 e BGB niedergelegten Regelungen der Selbstbestimmungs- und Risikoaufklärung abzugrenzen. Auch diese Maßnahmen sind allerdings gemäß § 630 f Abs. 2 S. 1 BGB zu dokumentieren.

II. Beispielfälle für therapeutische Informationspflichten

Die von den Behandlern geschuldete therapeutische Information beinhaltet sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände. Umfang und Intensität der Information haben sich dabei nach den Umständen des Einzelfalles und dem Ziel der Sicherung des Heilungserfolges zu richten.

Bei der Einordnung einer unterlassenen oder unvollständigen Maßnahme der Behandler als Verletzung der therapeutischen Informationspflicht geht es häufig um die Frage, mit welcher Deutlichkeit und Verständlichkeit Ärztinnen und Ärzte die Patienten auf die Notwendigkeit weiterer medizinischer Maßnahmen hingewiesen haben. Die Rechtsprechung legt an die Erfüllung der Sicherungsaufklärung sehr strenge Maßstäbe an. Ärzte sind danach verpflichtet, den Patienten eindringlich und mit allem Ernst die Bedeutung der erforderlichen medizinischen Maßnahme aufzuzeigen (OLG Oldenburg, Urteil v. 23.7.2008 – 5 U 28/08, MedR 2011, 163, 165), wobei die Intensität der Beratung der Schwere des in den Blick zu nehmenden Risikos gerecht werden muss.

So sind Patientinnen und Patienten über bedrohliche Befunde, die Anlass zu umgehenden Maßnahmen geben, zu unterrichten (BGH, Urteil v. 25.4.1989 – VI ZR 175/88, NJW 1989, 2318), dabei sind sie über die Dringlichkeit empfohlener Maßnahmen oder Untersuchungen zu informieren und vor den Gefahren im Falle des Unterbleibens zu warnen (BGH, Urteil v. 17.11.2015 – VI ZR 476/14, NJW 2016, 563; BGH, Urteil v. 11.4.2017 – VI ZR 576/15, NJW 2018, 621). Über notwendige Kontrolluntersuchungen bei Befundverschlechterungen (BGH, Urteil v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, NJW 2005, 427: drohende Netzhautablösung) sind Patienten ebenso aufzuklären, wie über die – eingeschränkte – Sicherheit empfangnisverhütender Maßnahmen (BGH, Urteil v. 03.6.17 – VI ZR 133/96, NJW 18, 155) oder die Versagensmöglichkeit nach Sterilisation (BGH, Urteil v. 08.7.2008 – VI ZR 259/06, MedR 2009, 44, 46).

Grund für die Pflicht zu therapeutischer Information besteht zum Beispiel auch dann, wenn ein Hinweis auf die Dringlichkeit der Abklärung ständig hoher Blutwerte geboten ist (OLG Hamm, Urteil v. 03.7.2015 – I – 26 U 104/14, GesR 2016, 221), wenn auf die nach TEP-Operation bestehende Bruchgefahr aufmerksam zu machen ist (KG, Urteil v. 25.11.2013 – 20 U 49/12, GesR 2014, 401), oder falls die Notwendigkeit und Dringlichkeit für eine Krankenhauseinweisung besteht (OLG Köln, Urteil v. 22.9.2010 – 5 U 211/08, VersR 2011, 760).

Im Falle der Erforderlichkeit eines operativen Eingriffs bzw. einer sonstigen dringend indizierten Therapie ist den Patientinnen und Patienten dies in der gebotenen Form eindringlich nahezulegen (OLG Düsseldorf, Urteil v. 24.4.2007 – I – 8 U 37/05, VersR 2008, 4534), wobei vor den konkreten Gefahren zu warnen ist, die durch das Unterlassen der ärztlichen Behandlung, etwa der Erforderlichkeit einer sofortigen Herzkatheter-Untersuchung in der nahegelegenen Klinik, entstehen können (BGH, Urteil v. 8.I.II – VI ZR 102/90, MDR II, 730). Sind Kontrolluntersuchungen oder eine weitere medizinische Abklärung erforderlich, sind Patienten auch hierauf nachdrücklich und unter Aufzeigung der nachteiligen Folgen bei Unterlassung der gebotenen Maßnahmen hinzuweisen. Verweigert etwa ein Patient nach Zunahme einer Lymphknotenschwellung am Hals die Durchführung einer Feingewebsuntersuchung des Lymphknotens, um einen bestehenden Krebsverdacht bestätigen oder ausräumen zu können, so sind behandelnde HNO-Ärzte verpflichtet, dem Patienten die Folgen der Weigerung im Hinblick auf die Gefährlichkeit des Krebs- oder Metastasenverdachts eindringlich vor Augen zu führen und zu versuchen, den Betroffenen von der Notwendigkeit zu überzeugen, ein Krankenhaus aufzusuchen, wobei der entsprechende Hinweis auch zu dokumentieren ist (OLG Rostock, Urteil v. 10.7.2009 – 5 U 48/08, Nichtzulassungsbeschluss BGH v. 15.6.2010 – VI ZR 243/09, AHRS III, 3110/331). Ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen eines bösartigen bzw. dringend abklärungsbedürftigen Befundes auszugehen, können Ärztinnen und Ärzte auch verpflichtet sein, Patienten an die Wahrnehmung eines Vorsorgetermins zu erinnern (OLG Koblenz, Urteil vom 24.6.2010 – 5 U 186/10, GesR 2010, 546) oder bei Nichteinhalten eines gebotenen Termins zur Wiedervorstellung Patienten von sich aus wieder einzubestellen (OLG München, Urteil v. 8.1.2009 – I U 3505/08 mit Nichtzulassungsbeschluss BGH v. 1.12.2009 – VI ZR 41/09, AHRS III, 3110/328).

III. Abgrenzung zu Befunderhebungsfehlern

Gelegentlich kann die Abgrenzung zwischen einem Verstoß gegen die Ärztinnen und Ärzten obliegende therapeutische Informationspflicht und einem Befunderhebungsfehler schwierig sein, etwa wenn der Rat zu einer dringend notwendigen diagnostischen

Maßnahme unterbleibt. Hier ist danach zu differenzieren, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ärztlichen Fehlverhaltens in der unterbliebenen Befunderhebung als solcher oder in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs liegt. Wird etwa eine Patientin oder ein Patient zutreffend über das Vorliegen eines kontrollbedürftigen Befundes und die medizinisch gebotenen Maßnahmen einer weiteren Kontrolle informiert und unterbleibt (lediglich) der Hinweis auf die Dringlichkeit der gebotenen Maßnahmen, so liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit regelmäßig in dem Unterlassen von Warnhinweisen. Fehlt es dagegen schon an dem Hinweis, dass ein kontrollbedürftiger Befund vorliegt und dass Maßnahmen zur weiteren Abklärung medizinisch geboten sind, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit regelmäßig in der unterbliebenen Befunderhebung (BGH, Urteil v. 26.5.2020 – VI ZR 213/19, GesR 2020, 512).

IV. Unterlassene bzw. unzureichende therapeutische Information als Behandlungsfehler

Während eine unterlassene bzw. unzureichende Risikoaufklärung rechtlich nicht als Behandlungsfehler einzuordnen ist, handelt es sich bei der Verletzung therapeutischer Informationspflichten um einen Behandlungsfehler, der je nach Schwere der Pflichtwidrigkeit auch als grober Behandlungsfehler (*zur Definition des groben Behandlungsfehlers s. Beitrag Lange, S. 74 f.*) gewertet werden kann.

Als grob behandlungsfehlerhaft hat der BGH etwa den unterlassenen Hinweis an einen Patienten mit Diabetes gewertet, sich bei Anzeichen einer Austrocknung sofort in stationäre Krankenhausbehandlung zu begeben (BGH, Urteil v. 16.6.2009 – VI ZR 157/08, MedR 2010, 101, 103) oder auch die vollständig unterlassene Aufklärung über die Notwendigkeit der Abklärung einer koronaren Herzerkrankung (BGH, Urteil v. 17.11.2015 – VI ZR 476/14, NJW 2016, 563). Ebenso ist in der Rechtsprechung der unterlassene deutliche Hinweis auf die dringend erforderliche Klinikeinweisung eines Kleinkindes nach tagelangem Brechdurchfall zur intravenösen Flüssigkeitszufuhr als grobe Verletzung der Sicherungsaufklärungspflicht gewertet worden (OLG Köln, Urteil v. 22.9.2010 – 5 U 211/08, VersR 2011, 760, 761).

Die therapeutische Information (Sicherungsaufklärung)

V. Beweislastverteilung:

Da es sich bei Versäumnissen in der therapeutischen Information um Behandlungsfehler handelt, gelten die hierfür entwickelten beweisrechtlichen Folgen.

Deshalb obliegt grundsätzlich dem Patienten die Beweisführung dafür, dass ein – medizinisch erforderlicher – therapeutischer Hinweis nicht erteilt wurde und es deshalb zum Eintritt eines Gesundheitsschadens gekommen ist (BGH, Urteil v. 16.6.2009 – VI ZR 175/08, MedR 2010,101, 103).

Da der Beweis, dass etwas nicht passiert ist (ein sogenannter Negativbeweis) nur sehr schwer zu führen ist, kommt dem Patienten allerdings eine Art Beweis-erleichterung zugute. Er kann sich nämlich zunächst auf die Behauptung beschränken, dass eine therapeutische Information nicht stattgefunden habe. Dann ist es Sache der Ärztinnen und Ärzte, im Einzelnen darzulegen, wann, wie und in welcher Form die Information erfolgt sein soll. Deshalb kann nur geraten werden, eine erfolgte therapeutische Information auch ausreichend zu dokumentieren, wozu Ärztinnen und Ärzte gemäß § 630f Abs. 2 BGB ohnehin verpflichtet sind, wenn der dort geregelte Bereich betroffen ist.

Soweit im Einzelfall die Verletzung der Informationspflicht als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren ist, führt dies – wie in allen anderen Fällen der Annahme eines groben Behandlungsfehlers auch – regelmäßig zu einer Umkehr der Beweislast zulasten der behandelnden Ärzte für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Fehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden, wenn der Fehler generell geeignet ist, den in Rede stehenden Schaden zu verursachen. Ärzte müssen also in diesen Fällen beweisen, dass der Schaden nicht auf ihre Fehler zurückzuführen ist.

Machen Ärztinnen und Ärzte gegenüber dem Vorwurf der Verletzung einer Sicherungsaufklärung geltend, dass betroffene Patienten sich trotz sachgemäßer Beratung nicht entsprechend verhalten hätten, zum Beispiel gleichwohl weitere ärztliche Behandlung verweigert hätten, so greift die sogenannte Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens zulasten der Ärzte ein. Es wird also vermutet, dass der Patient sich den ärztlichen Hinweisen entsprechend verhalten hätte

(BGH, Urteil v. 16.11.13 – VI ZR 214/92, VersR 14, 305, 307). Das Gegenteil müssen die Behandler beweisen, denen auch insoweit zu raten ist, entsprechende ihnen gegenüber getätigten Äußerungen der Patienten in den Behandlungsunterlagen zu dokumentieren.

VI. Behandlung der therapeutischen Information in der Kommission

Ist unter den Beteiligten des Verfahrens streitig, ob und welche Warnhinweise Ärztinnen und Ärzte ihren Patienten in mündlicher Form erteilt haben, lässt sich der Inhalt eines solchen Gesprächs mit den Mitteln der Gutachterkommission nicht aufklären. Dann kommt es für die Entscheidung allein darauf an, ob diese Warnhinweise – soweit notwendig – entsprechend den Erfordernissen des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB dokumentiert worden sind. Ist dies nicht der Fall, wird gemäß § 630h Abs. 3 vermutet, dass auch keine therapeutische Information erfolgt ist mit der Folge, dass ein Behandlungsfehler zu bejahen ist.

Auch in diesen Fällen sollte dann aber – im Gutachten selbst oder in einem Begleitschreiben – immer deutlich gemacht werden, dass das Ergebnis der Begutachtung auf einer fehlenden Dokumentation beruht und Behandler in einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren durch Partei- und/oder Zeugenvernehmung doch noch den Nachweis einer hinreichenden therapeutischen Information erbringen können.

Horizontale Arbeitsteilung: Verantwortlichkeiten bei interdisziplinärer ärztlicher Zusammenarbeit

Lilian Becker

I. Einführung

Anders als bei der vertikalen Arbeitsteilung, die auf den Weisungs- und Aufsichtsverhältnissen innerhalb einer organisatorischen Einheit beruht, vollzieht sich das horizontale Zusammenwirken zwischen Ärzten verschiedener Fachrichtungen auf der Ebene der Gleichordnung. Die horizontale Arbeitsteilung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Patient von mehreren gleichberechtigten Fachärzten verschiedener Fachrichtungen gleichzeitig oder nacheinander behandelt wird, sodass die behandelnden Ärzte auf der gleichen hierarchischen Ebene agieren und untereinander keine Weisungsgebundenheit besteht.

Die Kooperation mit Kolleginnen und Kollegen aus anderen Fachgebieten ist für Ärzte nicht nur medizinische Notwendigkeit, sondern auch berufsrechtliches Gebot. Gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte hat die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt rechtzeitig andere Ärzte hinzuzuziehen bzw. an sie zu überweisen, wenn die eigene Kompetenz zur Lösung der diagnostischen und therapeutischen Aufgabe nicht ausreicht. Andernfalls könnte ihm im Übrigen auch ein Übernahmeverschulden vorzuwerfen sein.

Tritt bei der Beteiligung mehrerer Ärzte aufgrund einer fehlerhaften Behandlung ein Gesundheitsschaden bei dem Patienten auf, stellt sich stets die Frage, wer für die Entstehung des Schadens verantwortlich ist oder ob sogar mehrere Ärzte als Gesamtschuldner haften.

II. Der Vertrauensgrundsatz

Werden Ärzte verschiedener Fachrichtungen gleichzeitig oder nacheinander tätig, dann gilt als Ausgangspunkt zunächst der Vertrauensgrundsatz. Die Ärzte der verschiedenen Fachrichtungen (etwa Chirurg – Anästhesist; Hausarzt – Radiologe) können wechselseitig darauf vertrauen, dass andere beteiligte Ärzte ihre Tätigkeit richtig und vollständig ausüben, d. h. die erforderliche Sorgfalt walten lassen, ohne dass insoweit eine gegenseitige Überwachungspflicht besteht (BGH, Urt. v. 14. I. 2010 – III ZR 188/09, BGHZ 184, 61, 72 Rz. 23 = MedR 2010, 559).

Der Vertrauensgrundsatz gilt grundsätzlich auch, wenn Ärzte verschiedener Fachrichtungen gleichzeitig tätig werden, z. B. Chirurgen und Anästhesisten während einer Operation. In dieser Situation bedarf es zum Schutz der Patienten einer Koordination der beabsichtigten Maßnahmen, um Risiken auszuschließen, die sich aus der Unverträglichkeit der von den beteiligten Fachrichtungen vorgesehenen Methoden oder Instrumente ergeben könnten (BGH, Urt. v. 26.1.19 – VI ZR 376/97, VersR 19, 579).

Der Vertrauensgrundsatz ist jedoch insoweit begrenzt, als dass überweisende Ärztinnen und Ärzte die Befunde der hinzugezogenen Ärzte des Spezialfachs zumindest summarisch auf Plausibilität überprüfen müssen. Erkennen sie Fehler oder tatsächliche Unzulänglichkeiten der Befunde der hinzugezogenen Ärzte oder hätten sie sie erkennen müssen, haben sie diesen nachzugehen und die hinzugezogenen Ärzte auf ihre Bedenken hinzuweisen (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 18.12.2014 – 22 U 57/12, GesR 2015, 286, 287). Dies gilt auch für sich gleichsam aufdrängende, leicht erkennbare Unzulänglichkeiten (vgl. OLG Köln, Urt. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, VersR 2011, 81, 82). Die zu einer speziellen Untersuchung ihres Fachgebiets hinzugezogenen Ärztinnen und Ärzte haben ihrerseits die überweisenden Ärzte auf Zweifel an deren Befunde oder auf erkannte oder offenkundige Fehler in der bisherigen Diagnostik und/oder Therapie hinzuweisen (BGH, Urt. v. 5.10.12 – VI ZR 237/92, VersR 14, 102).

Bei der Abgrenzung der Kernkompetenzen gelten die von den Berufsverbänden getroffenen Vereinbarungen bzw. in Ausnahmen die wegen der Besonderheit des Einzelfalls abweichenden Absprachen zwischen allen Beteiligten. Sind die Verantwortungsbereiche nicht klar abgegrenzt bzw. abgrenzbar, können die an der Behandlung beteiligten Ärzte im Falle von Mängeln wegen unterlassenen Absprachen als Gesamtschuldner haften.

III. Einzelfälle aus der Rechtsprechung

1. Verhältnis Radiologe – überweisender Arzt

Zweifelhaft kann insbesondere die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen überweisenden

Horizontale Arbeitsteilung: Verantwortlichkeiten bei interdisziplinärer ärztlicher Zusammenarbeit

Ärztinnen und Ärzten und Radiologen sein. Der Umfang der von Radiologen geschuldeten ärztlichen Leistungen richtet sich im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung nach dem Inhalt des jeweiligen Auftrags bzw. der Überweisung. Ist dieser auf eine konkret benannte Diagnosemaßnahme beschränkt, müssen Radiologen grundsätzlich nur diese Maßnahme durchführen. Es obliegt dann den überweisenden Ärzten oder der Abteilung, die Ergebnisse der Befunderhebung zu interpretieren und gegebenenfalls weitere Maßnahmen einzuleiten (vgl. OLG Naumburg Urt. v. 18.1.2008 - I U 77/07, NJW-RR 2009, 28 Rz. 5 ff.).

Erfolgt jedoch die Überweisung bzw. Beauftragung der Radiologen zur eigenverantwortlichen Abklärung einer Verdachtsdiagnose, müssen eigenverantwortlich alle notwendigen Befunde erhoben und vollständig ausgewertet werden, um den Verdacht entweder zu bestätigen oder auszuschließen.

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall lautete der Überweisungsauftrag: „CT BWS/LWS – ossär metastast. PCA – beg. Querschnittssymptomatik“. Das Gericht sah dies als beschränkten Auftrag im vorstehend erörterten Sinne an, sodass nach Auffassung des Gerichts der überweisende Urologe und nicht der Radiologe verpflichtet gewesen wäre, über weitere notwendige Diagnosen oder Therapiemaßnahmen zu entscheiden. Die Haftungsklage gegen den Radiologen wurde abgewiesen, da nach dem eingeholten Sachverständigenutachten dessen Befunderhebung lege artis erfolgte (OLG Naumburg a. a. O.).

Schließlich ist auch eine gemeinsame Haftung des Radiologen und des überweisenden Arztes möglich. Beispielsweise, wenn bei einer Röntgenaufnahme Zufallsbefunde offenbar werden, sind sowohl der überweisende Arzt als auch der Radiologe dazu verpflichtet, für die Einleitung weiterer erforderlicher diagnostischer oder therapeutischer Maßnahmen zu sorgen.

In einem Fall, den das OLG Brandenburg als Berufungsgericht zu entscheiden hatte, wurde die Ehefrau des Klägers zur Durchführung einer Meniskusoperation stationär aufgenommen. Im Rahmen der Vorbereitung der Operation veranlasste der Anästhesist die Anfertigung einer Röntgenaufnahme der Lunge. Die Aufnahme wurde in der vom betroffenen Kranken-

haus betriebenen radiologischen Praxis hergestellt und ohne Auswertung an den Anästhesisten übermittelt. Dieser wertete die Aufnahme aus und stellte dabei keine der Anästhesie entgegenstehenden Umstände fest. Eine ca. zwei Bildzentimeter durchmessende Verdichtungszone rechts supradiaphragmal (Rundherd) bemerkte er nicht. Die Ehefrau des Klägers wurde erfolgreich und ohne Komplikationen am Meniskus operiert. Ca. ein Jahr später wurde bei ihr ein Adenokarzinom im Bereich des rechten Lungenflügels festgestellt, infolgedessen sie später verstarb.

Das Gericht stellte fest, dass ein Anästhesist, der eine Röntgenaufnahme in Vorbereitung der Operation für die Anästhesie benutzt, dabei jedenfalls dann die Aufnahme auch hinsichtlich möglicher nicht mit der Operation im Zusammenhang stehender „Zufallsbefunde“ erkunden und ggfs. eine Abklärung eines Befundes einleiten muss, wenn ein Befund auf der Aufnahme ohne weiteres erkennbar ist (vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 27.8.2009 - 12 U 233/08, juris Rz. 21 ff.). Aufgrund der unterlassenen Befundung wurde die Behandlung des letztlich zum Tode führenden Lungenkarzinoms um mehr als ein Jahr verzögert, wofür das Gericht auch den Anästhesisten als verantwortlich ansah.

Dies zeigt, dass solche Unterlassungen von an der Behandlung beteiligten Ärzten den Radiologen nicht von eigener Haftung entlasten. Radiologen sind verpflichtet, anhand der ihnen bekannten Informationen und nach den ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten den Untersuchungsauftrag sorgfältig zu prüfen. Bei Bedenken oder bei einem festgestellten Befund, der die Einleitung weiterer diagnostischer oder therapeutischer Maßnahmen erforderlich macht, muss zumindest Rücksprache mit dem behandelnden Arzt gehalten werden.

Dem überweisenden Arzt ist daher anzuraten, sich mit dem Radiologen genau abzustimmen und dies möglichst lückenlos zu dokumentieren. Insbesondere sollten der Auftrag an die Radiologie und die angegebene Indikation sorgfältig formuliert werden. Gerade an der Schnittstelle zwischen überweisenden Ärzten und Radiologen kann es zu haftungsträchtigen Abstimmungsfehlern kommen, die es für beide Seiten zu vermeiden gilt.

2. Weitere Fallgruppen

a). Erfolgt die Überweisung zur Weiterbehandlung durch niedergelassene Ärztinnen und Ärzte z.B. an niedergelassene Fachärzte, ist die Aufgabe der Überweiser mit Übernahme der Patienten durch die weiterbehandelnden Ärzte beendet. Nur in nicht einfach gelagerten Fällen, die eine besondere Überwachung erfordern, reicht eine nur routinemäßige, kurze Unterrichtung nicht aus. Vielmehr ist konkret das Erfordernis einer besonders sorgfältigen Nachbeobachtung herauszustellen (OLG Oldenburg, Urt. v. 3.3.13 – 5 W 20/93, VersR 13, 1357).

Eine Haftung der weiterbehandelnden (Haus-)Ärzte für fehlerhafte Befunde der zugezogenen Ärzte kommt nur dann in Betracht, wenn sie hätten erkennen müssen oder erkannt haben, dass gewichtige Bedenken gegen das diagnostische oder therapeutische Vorgehen der hinzugezogenen Konsiliarärzte bestehen und sie dies nicht berücksichtigt und mit den Patienten auch nicht erörtert haben (OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.5.16 – 8 U 98/94, VersR 17, 1358).

b). Ziehen behandelnde Ärztinnen und Ärzte weitere Ärzte konsiliarisch hinzu, verbleibt die Pflicht zur Behandlung der Patienten und damit auch zur Koordination der ärztlichen Zusammenarbeit bei den überweisenden Ärzten. Für die bereits erfolgte Behandlung bleiben die überweisenden Ärzte auch dann verantwortlich, wenn sie Konsiliarärzte hinzuziehen. Diese sind rechtzeitig einzuschalten und ausreichend zu unterrichten (OLG Hamm, Urt. v. 15.5.15 – 3 U 287/93, VersR 16, 756). Insbesondere sind ihnen bekannte fremdanamnestische Befunde zu übermitteln, damit diese in die konsiliarische Bewertung einbezogen werden können (OLG Celle, Urt. v. 18.12.15 – 1 U 36/94, VersR 17, 365).

c). Niedergelassene Ärzte, die Patienten zu weiterer Diagnostik in ein Krankenhaus überweisen, dürfen die Ergebnisse der in personeller und apparativer Ausstattung überlegenen Klinik bei der Weiterbehandlung zugrunde legen, wenn sich dabei nicht Zweifel an der Richtigkeit aufdrängen müssen (OLG Köln, Urt. 14.7.13 – 27 U 13/93, VersR 13, 1157).

Die Behandlung von Hygieneverstößen

Dr. jur. Burkhard Gehle

I. Grundsätze

1. Die Darlegungslast im Zivilrechtsstreit

Die Darlegung des Sachverhalts ist im Zivilrechtsstreit Aufgabe der Parteien. Grundsätzlich erfolgt keine Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen. Da es damit den Parteien obliegt, den Streitstoff dem Gericht zu unterbreiten, spricht man auch vom „Beibringungsgrundsatz“.

Die Parteien verfolgen die ihnen jeweils günstigen Ziele und stehen hierbei einander gleichberechtigt gegenüber. Sie sind zur Wahrheit verpflichtet. Jeder Seite obliegt es, die ihr günstigen Tatsachen in den Rechtsstreit einzuführen; zugunsten des Gegners muss man grundsätzlich nicht vortragen. Lässt der Sachvortrag einer Partei den Schluss auf die ihr günstige Rechtsposition, etwa einen Anspruch auf Leistung von Schadensersatz, erst gar nicht zu, verliert sie in diesem Streitpunkt den Prozess von Anfang an. Eine Beweisaufnahme, z.B. durch Sachverständigengutachten, findet in einem solchen Fall erst gar nicht statt. Insoweit spricht man von der „primären Darlegungslast“, d. h. dem Risiko, den Prozess zu verlieren, wenn der eigene Sachvortrag für die Begründung der behaupteten Rechtsposition nicht ausreicht.

2. Besonderheiten im Rechtsstreit um die Folgen von Behandlungsfehlern

Das grundrechtsgleiche Recht auf Gehör vor Gericht, Art. 103 I GG, und das rechtsstaatliche Gebot der Waffengleichheit stehen überspannten Anforderungen an die Darlegungslast entgegen. Diese hängt daher im konkreten Einzelfall in erheblichem Maße von den Möglichkeiten der Parteien ab, in den streitigen Sachverhalt Einblick zu nehmen. Je besser der Einblick einer Partei in das Geschehen ist und je mehr die Gegenseite vorträgt, umso mehr muss die darlegungsbelastete Partei Details schildern und auf diese Weise ihren Vortrag mit Substanz versehen, Fachbegriff: „Substantiierung“. Umgekehrt wird die Substantiierungslast geringer, wenn eine Partei zu weitergehendem Vortrag nicht in der Lage ist.

Das gilt insbesondere für die Patientenseite, der im Normalfall die medizinische Sachkunde und vielfach (man denke an eine OP in Narkose) auch die Wahr-

nehmung des maßgeblichen Vorgangs fehlt. Sie darf sich anerkannter Rechtsprechung nach deshalb auf die bloße Vermutung eines Behandlungsfehlers beschränken, ohne dessen tatsächliche Voraussetzungen näher substantiieren zu müssen. Es reicht der Hinweis auf nachteilige Folgen der streitigen Heilbehandlung.

Hat darüber hinaus die Behandlungsseite Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen oder kann sie diese unschwer in Erfahrung bringen, muss sie hierzu eingehend vortragen, damit das Gericht für die Beurteilung des Streitfalles eine tragfähige tatsächliche Grundlage erhält. Geboten ist in diesen Fällen eine umfängliche Gegendarstellung zu dem von Patientenseite lediglich vermuteten Vorwurf. Man spricht in dem Zusammenhang von „sekundärer Darlegungslast“. Denn es geht anders als bei der primären Darlegungslast nicht mehr um den Vortrag günstiger Tatsachen, sondern um die Schilderung des Sachverhalts im objektiven Interesse seiner Aufklärung durch das Gericht. Eine dahin gehende Obliegenheit der Behandlerseite ist wegen deren Einblicks in das streitige Geschehen häufig gegeben.

3. Anwendung auf das Gutachterverfahren

Die Grundsätze des Zivilrechtsstreits gelten im Ansatz auch hier; die Darlegung des Sachverhalts ist jedoch deutlich vereinfacht und auf die Besonderheiten des Gutachterverfahrens zugeschnitten. § 2 VfO wird in dem Sinne gehandhabt, dass die Patientenseite grundsätzlich nur anzugeben braucht, wann welcher Arzt bzw. welche ärztliche Einrichtung welche Behandlung bei wem durchgeführt hat, dass sie misslungen ist und welcher Gesundheitsschaden dadurch entstanden sein soll. Beteiligt sich die Behandlerseite am Gutachterverfahren, ist sie nach § 8 S. 2 VfO verpflichtet, die Dokumentation vollständig vorzulegen. Widerspricht die Behandlerseite dem Gutachterverfahren, muss sie den Patientinnen und Patienten die Dokumentation zur Verfügung stellen. Diese übermitteln sie dann der Gutachterkommission.

Die Begutachtung selbst findet alsdann nach den in § 9 VfO näher geregelten Vorgaben von Amts wegen statt. Von Patientenseite reicht damit ein nicht näher spezifizierter Fehlervorwurf, der nach § 9 Abs. 3 S. 2 VfO noch nicht einmal den Umfang der Prüfung begrenzt. Eine weitergehende Darlegungslast der Patientenseite

besteht von vornherein nicht. Die Behandlerseite muss nicht sekundär, sondern originär den Sachverhalt, soweit er in den Behandlungsunterlagen dokumentiert ist, umfassend beibringen. Darüber hinaus findet eine Aufklärung, namentlich durch Zeugen- oder Parteivernehmung nicht statt.

Trotz der damit deutlichen Vereinfachungen bei der Darlegung des Sachverhalts und der Begutachtung von Amts wegen behält der Gedanke der Darlegungslast im Gutachterverfahren eine gewisse Bedeutung. Es stellt sich nämlich die Frage, ob und wie weit bei einem in Betracht kommenden Hygieneverstoß die Begutachtung im Lichte der Antragsbegründung und der ärztlichen Stellungnahmen zum Fehlervorwurf hierauf ausgedehnt werden soll. Das wird nachfolgend näher erörtert.

II. Darlegung und Begutachtung von Hygieneverstößen

1. Grundsätze für den Rechtsstreit

a) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 18.2.2020 – VI ZR 280/19 – (NJW-RR 2020, 720 = MDR 2020, 727 = MedR 2020, 924) gelten für den Hygieneverstoß die Grundsätze der sekundären Darlegungslast; der BGH stellt dies in der zitierten Entscheidung als Regelfall dar.

Konkrete Anhaltspunkte für bestimmte Hygieneverstöße muss die Patientenseite nicht unbedingt vortragen, wenn ihr die Möglichkeit dazu fehlt. Die sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite wird bereits dann ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den insoweit geltenden, maßvollen Anforderungen (vgl. oben I.2.) genügt und es der Behandlungsseite möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären.

In der entschiedenen Sache reichte nach Auffassung des BGH die Behauptung einer Infektion mit einem Krankenhauskeim ohne Weiteres aus, den Krankenhausträger zu einer umfassenden Darlegung der von ihm ergriffenen Maßnahmen zwecks Sicherstellung der Hygiene und des Infektionsschutzes vorzutragen, etwa durch Einreichung von Desinfektions- und Rei-

nigungsplänen sowie der einschlägigen Hausordnungen und Bestimmungen des Hygieneplans. Denn erst hierdurch kann für die medizinische Begutachtung die erforderliche Tatsachengrundlage geschaffen werden. Hohe Bedeutung kommt dabei den Hygieneplänen der Klinik zu. Weiteres Gewicht haben das Vorhandensein von spezifischem Hygienepersonal der Klinik entsprechend RKI-Richtlinie, personelle und organisatorische Voraussetzungen zur Prävention nosokomialer Infektionen (Empfehlung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention (KRINKO), (Bundesgesundheitsblatt 2009 52:951–962), Teilnahme an hygienesteigernden Maßnahmen (z. B. Aktion Saubere Hände), Teilnahme an sog. Surveillance-Programmen für z. B. nosokomiale Infektionen, Intensivstationen, postoperativen Wundinfektionen), s. a. KRINKO-Kriterien, auch im Rahmen des NRZ (nationales Referenz-Zentrum für nosokomiale Infektionen), Ergebnisse von Gesundheitsamts-Begehungen, deren Ergebnisse und Folgen sowie Ergebnisse eigener Infektionsstatistiken im Vergleich mit nationalen Vorgaben des RKI.

Zusätzlich können die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sein.

In der Entscheidung des BGH wird als eigenständiges Gefahrenmoment das Bestehen einer hämatologisch-onkologischen Abteilung erwähnt, von der wegen der hohen Anzahl immunologisch geschwächter Patienten erhöhte Infektionsgefahren ausgegangen seien. Einzelumstände dieser Art können für die Patientenseite durchaus offen zutage treten, insbesondere auch Mängel beim Bereitstellen von Schutzkleidung und Desinfektionsmitteln am Krankenzimmer. Auch dies war im Fall des BGH behauptet worden. Je mehr die Patientenseite selbst wahrnehmen und damit vortragen kann, umso mehr bleibt es bei ihrer primären Darlegungslast. Das OLG Dresden hat hierzu festgestellt, dass die Patientenseite offen zutage getretene unterdurchschnittliche Hygienezustände eingehend schildern muss, Beschluss vom 6.4.2020 – 4 U 28/19 (NJW-RR 2020, 975).

b) Fortgang des Streitverfahrens

Genügt der Vortrag der Behandlungsseite den Anforderungen einer sekundären Darlegungslast nicht, wird etwa zur Einhaltung von Hygieneregeln nicht

Die Behandlung von Hygieneverstößen

ausreichend vorgetragen, ergeht in diesem Punkt eine Entscheidung zugunsten der Patientenseite. Das hat der BGH in einem Fall, in dem die Behandlerseite zur Wahrung des Hygienestandards sogar falsch vorgetragen hatte, ausdrücklich klargestellt, Urteil vom 24.11.2020 – VI ZR 415/19 –, NJW-RR 2021, 93 = MDR 2021, 168.

Reicht der Vortrag der Behandlerseite aus, bestehen zwei Möglichkeiten:

Wenn die Patientenseite dem nicht mehr entgegentritt, wird die Klage in dem Punkt abgewiesen. Die Patientenseite kann jedoch – in Fortsetzung ihrer erleichterten Darlegungslast – die Beachtung der Hygieneregeln auch bestreiten, ohne dass sie insoweit eingehender vortragen müsste. Das ist der Normalfall. Das Gericht wird in der Regel ein Gutachten einholen und über streitige Einzelmaßnahmen ggf. Zeugen vernehmen.

2. Rückschlüsse für das Gutachterverfahren

Hygieneverstöße fallen als Behandlungsfehler unter § 2 Abs. 1 VfO. Sie werden wie jeder andere Fall auf der Grundlage des Vortrags der Beteiligten, der Dokumentation und, soweit einschlägig, der Hygienepläne bearbeitet.

a) Ausreichender Anlass zur Prüfung eines Hygieneverstößes

Der Hygieneverstoß gibt Anlass zu besonderer Betrachtung, weil insbesondere die Auswertung von Hygieneplänen sehr aufwendig sein kann und sich daher die Frage stellt, unter welchen Voraussetzungen sie stattfinden soll. Die juristischen Mitglieder der Gutachterkommission haben sich hiermit eingehend auseinandergesetzt und folgendes Ergebnis erzielt:

Grundsätzlich ist zu verlangen, dass das Thema „Hygieneverstoß“ von Patientenseite als möglicher Behandlungsfehler genannt wird. Bei nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten sind insoweit keine hohen Anforderungen zu stellen, so dass auch Andeutungen ausreichen; bei Anwälten kann nachvollziehbarer Sachvortrag erwartet werden. Besteht hiernach Anlass zur näheren Auseinandersetzung mit dem Thema, zählen auch Hygienepläne oder vergleichbare Unterlagen zu den Informationen, die von der Behandlungsseite gem. § 8 VfO zur Verfügung gestellt werden müssen.

Fehlt es an jeglichem Vortrag zum Hygieneverstoß, ist ein Ausgangssachverhalt, der auf einen Hygieneverstoß hinweist, z.B. eine Wundinfektion, dann Anlass, die Behandlerseite zur Vorlage weiterer Unterlagen aufzufordern, wenn das Gesamtbild des Geschehens die eingehende Auseinandersetzung hiermit geboten erscheinen lässt. Das kann der Fall sein, wenn Eintritt und typischer Verlauf einer Gesundheitsbeeinträchtigung unter Zurückdrängen anderer Ursachen auf einen Verstoß gegen Hygieneregeln hindeuten. Im Rahmen der Begutachtung sollte vorab mit dem zuständigen juristischen Mitglied der Gutachterkommission Rücksprache genommen werden.

b) Weitere Grundlagen der Sachprüfung

Routinemaßnahmen der Hygiene gehören nicht zu den dokumentationspflichtigen Vorgängen. Zu dokumentieren sind im Einzelfall gebotene, besondere Maßnahmen, z.B. bei intraartikulären Injektionen das Tragen etwa von Handschuhen und Mundschutz. Ergeben sich in dieser Hinsicht Dokumentationslücken, kann zugunsten der Patientenseite von einem fehlerhaften Unterlassen ausgegangen werden. Erfahrungswerten der medizinischen Wissenschaft kommt in dem Zusammenhang besonderes Gewicht zu.

Einzelumstände der Behandlung, die nur durch Zeugen- oder Parteivernehmung aufgeklärt werden könnten, haben im Gutachterverfahren mangels Dokumentation keine Bedeutung.

III. Beweislast bei Hygieneverstößen

Die für Hygieneverstöße bedeutsame sekundäre Darlegungslast hat, wie der BGH ausdrücklich klarstellt, auf die Beweislast keinen Einfluss, Urteil vom 28.8.2018 – VI ZR 509/17, NJW-RR 2019, 17 Rn. 33. Das bedeutet, die Patientenseite trägt grundsätzlich das Risiko des Verlustes für den Fall, dass der Sachverhalt nicht aufgeklärt werden kann. Die sekundäre Darlegungslast der Behandlerseite soll lediglich den Tatsachenstoff liefern, der für eine Begutachtung (im Rechtsstreit: auch für eine Zeugen- oder eine Parteivernehmung) benötigt wird.

Das medizinische Gutachten erhält auf diese Weise eine breitere Grundlage, die es im Einzelfall durchaus

ermöglicht, aus den Besonderheiten des Falles auf eine Verletzung von Hygieneregeln und deren Ursächlichkeit für einen Gesundheitsschaden sichere Schlüsse zu ziehen.

Im Rechtsstreit wie im Gutachterverfahren können Patientinnen und Patienten daneben nachhaltige Beweiserleichterungen zugutekommen, wenn insoweit spezielle Anknüpfungspunkte bestehen.

Vorrangige Bedeutung hat dabei die Vermutung des Behandlungsfehlers, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das voll beherrschbar war, § 630h Abs. 1 BGB. Das ist bei der Hygienevorsorge, die in vielfacher Hinsicht mit den Mitteln der Technik bewerkstelligt wird, nach Auffassung des BGH häufig der Fall (NJW-RR 2019, 17 Rn. 32). Näher befasst sich mit dem Thema „Voll beherrschbarer Bereich“ der Beitrag von Laumen S. 80 ff.

Daneben kann auch der Anscheinsbeweis zum Zuge kommen. Einen gesicherten Erfahrungssatz dahin, dass eine (Wund-) Infektion auf eine Missachtung von Hygieneregeln schließen lässt, gibt es nicht. Steht indes fest, dass diese Regeln in gravierendem Maße missachtet worden sind, obliegt es der Behandlerseite, näher darzulegen und zu beweisen, dass der Eintritt einer Infektion nicht hierauf zurückzuführen ist. Nähere Ausführungen zum Anscheinsbeweis finden sich in dem hierzu ebenfalls von Laumen erstellten Beitrag S. 87 ff.

Die Selbstbestimmungs-(Risiko)aufklärung

Dr. jur. Hans-Willi Laumen

I. Einführung

Jede medizinische Behandlung stellt sich nach der Rechtsprechung des BGH als tatbestandsmäßige Körperverletzung dar, deren Rechtswidrigkeit nur bei einer wirksamen Einwilligung des Patienten in die konkrete Behandlung entfällt. Diese Einwilligung setzt ihrerseits wieder eine vorausgegangene ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten voraus. Fehlt es an einer angemessenen Aufklärung, ist die Behandlung grundsätzlich rechtswidrig, und zwar auch dann, wenn der Eingriff selbst medizinisch indiziert war und lege artis durchgeführt worden ist. Die Grundsätze über die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Aufklärung sind ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelt worden und haben für den vertraglichen Bereich durch das Patientenrechtegesetz in den umfangreichen Bestimmungen des § 630 e BGB ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden. Allgemein soll die Aufklärung der Patientin/dem Patienten eine zutreffende Vorstellung davon verschaffen, worauf er sich einlässt, wenn er der vorgesehenen Behandlung zustimmt, und ihn dadurch in die Lage versetzen, über die Inkaufnahme der mit ihr verbundenen Risiken frei zu entscheiden. Die Risikoaufklärung dient damit letztlich der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der personalen Würde des Patienten (BVerfG, Beschl. v. 18. 11. 2004 – 1 BvR 2315/04, NJW 2005, 1103, 1104). Im Einzelnen gilt Folgendes:

II. Inhalt der Aufklärung

1. Allgemeines

Nach § 630 e Abs. 1 Satz 2 BGB gehören zu den aufklärungspflichtigen Umständen insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Es gilt danach, Patientinnen und Patienten einen zutreffenden allgemeinen Eindruck von der Schwere des Eingriffs und der Art der Belastungen zu vermitteln, die für ihre körperliche Integrität und Lebensführung möglicherweise zu befürchten sind und eine zutreffende Vorstellung darüber zu vermitteln, wie nach medizinischer Erfahrung durch den Eingriff geholfen werden kann

und welche Erfolgsaussichten damit verbunden sind. Kurz gesagt bezieht sich die Risikoaufklärung also auf den medizinischen Befund, die beabsichtigte Therapie sowie - soweit voraussehbar – die weitere Gesundheitsentwicklung mit und ohne Behandlung.

2. Aufklärung über Risiken der Behandlung

Was die Aufklärung über die mit der Behandlung verbundenen Risiken angeht, reicht es nach der Rechtsprechung des BGH aus, dass der Patient über die mit der ordnungsgemäßen Durchführung des Eingriffs verbundenen spezifischen Risiken „**im Großen und Ganzen**“ aufgeklärt wird (BGH, Urte. v. 11.10.2016 – VI ZR 462/15, NJW-RR 2017, 533, 534 Rz. 11). Es kommt insoweit nicht allein darauf an, wie oft ein bestimmtes Risiko zu einer Komplikation führt. Entscheidend ist vielmehr die Bedeutung, die das Risiko für die Entscheidung der Patientinnen und Patienten haben kann. Bei einer möglichen besonders schweren Belastung für ihre Lebensführung ist deshalb die Information über das bestehende Risiko auch dann von Bedeutung, wenn sich das Risiko nur sehr selten verwirklicht (BGH, Urte. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220Rz. 13 ff. - Aufklärungspflicht über das Risiko einer Querschnittslähmung bei Durchführung einer PRT, über deren Möglichkeit noch nicht berichtet worden war). Über das Risiko eines Misserfolges der Behandlung ist deshalb selbst dann aufzuklären, wenn der beabsichtigte Eingriff in diesem Krankenhaus noch nie misslungen ist (OLG Naumburg, Urte. v. 12.11.2009 – 1 U 59/09, NJW 2010, 1758, 1759). Aufgeklärt werden muss auch über die ernsthafte Möglichkeit einer Operationserweiterung oder über einen Wechsel der Methode während der Operation (BGH, Urte. v. 16.2.13 – VI ZR 300/91, NJW 13, 2372, 2373). So muss etwa eine Patientin darüber aufgeklärt werden, dass im Falle des Fehlschlagens der geplanten Gebärmutter Spiegelung möglicherweise eine völlige Entfernung der Gebärmutter notwendig werden kann, mit der auch zusätzliche Risiken – im vorliegenden Fall: Verletzung des Harnleiters – verbunden sind (BGH, Urte. v. 21.5.2019 - NJW 2019, 3072, 3073 Rz. 19 ff.).

Patienten brauchen allerdings keine genauen oder annähernd genauen **Prozentzahlen** über die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung eines Behandlungsrisikos angegeben zu werden. Insbesondere müssen sich

verbale Risikobeschreibungen wie „gelegentlich“, „selten“, „sehr selten“ nicht an den in Beipackzetteln für Medikamente verwendeten Häufigkeitsdefinitionen des Medical Dictionary for Regulatory Activities (MedDRA) orientieren. Dies gilt auch, wenn die Wahrscheinlichkeitsangaben in einem (schriftlichen) Aufklärungsbogen enthalten sind (BGH, Urt. v. 29.1.2019 – VI ZR 117/18, NJW 2019, 1283 Rz. 14 ff.). Der in den MedDRA verwendete Begriff „gelegentlich“ umfasst deshalb auch eine Komplikationsrate von 8,71%, obwohl dieser Begriff im MedDRA dahingehend zu verstehen ist, dass es sich um Nebenwirkungen handelt, die bei 0,1 – 1% der Behandelten auftreten (BGH a.a.O.). Dagegen ist der Begriff „selten“ in unzulässiger Weise verharmlosend, wenn die Komplikationsrate 15–20% beträgt (BGH, Urt. v. 7.4.12 – VI ZR 192/91, VersR 12, 960, 961 – Risiko einer Stimmbandverletzung bei einer Strumektomie).

Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, dass sich die Aufklärungspflicht nur auf **bekannte Risiken** bezieht. Kannten betreffende Ärztinnen und Ärzte das Risiko nicht und mussten sie es auch nicht kennen, weil es nur in anderen Spezialgebieten der medizinischen Wissenschaft und nicht in ihrem Fachgebiet diskutiert wurde, kann ihnen keine Aufklärungspflichtverletzung angelastet werden (BGH, Urt. v. 21.11.15 – VI ZR 329/94, VersR 16, 233). Nicht aufklärungsbedürftig sind auch als bekannt vorauszusetzende allgemeine Operationsrisiken, wie sie mit jedem größeren Eingriff verbunden sind, wie etwa Wundinfektionen oder Thrombosen (BGH, Urt. v. 24.10.15 – VI ZR 13/95, NJW 16, 788; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.3.15 – VI ZR 184/96, VersR 18, 769).

Es versteht sich wohl auch von selbst, dass sich die Aufklärung nur auf Risiken beziehen kann, die bei einer fachgerechten Behandlung der Patienten entstehen können. Eine **Aufklärung über mögliche Behandlungsfehler** ist nicht möglich. Die Folgen einer falschen Diagnose oder eines fehlerhaften Eingriffs sind in jedem Falle rechtswidrig, sodass eine vorherige Aufklärung ins Leere geht (OLG Köln, Urt. v. 21. 9. 2011 – 5 U 188/10, VersR 2012, 1445). Ebenso wenig gibt es eine nachträgliche Aufklärung, weil es ausschließlich um solche Risiken geht, die einer geplanten Behandlung typischerweise anhaften. Stellt sich etwa nachträglich heraus, dass die eingesetzte Hüftendoprothese vom

Hersteller wegen Produktmängel zurückgerufen worden ist, handelt es sich um ein Problem der therapeutischen Information oder Sicherungsaufklärung (KG, Urt. v. 25. 11. 2013 – 20 U 49/12, MedR 2014, 887).

3. Aufklärung über die Erfolgsaussichten der Behandlung

Es reicht nicht aus, Patientinnen und Patienten lediglich die Risiken vor Augen zu halten, die der geplante Eingriff mit sich bringen kann. Patienten müssen vielmehr in die Lage versetzt werden, sich für oder gegen die vorgesehene Operation zu entscheiden. Für eine solche Entscheidung bedarf es auch der Aufklärung über die Frage, welche **Heilungschancen** die Operation bietet (BGH, Urt. v. 21.10.2014 – VI ZR 14/14, NJW 2015, 477, 478 Rz. 14). Eine derartige Aufklärungspflicht entfällt nur dann, wenn sich die Erfolgsaussichten nicht seriös einschätzen lassen. Dann muss aber jedenfalls über diesen Umstand aufgeklärt werden. Kann durch die Behandlung sogar eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes eintreten, reicht es nicht aus, „keine Erfolgsgarantie“ zu geben. Haben etwa eine Patientin oder ein Patient jahrelang mit einer Behinderung gelebt und sich auf diese eingerichtet, müssen sie anlässlich des Versuchs einer operativen Korrektur darauf hingewiesen werden, dass sich der Zustand deutlich verschlechtern könnte (OLG Naumburg, Urt. v. 9.11.2010 – I U 44/10, VersR 2011, 1014, 1016).

4. Zweifelhafte Operationsindikation

Besonders strenge Anforderungen sind an die Aufklärungspflicht zu stellen, wenn die Behandlung nur relativ oder gar nicht indiziert ist. Je weniger dringlich ein Eingriff ist, desto größere Anforderungen sind an die Aufklärung zu stellen. Dies gilt insbesondere für **kosmetische Operationen**, die nicht indiziert sind, sondern in erster Linie einem ästhetischen Bedürfnis des Patienten entsprechen. In diesen Fällen muss eine besonders gründliche und offene Aufklärung erfolgen, damit die Einwilligung des Patienten wirksam ist. Der Arzt muss den Patienten eindringlich darauf hinweisen, dass die Indikation für die Behandlung fehlt und die Risiken der Behandlung ggf. drastisch vor Augen führen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 – 3 U 263/05, VersR 2006, 1511 – misslungene Brustkorrektur). Eine Laseroperation des Auges zur Beseitigung einer normalen Kurzsichtigkeit, die auch durch eine Brille oder Kontaktlinsen ausgeglichen werden könn-

Die Selbstbestimmungs-(Risiko)aufklärung

te, steht hinsichtlich den Aufklärungsanforderungen einer Schönheitsoperation gleich (OLG Köln, Beschl. v. 12.8.2009 – 5 U 47/09, MedR 2010, 716).

5. Alternative Behandlungsmethoden

Gem. § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB ist bei der Aufklärung auch auf **Alternativen zur Maßnahme** hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. Die Wahl der Behandlungsmethode ist grundsätzlich Sache des Arztes, dem dabei ein weites Ermessen eingeräumt wird. Über eine – andere – gleichwertige Operationsmethode muss der Arzt nicht aufklären, soweit seine Behandlung dem medizinischen Facharztstandard entspricht. Eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit ist aber geboten, wenn Behandlungen zu unterschiedlichen Belastungen führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen aufweisen (BGH, Urt. v. 19.7.2011 – VI ZR 179/10, VersR 2011, 1450). Ist etwa eine Bandscheibenoperation mangels neurologischer Ausfälle nur relativ indiziert, bedarf es einer dezidierten Aufklärung über die Behandlungsalternative einer konservativen Behandlung mit Schmerzmedikation, Bestrahlung und Krankengymnastik (OLG Hamm, Urt. v. 15.12.2017 – 26 U 3/14, GesR 2018, 293, 294). Eine werdende Mutter muss spätestens bei der Eingangsuntersuchung auf die Möglichkeit einer Sectio und die Risiken einer vaginalen Geburt hingewiesen werden, wenn das geschätzte Geburtsgewicht knapp über 4.000 g liegt und das Übergewicht der werdenden Mutter mit einem BMI von über 30 vor und von ca. 40 bei Ende der Schwangerschaft als weiterer Risikofaktor hinzukommt (OLG Köln, Urt. v. 23.1.2019 – 5 U 69/16, MedR 2019, 803, 804).

6. Neulandmethoden

Wollen Ärztinnen und Ärzte keine anerkannte Standardmethode, sondern eine relativ neue und noch nicht allgemein eingeführte Methode anwenden („**Neulandmethode**“), werden an die Aufklärung erhöhte Anforderungen gestellt. Den Patienten müssen nicht nur das Für und Wider dieser Methode erläutert werden, sondern sie sind auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist (BGH, Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 401/19, VersR 2021, 1046, 1047 Rz. 11 – Verwendung einer aus

Kunststoff hergestellten Bandscheibenendoprothese des Typs „Cadisc-L“). Insbesondere müssen sie ihre Patienten deutlich darauf hinweisen, dass derzeit noch unbekannte Risiken nicht auszuschließen sind (vgl. BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 223/04, NJW 2006, 2477, 2478 – computerunterstütztes Fräsverfahren „Robodoc“ bei der Implantation einer Hüft-TEP. So war etwa im Jahre 2003 deutlich darauf hinzuweisen, dass weder die Resektion eines „Hammerzehs“ mittels Laser noch die anschließenden Laserbehandlungen eine Standardmethode darstellen (OLG Brandenburg, Urt. v. 13.11.2008 – 12 U 104/08, VersR 2009, 1230). Die gleichen Grundsätze gelten für den Einsatz von Medikamenten, die für die Behandlung einer bestimmten Erkrankung in Deutschland noch nicht zugelassen sind („**Off-Label-Use**“). Auch in diesen Fällen muss darauf hingewiesen werden, dass möglicherweise mit bislang unbekanntem Nebenwirkungen gerechnet werden muss.

7. Außenseitermethoden

Wie sich aus § 630a Abs. 2 BGB ergibt („soweit nicht etwas anderes vereinbart ist“), können grundsätzlich auch **Außenseitermethoden** zur Anwendung gelangen. Ärztinnen und Ärzte müssen aber in diesen Fällen mit aller Deutlichkeit darauf hinweisen, dass die in Rede stehende Behandlung nicht dem medizinischen Standard entspricht oder sogar als eindeutig kontraindiziert angesehen wird (OLG Köln, Urt. v. 21.12.18 – 5 U 165/97, VersR 2000, 492 – Neurotomie des Nervus tibialis). Trotz Einwilligung kann es sich dann im Einzelfall um einen groben Behandlungsfehler handeln (vgl. BGH, Urt. v. 22.12.2010 – 3 StR 239/10, NJW 2011, 1088 – Behandlung einer Wunde mit Zitronensaft).

III. Die Person des Aufklärenden

Verpflichtet zur Aufklärung sind in erster Linie die behandelnden Ärztinnen und Ärzte. Sind mehrere Ärzte an einer Behandlung beteiligt, ist grundsätzlich jede Ärztin und jeder Arzt für diejenigen Maßnahmen aufklärungspflichtig, die sie oder er selbst durchführt. Wie sich aus § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB ergibt, kann die Aufklärung auch „*durch eine Person erfolgen, die die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt*“. Zu denken ist an eine vertikale Arbeitsteilung, etwa zwischen Operateuren und

Assistenzärzten. Chefärzte, die die Risikoaufklärung von Patienten nachgeordneten Ärztinnen und Ärzten übertragen, müssen allerdings im Streitfall darlegen, welche organisatorischen Maßnahmen ergriffen wurden, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen und zu kontrollieren (BGH, Urt. v. 7.II.2006 – VI ZR 206/05, NJW-RR 2007, 310, 311). Aufklärende Ärzte müssen jedoch stets mit den medizinischen Gegebenheiten vertraut sein, d.h. die für die Aufklärung nötige Qualifikation besitzen. Da in § 630e BGB von der „notwendigen Ausbildung“ die Rede ist, reicht es aus, wenn die betreffende Person die theoretische Befähigung zur Durchführung der vorgesehenen Maßnahme besitzt, auch wenn es noch an der praktischen Erfahrung fehlt (vgl. OLG Dresden, Urt. v. 11.7.2002 – 4 U 574/02, GesR 2003, 157, 159 – bejaht bei einem Assistenzarzt nach 20-monatiger Tätigkeit). Dies schließt es entgegen einer früher vertretenen Auffassung aus, dass die Aufklärung durch nichtärztliches Personal vorgenommen wird (OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.3.17 – 13 U 42/96, NJW-RR 18, 459, 461; a. A. OLG Karlsruhe, Urt. v. 29.1.2014 – 7 U 163/12, VersR 2014, 710, 711 – Aufklärung durch Medizinstudenten im praktischen Jahr).

Bei einer horizontalen Arbeitsteilung gilt der sog. **Vertrauensgrundsatz**, d.h. der Verantwortungsbereich des Arztes oder der Ärztin beschränkt sich auf das eigene Fachgebiet. Der Vertrauensgrundsatz greift etwa ein im Verhältnis zwischen überweisenden Hausärzten und spezialisierten Fachärzten. Überweisen Hausärzte Patienten an Fachärzte oder an ein Krankenhaus, sind sie also nicht zur Aufklärung über die dort vorzunehmenden Maßnahmen verpflichtet (OLG Koblenz, Beschl. v. 14.4.2005 – 5 U 1610/04, NJW-RR 2005, 1111). Auf der anderen Seite können sich etwa Chirurgen und Chirurgen darauf verlassen, dass Anästhesisten die Patienten ordnungsgemäß – die eigene Fachrichtung betreffend – aufgeklärt haben (vgl. OLG Naumburg; Urt. v. 14.9.2004 – I U 97/03, VersR 2005, 1401 ff.).

IV. Form der Aufklärung

Die Aufklärung hat nach § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB mündlich in einem Gespräch zwischen Arzt und Patient zu erfolgen, wobei den Patientinnen und Patienten auch Gelegenheit zu Rückfragen gegeben

werden soll. Wenn Patienten damit einverstanden sind, kann die Aufklärung bei einfach gelagerten Eingriffen ausnahmsweise auch per Telefon erfolgen (BGH, Urt. v. 15.6.2010 – VI ZR 204/09, NJW 2010, 2430, 2431 – typische Risiken einer Anästhesie bei einem einfachen Eingriff). Nach der Rechtsprechung des BGH ist zwar eine Dokumentation der Risikoaufklärung regelmäßig nicht erforderlich (BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527, 1528 Rz.12). Gleichwohl ist eine Dokumentation in der Praxis üblich und notwendig, um damit ggf. später den Nachweis für die Durchführung des Aufklärungsgesprächs führen zu können. Ergänzend müssen Patientinnen und Patienten eine Aufklärung in Textform erhalten. Die in diesem Zusammenhang von den Patienten unterschriebenen Aufklärungsbögen können zwar das Aufklärungsgespräch nicht ersetzen, erlangen aber im Streitfall ebenfalls Bedeutung für den Nachweis eines entsprechenden Aufklärungsgesprächs. Sie sind den Patienten gem. § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB auszuhändigen.

V. Zeitpunkt der Aufklärung

Die Aufklärung hat nach § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB so rechtzeitig zu erfolgen, dass Patienten ihre Entscheidung über die Einwilligung **wohlüberlegt** treffen können. Allgemein müssen Patienten vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig über dessen Erfolgsaussichten und Risiken aufgeklärt werden, dass sie durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe ihre Entscheidungsfreiheit und damit ihr Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahren können (BGH, Urt. v. 14.6.14 – VI ZR 178/93, NJW 14, 3010, 3011). Die Rechtzeitigkeit der Aufklärung ist letztlich eine Frage des Einzelfalles. Bei risikoreichen Eingriffen empfiehlt es sich, die Aufklärung bereits bei der Festlegung des Operationstermins (BGH, Urt. v. 25.3.2005 – VI ZR 131/02, VersR 2003, 1441, 1442). Ansonsten sollte die Aufklärung bei Krankenhausaufenthalten spätestens am Vortag, aber nicht am Vorabend, erfolgen (BGH, Urt. v. 17.3.18 – VI ZR 74/97, NJW 18, 2734). Wird also etwa eine Patientin am Vorabend der Operation gegen 20:00 Uhr über die am nächsten Tag geplante Operation aufgeklärt, so ist dies verspätet und führt zur Rechtswidrigkeit der Behandlung (LG Berlin, Urt.

Die Selbstbestimmungs-(Risiko)aufklärung

v. 8.10.2009 – 6 O 568/04, VersR 2010, 482 – Entfernung der Gebärmutter). Etwas anderes kann sich trotz Aufklärung am Vorabend ergeben, wenn die Operationsnotwendigkeit vorher besprochen war und die Richtung der aufzuklärenden Risiken dem Patienten aufgrund einer drei Jahre zuvor erfolgten vergleichbaren Operation bekannt waren (OLG Köln, Beschl. v. 13.11.2013 – 5 U 74/13, VersR 2014, 751). Bei einer ambulanten Behandlung kann dagegen je nach den Vorkenntnissen des Patienten eine Aufklärung am Tag des Eingriffs genügen, wenn nach den Gesamtumständen hinreichend Zeit bleibt, das Für und Wider eigenverantwortlich zu erwägen (OLG Koblenz, Beschl. v. 30.1.2008 – 5 U 1298/07, MDR 2008, 507). So ist etwa bei einer ambulant durchgeführten Koloskopie die Aufklärung auch dann noch als rechtzeitig anzusehen, wenn sie erst erfolgt, nachdem der Patient die zur Vorbereitung erforderliche medikamentöse Darmreinigung bereits abgeschlossen hat (OLG Dresden, Beschl. v. 16.3.2020 – 4 U 2626/19, MedR 2021, 49 f.). Entbehrlich ist die Aufklärung bei Notfalloperationen. In diesen Fällen wandelt sich die – unterlassene – Risikoaufklärung in eine nachträglich Therapeutische Aufklärung um (vgl. BGH, Urt. v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04, NJW 2005, 2614, 2617).

Verspätet ist die Aufklärung jedenfalls dann, wenn sie so unmittelbar vor dem Eingriff erfolgt, dass die Patienten mit einer sich nahtlos anschließenden Durchführung des Eingriffs rechnen müssen und deshalb unter dem Eindruck stehen, sich nicht mehr aus einem bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf lösen zu können (BGH, Urt. v. 15.2.2000 – VI ZR 48/, NJW 2000, 1784). Dies ist etwa der Fall bei einer Aufklärung über eine laparoskopische Operation, bei der der Patient bereits unter Medikamenteneinfluss steht (OLG Brandenburg, Urt. v. 15. 7. 2010 – 12 U 232/09, VersR 2011, 267, 268).

VI. Verständlichkeit der Aufklärung

Die Aufklärung muss für die Patientinnen und Patienten gemäß § 630 e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB **verständlich** sein. Dies bedeutet, dass Ärzte die Risiken eines Eingriffs nicht mit medizinischen Fachbegriffen, sondern in einer laienverständlichen Weise darzustellen haben. Je nach Patienten muss die Aufklärung auch in leich-

ter Sprache erfolgen und ggf. wiederholt werden. Auf der anderen Seite können Patientinnen und Patienten keine Rechte daraus herleiten, dass Ärzte medizinische Fachausdrücke umschrieben haben. So ist etwa die Gefahr einer Arthrofibrose nach einer Kniegelenksoperation durch den Hinweis hinreichend umschrieben, dass Funktions- und Bewegungseinschränkungen auftreten können und die Gefahr von Verkalkungen in benachbarten Muskeln besteht, die zu erheblichen Bewegungseinschränkungen führen können und u.U. langdauernde krankengymnastische oder ggf. auch operative Nachbehandlungen erfordern (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 21.11.2014 – 5 U 1087/14, NJW-RR 2015, 653).

Sind Patientinnen und Patienten der deutschen Sprache nicht mächtig, kann zunächst versucht werden, Familienangehörige oder auch sprachkundige Praxis- oder Krankenhausmitarbeiter als Übersetzer hinzuzuziehen. Soll die Übersetzung durch Familienangehörige der Patienten erfolgen, müssen die aufklärenden Ärztinnen und Ärzte in geeigneter Weise überprüfen, ob die Familienangehörigen ihre Erläuterungen verstanden haben und ob sie in der Lage sind, das Gespräch in die andere Sprache zu übersetzen. Hierzu müssen sich die Ärzte zumindest einen ungefähren Eindruck von den Deutschkenntnissen der Familienangehörigen verschaffen (OLG Köln, Urt. v. 9.12.2015 – 5 U 184/14, VersR 2016, 4, 5). Reicht dies nicht aus, um eine ordnungsgemäße Aufklärung gewährleisten zu können, müssen sich Ärztinnen und Ärzte der Hilfe eines Dolmetschers bedienen (OLG Köln, Urt. v. 23.1.2019 – 5 U 69/16, MedR 2019, 803 ff. – Aufklärung einer fremdsprachigen Mutter über eine Schnittentbindung bei makrosomem Kind). Geben fremdsprachige Patienten während des Aufklärungsgesprächs nicht zu erkennen, dass sie die Aufklärung nicht verstanden haben, obwohl dies der Fall ist, können Ärztinnen und Ärzte von einer wirksamen Einwilligung ausgehen, sodass es an ihrem Verschulden fehlt (OLG Koblenz, Beschl. v. 25.2.2014 – 5 U 1535/13, NJW-RR 2015, 21).

VII. Entbehrlichkeit der Aufklärung

Nur ausnahmsweise ist die **Aufklärung entbehrlich**. Das ist gemäß § 630 e Abs. 3 BGB dann der Fall, wenn die

Behandlung unaufschiebbar ist oder Patientinnen und Patienten ausdrücklich auf die Aufklärung verzichtet haben. Eine unaufschiebbare Maßnahme liegt vor, wenn sie keinen Aufschub duldet, also etwa bei Notoperationen, wenn anderenfalls erhebliche Gefahren für die Gesundheit der Patienten eintreten könnten. Entbehrlich ist die Aufklärung auch, wenn Ärztinnen und Ärzte darauf vertrauen konnten, dass ihre Patienten bereits anderweitig – z. B. durch überweisende Ärzte – aufgeklärt worden sind oder die Patienten kurze Zeit vor dem Eingriff über eine vergleichbare Behandlung aufgeklärt worden sind (OLG Düsseldorf; Urt. v. 13.12. 2007 – 8 U 19/07, VersR 2009, 546 f.).

Der **Verzicht auf eine Aufklärung** muss von den Patienten freiwillig und ausdrücklich erklärt werden. Es empfiehlt sich deshalb auf jeden Fall, einen entsprechenden Verzicht zu dokumentieren. Keinesfalls dürfen die behandelnden Ärztinnen und Ärzte die Aufklärung als entbehrlich ansehen, weil der Patient ebenfalls Arzt ist. So müssen Ärzte über die Risiken einer chiropraktischen Behandlung (hier: Panthersprung und Kreuzhandgriff) auch eine Kollegin anderer Fachrichtung umfassend aufklären (OLG Koblenz v. 27.2.2014 – 5 U 1461/13, juris).

Im Gesetz nicht erwähnt und nur ganz ausnahmsweise unter strengen Voraussetzungen zulässig ist ein Verzicht auf die Aufklärung aus **therapeutischen Gründen**. Sie ist allenfalls denkbar, wenn die Aufklärung über die Risiken einer Behandlung Patientinnen und Patienten das Risiko einer erheblichen (Selbst-)Gefährdung von Leben oder Gesundheit auslösen könnte. Solche Fälle sind von der Rechtsprechung bislang nicht anerkannt worden (vgl. den Fall BGH, Urt. v. 7.2.1984 – VI ZR 174/82, NJW 1984, 1397 ff.). Dass Patienten aufgrund der Aufklärung beunruhigt sind oder in ihrer Gemütslage depressiv beeinträchtigt werden, muss in Kauf genommen werden, damit ihr Selbstbestimmungsrecht nicht unterlaufen wird.

VIII. Aufklärung bei Minderjährigen

Bei **Minderjährigen** muss die Aufklärung in Anwendung des § 630 e Abs. 4 BGB gegenüber den Eltern bzw. dem sorgeberechtigten Elternteil erfolgen. Für die Wirksamkeit der Einwilligung kommt es allerdings nicht

auf die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen an, sondern auf deren natürliche Einsichtsfähigkeit. Die Einwilligung von Minderjährigen ist wirksam, wenn sie nach ihrer geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung ermessen können. So bedarf eine 16-jährige zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs nicht der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter, wenn sie aufgrund ihrer Reife die Tragweite des Eingriffs erfassen kann (OLG Hamm, Beschl. v. 29.11.2019 – 12 UF 236/19, NJW 2020, 1373, 1374; anders noch OLG Hamm, Beschl. v. 16.7.18 – 15 W 274/98, NJW 18, 3424; weigern die Eltern sich allerdings, den erforderlichen Behandlungsvertrag abzuschließen, muss ihre Zustimmung durch das Familiengericht ersetzt werden). Entscheiden die gesetzlichen Vertreter, kann den Minderjährigen bei einem nur relativ indizierten Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für ihre künftige Lebensgestaltung ein Vetorecht gegen die Einwilligung durch die gesetzlichen Vertreter zustehen, wenn sie über eine ausreichende Urteilsfähigkeit verfügen (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, NJW 2007, 217, 218).

In einfach gelagerten Fällen dürfen Ärztinnen und Ärzte im Übrigen darauf vertrauen, dass der mit Minderjährigen erscheinende Elternteil ermächtigt ist, die Einwilligung in die ärztliche Behandlung auch für den abwesenden Teil zu erteilen (BGH, Urt. v. 15.6.2010 – VI ZR 204/09, NJW 2010, 2430, 2431; OLG Stuttgart, Urt. v. 16.11.2010 – I U 124/09, NJW-RR 2011, 747). Geht es dagegen um schwierige und weitreichende Behandlungen von Minderjährigen, die mit einem erheblichen Risiko verbunden sind, müssen sich Ärzte Gewissheit darüber verschaffen, dass auch der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung einverstanden ist (BGH, Urt. v. 28. 6. 1988 – VI ZR 87, NJW 1988, 2946, 2947).

IX. Aufklärung bei nicht einwilligungsfähigen Patienten

Bei nicht einwilligungsfähigen Patientinnen und Patienten gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Sind diese geschäftsunfähig und/oder stehen sie unter Betreuung, können sie gleichwohl in Anwendung von § 630 e Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 630 d

Die Selbstbestimmungs-(Risiko)aufklärung

Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam in eine ärztliche Behandlung einwilligen, wenn sie nach ihrem aktuellen Gesundheitszustand über eine natürliche Einsichtsfähigkeit in die Tragweite und das Risiko des Eingriffs verfügen. Ist dies nicht der Fall, hat die Aufklärung gegenüber den gesetzlichen Vertretern bzw. den Betreuern zu erfolgen. Besteht allerdings bei dem geplanten Eingriff die Gefahr, dass der Betreute aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, ist gemäß § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen, es sei denn, dass mit dem Aufschub der Maßnahme Gefahr verbunden ist.

X. Rechtsfolgen mangelhafter Risikoaufklärung

Die unterlassene oder unzureichende Risikoaufklärung wird rechtlich nicht als Behandlungsfehler eingeordnet. Es gibt deshalb auch keinen groben Aufklärungsmangel. Sie führt jedoch dazu, dass die Einwilligung von Patientinnen und Patienten in die Behandlung unwirksam ist, was auf jeden Fall eine Vertragsverletzung darstellt. Eine Haftung für Schadensersatz oder Schmerzensgeld wird jedoch nur dann begründet, wenn die Behandlung zu einem Gesundheitsschaden geführt hat (BGH, Urt. v. 27.5.2008 – VI ZR 69/07, NJW 2008, 2344, 2345 Rz. 18). Hat sich ein Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und über das tatsächlich aufgeklärt worden ist, so entfällt eine Haftung, und zwar auch dann, wenn die Patienten über andere aufklärungspflichtige Risiken nicht aufgeklärt worden sind, die sich aber auch nicht realisiert haben (BGH, Urt. v. 28.5.2019 – VI ZR 27/17, NJW 2019, 2320, 2321 Rz. 12).

XI. Die Beweislastverteilung

Die Behandler tragen nach der ständigen Rechtsprechung – und im vertraglichen Bereich ausdrücklich gemäß § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB – die Beweislast für die von den Patientinnen und Patienten erteilte Einwilligung und die zuvor ordnungsgemäß durchgeführte Aufklärung (BGH, Urt. v. 11.10.2016 – VI ZR 462/15, NJW-RR 2017, 533, 534 Rz. 8). Dazu gehört ggf. auch der Nachweis von Tatsachen, aus denen sich ergibt,

dass die Aufklärung rechtzeitig erfolgt ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.3.18 – VI ZR 74/97, NJW 18, 2734) oder entbehrlich war, weil sie bereits durch einen anderen Arzt erfolgt war (BGH, Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, NJW-RR 2007, 310, 311). Nach ständiger Rechtsprechung dürfen allerdings im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess an den von Ärztinnen und Ärzten zu führendem Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Im Rahmen ihrer Beweisführung für das insoweit allein maßgebliche **Aufklärungsgespräch** kommt zunächst der entsprechenden Dokumentation erhebliche Bedeutung zu. Das von den Patienten unterzeichnete Aufklärungsformular ist – sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht – ein gewichtiges Indiz für den Inhalt des von einem Arzt behaupteten Aufklärungsgesprächs (BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527, 1528 Rz. 13; OLG Nürnberg, Urt. v. 30.4.2015 – 5 U 2282/13, MedR 2016, 344, 345). Ist dessen Darstellung in sich schlüssig, entspricht die Aufklärung seiner praktizierten „ständigen Übung“ und hat der betroffene Patient ein Aufklärungsformular unterzeichnet, das einen Hinweis auf das realisierte Risiko enthält, ist der Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung regelmäßig als geführt anzusehen (BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 143/13, NJW 2014, 1527, 1528 Rz. 13). Aber selbst dann, wenn das Risiko im Aufklärungsbogen nicht erwähnt wird oder ein Aufklärungsbogen gar nicht (mehr) vorhanden ist, ist Ärztinnen und Ärzten der Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung nicht verwehrt. So kann es im Einzelfall ausreichen, wenn – etwa durch Vernehmung einer Arzthelferin oder durch Anhörung des Arztes selbst – der Nachweis geführt wird, dass der aufklärende Arzt entsprechend seiner ständigen und ausnahmslosen Übung verfahren ist (sog. „Immer-so-Rechtsprechung“, vgl. BGH, Urt. v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, NJW 1985, 13, 1400; OLG Koblenz, Urt. v. 8.3.2017 – 5 U 65/16, GesR 2018, 294, 295). Dies gilt auch dann, wenn der Arzt keine Erinnerung mehr an das konkrete Aufklärungsgespräch hat (OLG Köln, Urt. v. 28.9.2015 – 5 U 81/15, MedR 2017, 56, 57).

Vermögen Ärzte den Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht zu führen, steht ihnen der Beweis offen, dass ihr Patient oder ihre Patientin auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung zu der

gerade von ihnen durchgeführten Maßnahme erteilt hätten (**hypothetische Einwilligung**, vgl. § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB). An diesen Beweis sind strenge Anforderungen zu stellen, damit das Recht der Patienten auf Aufklärung nicht auf diesem Wege unterlaufen wird (BGH, Urt. v. 17.3.18 – VI ZR 74/97, NJW 18, 2734). Ärztinnen und Ärzte haben substantiiert darzulegen, warum ihre Patienten eingewilligt hätten, etwa weil die Behandlung alternativlos oder nur gering belastend gewesen ist oder ihre Ablehnung medizinisch unvernünftig gewesen wäre. Gelingt den Ärzten das, können Patienten diesen Einwand dadurch entkräften, dass sie dem Gericht plausibel machen, sie hätten sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden (BGH, Urt. v. 22.5.2007 – VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774, 2776; OLG Hamm, Urt. v. 15.12.2017 – 26 U 3/14, VersR 2018, 1004, 1006). Dies lässt sich regelmäßig nur durch eine persönliche Anhörung der Patienten beurteilen. Sie ist notwendig, um zu vermeiden, dass das Gericht für die Verneinung eines Entscheidungskonflikts vorschnell auf das abstellt, was bei objektiver Betrachtung als naheliegend oder vernünftig erscheint, ohne die persönlichen, möglicherweise weniger naheliegenden oder als unvernünftig erscheinenden Erwägungen der Patienten ausreichend in Betracht zu ziehen (BGH, Urt. v. 30.9.2014 – VI ZR 443/13, NJW 2015, 74, 76 Rz. 22). Von einer persönlichen Anhörung kann nur abgesehen werden, wenn bereits die unstreitigen Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben, etwa weil die Behandlung zwingend erforderlich und eine alternative Behandlungsmethode nicht vorhanden war (vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2005 – VI ZR 174/03, NJW 2005, 1364). Von der Plausibilität eines Entscheidungskonflikts ist dagegen regelmäßig auszugehen, wenn die persönliche Anhörung der Patienten nicht ergibt, dass diese bereits präoperativ unverrückbar zu der Behandlung entschlossen waren (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 8.10.2019 – 4 U 1052/19, NJW-RR 2020, 149, 151 – kosmetische Operation).

Ist die **Rüge** mangelnder Aufklärung **begründet** und verlangen Patienten deswegen Schadensersatz oder Schmerzensgeld, haben sie darzulegen und zu beweisen, dass ihr Gesundheitsschaden gerade auf den Eingriff zurückzuführen ist, der mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrig gewesen ist (BGH,

Urt. v. 7.2.2012 – VI ZR 63/11, NJW 2012, 850). Dabei kommt den Patienten die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute, weil der mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrig durchgeführte Eingriff bereits den Primärschaden darstellt (BGH, Urt. v. 19.10.2010 – VI ZR 241/09, VersR 2011, 223, 224 Rz. 18). Es reicht also aus, dass der Gesundheitsschaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf der mangelnden Aufklärung beruht. Ärztinnen und Ärzten steht demgegenüber der Beweis offen, dass Patienten ohne den rechtswidrig ausgeführten Eingriff dieselben Beschwerden haben würden, weil sich das Grundleiden in mindestens ähnlicher Weise ausgewirkt haben würde (BGH, Urt. v. 22.3.2016 – VI ZR 467/14, NJW 2016, 3522, 3523 Rz. 14). Patientinnen und Patienten sind ferner beweibelastet für ihre Behauptung, eine Behandlungsalternative, über die sie – unstreitig – nicht aufgeklärt worden sind, hätte zu einem günstigeren Behandlungsverlauf geführt (OLG Köln, Urt. v. 18.4.2012 – 5 U 172/11, MedR 2013, 47, 50).

XII. Die Behandlung der Risikoaufklärung in der Kommission

Obwohl in der Verfahrensordnung nicht vorgesehen, werden Mängel der Selbstbestimmungs- und Risikoaufklärung von der Gutachterkommission jedenfalls dann geprüft, wenn Patienten oder deren Anwälte eine **Aufklärungsrüge** erhoben haben. Nach ständiger Praxis der Kommission werden Aufklärungsmängel darüber hinaus aber auch ohne Vorliegen einer Aufklärungsrüge berücksichtigt, wenn das medizinische Gutachten entsprechende Feststellungen enthält.

Bei der Beurteilung von Mängeln der Risikoaufklärung sind allerdings stets die **beschränkten Beweismöglichkeiten** der Gutachterkommission zu berücksichtigen. Da eine Zeugen- und Parteivernehmung nach der Verfahrensordnung nicht stattfindet (§ 9 Abs. 2) und die Gutachterkommission deshalb nicht in der Lage ist, den Inhalt des insoweit allein maßgeblichen Aufklärungsgesprächs zu verifizieren, kommt es für die Entscheidung der Kommission allein auf die von den Patientinnen und Patienten unterzeichnete schriftliche Dokumentation der Aufklärung an. Ist sie vorhanden und wird das realisierte Risiko aufgeführt, wird aufgrund ihrer Indizwirkung von der Ordnungs-

Die Selbstbestimmungs-(Risiko)aufklärung

mäßigkeit der Aufklärung ausgegangen. Fehlt sie dagegen oder ist im Aufklärungsbogen das realisierte Risiko nicht erwähnt, greift zulasten der Ärztinnen und Ärzte die widerlegliche Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB ein, d.h. es ist davon auszugehen, dass eine ordnungsgemäße Risikoaufklärung nicht erfolgt ist. Um in diesen Fällen bei den Patienten keine möglicherweise falschen Hoffnungen zu erwecken, sollte allerdings im Gutachten oder in einem Begleitschreiben stets zum Ausdruck gebracht werden, dass die Ärzte in einem eventuellen Gerichtsverfahren durch Zeugen- oder Parteivernehmung die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB widerlegen, d.h. doch noch den Beweis eines ordnungsgemäßen Aufklärungsgesprächs erbringen können.

Fehlt es an einer ordnungsgemäßen Aufklärung, können sich die in Anspruch genommenen Ärzte noch auf eine **hypothetische Einwilligung** ihrer Patienten (§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB) berufen. Diese kann sich zwar ausnahmsweise auch aus dem unstrittigen Sachverhalt ergeben, etwa wenn die vorgenommene Operation zur Vermeidung einer Todesgefahr zwingend erforderlich war. Ansonsten sind allerdings die Möglichkeiten der Gutachterkommission wiederum beschränkt. Da die Frage, ob sich Patienten im Falle gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätten, nur durch deren persönliche Anhörung beantwortet werden kann, muss der Einwand der hypothetischen Einwilligung regelmäßig bei der Begutachtung außer Betracht bleiben.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 630e Aufklärungspflichten

(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.

(2) Die Aufklärung muss

1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,
 2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,
 3. für den Patienten verständlich sein.
- Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.

(3) Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat.

(4) Ist nach § 630d Absatz 1 Satz 2 die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, ist dieser nach Maßgabe der Absätze 1 bis 3 aufzuklären.

(5) Im Fall des § 630d Absatz 1 Satz 2 sind die wesentlichen Umstände nach Absatz 1 auch dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft. Absatz 3 gilt entsprechend.

Beweisrechtliche Grundsätze

Dr. jur. Peter Lange

I. Die Grundsätze der Beweisführung

Das deutsche Arzthaftungsrecht ist durch den Beweisgrundsatz geprägt, dass Patientinnen und Patienten, die von einem Arzt Schadensersatz wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers begehren, **beweisen müssen**, dass ein Behandlungsfehler vorliegt und dass der Fehler für den geltend gemachten – ebenfalls nachzuweisenden – Gesundheitsschaden ursächlich ist. Die Patienten haben insoweit den sog. Vollbeweis zu erbringen (§ 286 ZPO). Für diesen Beweis ist allerdings nicht erforderlich, dass eine in jeder Hinsicht sichere, jede Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs und jeden Zweifel ausschließende Gewissheit oder eine an „Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ vorliegen muss. Ausreichend ist vielmehr, dass Gutachter und Gutachterinnen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad der Gewissheit, der jedem Zweifel Schweigen gebietet, ohne ihn völlig auszuschließen, von einem Behandlungsfehler, einem Gesundheitsschaden und der Ursächlichkeit des Fehlers für den Gesundheitsschaden ausgehen können und müssen (BGH, Urteil v. 16.4.2013 - VI ZR 44/12, VersR 2013, 346), sog. **praktische Gewissheit**.

Mit diesem Grad der Gewissheit ist zunächst – wie erwähnt – **das Vorliegen eines Behandlungsfehlers** festzustellen, der wegen der Verletzung der von Ärztinnen und Ärzten bei der Behandlung geschuldeten, im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorliegt, die sich nach dem allgemein anerkannten Standard des jeweiligen medizinischen Fachgebiets bestimmt. Von einem Behandlungsfehler ist also auszugehen, wenn der zu fordernde **medizinische Standard** im Zuge der Stellung der Diagnose, der Therapie oder der therapeutischen Beratung schuldhaft nicht gewahrt worden ist (§ 630 a Abs. 2 BGB). Der Standard gibt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Auskunft darüber, welches Verhalten von gewissenhaften und aufmerksamen Ärzten in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht ihres Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat (BGH, Urteil vom 22.12.2015 - VI ZR 67/15,

VersR 2016, 463). Daher darf und muss von den Ärzten hinsichtlich ihres Wissens und ihrer beruflichen Fähigkeiten (nur) das verlangt werden, was dem jeweiligen Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung entspricht.

In der ganz überwiegenden Zahl der Begutachtungsfälle gelangen die Sachverständigen zu der sicheren Feststellung, dass ein Behandlungsfehler vorliegt oder ausscheidet, sodass es auf die Beweislast und die Frage, wer den Nachteil der Beweislosigkeit im Einzelfall zu tragen hat, nicht ankommt. Medizinische Sachverständige brauchen sich dann mit diesen rechtlichen Problemen nicht zu befassen, zumal diese dann auch für die Beteiligten nicht von Interesse sind. Nur wenn sichere Feststellungen insoweit nicht getroffen werden können, u. a. etwa wegen Dokumentationsmängeln, sind arzthaftungsrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. In solchen Fällen und nur dann wird je nach Sachlage zu prüfen sein, ob ein Behandlungsfehler aus dem Gesichtspunkt des voll beherrschbaren Risikos zu vermuten ist (§ 630 h Abs. 1 BGB), der Beweis des ersten Anscheins für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers spricht oder zugunsten der Patientinnen und Patienten die Vermutung des § 630 h Abs. 3 BGB streitet. Nach dieser Bestimmung begründet die unterbliebene Dokumentation dokumentationspflichtiger Maßnahmen die Vermutung, dass diese nicht getroffen wurden. Diese Prüfung fällt bei Kommissionsentscheidungen in erster Linie den beteiligten Juristinnen und Juristen zu. Ähnlich gelagert ist die Situation bei der Frage, ob sich ein festgestellter Behandlungsfehler schadensursächlich ausgewirkt hat. Auf eine Beweislastumkehr kommt es auch hier nur an, wenn dazu keine sicheren Feststellungen (praktische Gewissheit) getroffen werden können.

Darüber hinaus bedarf auch die Feststellung des **Ursachenzusammenhangs zwischen dem ärztlichen Fehler und dem Primärschaden**, d. h. dem Gesundheitsschaden, der als sog. erster Verletzungserfolg auf dem Behandlungsfehler beruht (sog. **haftungsbegründende Kausalität**) dieses vorbeschriebenen Grades der Gewissheit. Für die Feststellung der sog. haftungsausfüllenden Kausalität, d. h. für den Kausalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Primärschaden und weiteren Gesundheitsschäden sowie Vermögensschäden (Sekundärschäden),

Beweisrechtliche Grundsätze

die durch den Primärschaden verursacht wurden, reicht hingegen die hinreichende (= überwiegende, d.h. mehr als 50-prozentige) Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhangs aus (§ 287 ZPO, vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2010 – VI ZR 241/09, VersR 2011, 223).

Wird beispielsweise im Zuge einer Operation ein bereits festgestellter, tiefer gelegener Tumor behandlungsfehlerhaft nicht mitentfernt und ist deshalb ein Zweiteingriff erforderlich, sind dem Primärschaden alle mit der Folgeoperation verbundenen Belastungen, wie z. B. die erneute Narkose oder der erforderliche Bauchschnitt zuzuordnen, während im Zusammenhang hiermit aufgetretene Komplikationen, wie Nahtinsuffizienz, Wundheilungsstörung oder Fistelbildung als auf dem Zweiteingriff beruhende Sekundärschäden zu werten sind, wenn sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch den Folgeeingriff verursacht wurden.

Die Prüfung der Gutachterkommission beschränkt sich dabei auf die Prüfung und ggf. Feststellung von Gesundheitsschäden; die Kommission prüft nicht, ob durch den Behandlungsfehler oder den Primärschaden z. B. Vermögensschäden, Schwerbehinderung, Arbeitsunfähigkeit oder eine rentenrechtlich relevante Erwerbsminderung verursacht wurden.

II. Die Beweislastumkehr

Abweichend von diesen Grundsätzen hat die Rechtsprechung in einer Reihe von Fallgestaltungen zugunsten der Patientinnen und Patienten eine **Beweislastumkehr** etabliert, die sowohl die Ursächlichkeit zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden als auch den Beweis der Verletzung der ärztlich geschuldeten Sorgfalt im Verkehr und damit das Vorliegen eines Behandlungsfehlers betreffen (vgl. hierzu die Grundsatzentscheidung des BGH v. 27.4.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2004, 909). Diese Grundsätze haben unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung auch im kodifizierten Patientenrecht, d.h. im Patientenrechtegesetz vom 20.2.2013 (BGBl. I S. 277), das am 26.2.2013 in Kraft getreten ist, ihren Niederschlag gefunden. Eine Beweislastumkehr ist insbesondere bei **groben Behandlungsfehlern** (§ 630h Abs. 5 Satz 1 BGB), bei **Befunderhebungsfehlern** (§ 630h Abs. 5 Satz 2 BGB) sowie in Fällen des sog. voll **beherrschbaren Risikos** zu prüfen,

d.h. wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte voll beherrschbar war und das zu einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit von Patienten geführt hat (§ 630h Abs. 1 BGB).

1. Der grobe Behandlungsfehler

Fällt Ärzten ein grober Behandlungsfehler (irreführend auch schwerwiegender Behandlungsfehler genannt) zur Last, kehrt sich die Beweislast hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Fehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden zugunsten der Ärzte um, wenn der Fehler wenigstens **grundsätzlich geeignet** ist, die im Zusammenhang mit der Behandlung aufgetretene Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit zu verursachen; die Ursächlichkeit muss nicht wahrscheinlich sein oder gar naheliegen. Ist der Fehler grundsätzlich geeignet, den eingetretenen Schaden zu verursachen, **müssen Ärztinnen und Ärzte den Vollbeweis** dafür **führen**, dass ihr Fehler den Gesundheitsschaden nicht verursacht hat, es also zu dem Schaden auch ohne ihren Fehler gekommen wäre. Dieser Beweis wird regelmäßig äußerst schwierig zu erbringen sein. Diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind – wie erwähnt – in § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB kodifiziert.

Die Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite ist ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn jeglicher Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Gesundheitsschaden **äußerst unwahrscheinlich** ist (vgl. BGH, Urteil v. 27.4.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2003, 909), was zur Beweislast des Behandelnden steht. Wann die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden als äußerst unwahrscheinlich zu bewerten ist, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls.

Wann ein Behandlungsfehler **als grob zu beurteilen** ist, ist gesetzlich nicht definiert. Bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob handelt es sich um eine juristische Wertung, die den an der Fertigung des abschließenden Gutachtens beteiligten Juristinnen und Juristen obliegt, wobei diese Wertung in vollem Umfang durch die von den ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf deren medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens stützen muss.

Der Begriff des groben Behandlungsfehlers setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs neben einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse die Feststellung voraus, dass den Ärztinnen und Ärzten bei der in Frage stehenden Behandlung ein Sorgfaltsverstoß und damit der Fehler unterlaufen ist, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. z.B. BGH, Urteil v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 5).

Ein grober Behandlungsfehler wurde von der Rechtsprechung z.B. im Übersehen einer auf dem Röntgenbild eindeutig ersichtlichen Fraktur (BGH, Urteil vom 12.2.2008 – VI ZR 221/06; GesR 2008, 250, 252), im Falle der Fertigung einer CT mehr als vier Stunden nach der Einlieferung eines mit deutlichen Zeichen eines Schlaganfalls in die Klinik eingewiesenen Patienten (OLG Koblenz, Urteil vom 25.8.2011 – 5 U 670/10-; VersR 2013, III,112) oder im Falle des Unterlassens einer schnellen bakteriologischen Untersuchung eines aus dem Kniegelenk gewonnenen trüben Punktats (vgl. OLG Köln, Urteil vom 12.6.11 – 27 U 25/90; VersR 12, 1003) gesehen.

Auch eine Gesamtbetrachtung mehrerer „einfacher“ Behandlungsfehler kann dazu führen, dass das ärztliche Vorgehen in der Gesamtschau als grob fehlerhaft zu bewerten ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 16.5.2000 – VI ZR 321/98, VersR 2000, 1146). Maßgeblich für die Beurteilung eines Behandlungsfehlers als grob ist das Maß der Sorgfaltspflichtverletzung der Ärztinnen und Ärzte; die Schwere des durch den Fehler verursachten Gesundheitsschadens ist hierfür ohne Bedeutung. Die Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern bezieht sich nur auf die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden in Form des Primärschadens (vgl. hierzu oben I. und das dortige Beispiel). Auf die Kausalität zwischen Primärschaden und Sekundärschaden findet die Umkehr der Beweislast nur Anwendung, wenn der Sekundärschaden **typische Folge** des Primärschadens ist (BGH, Urteil vom 2.7.2013 – VI ZR 554/12, VersR 2013, 1174). Das Vorliegen des (groben) Behandlungsfehlers selbst ist – ebenso wie das Vorliegen des geltend gemachten Gesundheitsschadens – von den Patientinnen und

Patienten gemäß den eingangs erwähnten Grundsätzen (Vollbeweis) zu beweisen.

Der Befunderhebungsfehler

Ein Befunderhebungsfehler liegt vor, wenn Ärztinnen und Ärzte die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen, wie z.B. im Falle unterlassener Blutuntersuchungen durch den Gynäkologen bei Verdacht einer Rötelinfection während der Schwangerschaft (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 20.6.2001 – 13 U 70/00, VersR 2002, 1426). Der unterlassenen Befunderhebung stehen die unvollständige, fehlerhafte oder verspätete Befunderhebung sowie die unterlassene oder verspätete Umsetzung oder Auswertung des erhobenen Befundes gleich, wie z.B. die verzögerte Bestimmung des CRP-Wertes nach rechtzeitiger Blutentnahme oder die unterbliebene Auswertung eines während eines operativen Eingriffs entnommenen Abstrichs. Gleiches gilt, wenn die gebotene Veranlassung der Befunderhebung durch Dritte unterblieben ist.

Die oben entwickelten Grundsätze zur Beweislastumkehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers gelten auch bei einem **groben Befunderhebungsfehler**, der einen Unterfall des groben Behandlungsfehlers darstellt.

Einen groben Befunderhebungsfehler hat die Rechtsprechung z.B. in der unterbliebenen Bauchspiegelung und Bestimmung des Beta-HCH-Wertes bei bestehenden Hinweisen auf eine extrauterine Schwangerschaft (vgl. OLG Köln, Urteil v. 20.7.2011 – 5 U 206/07, VersR 2012, 07) oder bei unterbliebener Kontrastmittel-CT bzw. Angio-MRT (statt CT) bei schlagartig aufgetretenen, unerträglichen Kopfschmerzen mit der Folge der Verkennung einer Hirnblutung angenommen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 8.11.2007 – I-8 U 38/07, OLGR Düsseldorf 2009, 1).

Außer im Falle eines groben Befunderhebungsfehlers kommt selbst bei einem **einfachen** (also nicht groben) **Befunderhebungsfehler** unter den nachfolgenden Voraussetzungen eine Beweislastumkehr in Betracht:

Wenn sich bei korrekter medizinischer Abklärung der Symptome, also bei korrekter Befunderhebung mit hinreichender, d. h. mit mehr als 50-prozentiger Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiger Befund ergeben

Beweisrechtliche Grundsätze

hätte, dessen Verkennung oder Vernachlässigung sich als grob fehlerhaft darstellen würde, so wird zulasten der Ärztinnen und Ärzte vermutet, dass der eingetretene Gesundheitsschaden durch den Befunderhebungsfehler verursacht wurde, wenn die bei korrekter Befunderhebung zu ergreifenden ärztlichen Maßnahmen **grundsätzlich geeignet** gewesen wären, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden zu vermeiden oder den Schaden zu mindern (§ 630h Abs. 5 Satz 2 BGB; ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. z. B. vgl. Urteil vom 7.6.2011 – VI ZR 87/10, VersR 2011, 1148).

In einem derartigen Fall führt bereits das – nicht grob fehlerhafte – Unterlassen der gebotenen Befunderhebung wie im Falle des groben Behandlungsfehlers zu erheblichen Aufklärungsschwierigkeiten hinsichtlich des Kausalverlaufs. Es verhindert die Entdeckung des wahrscheinlich gravierenden Befundes und eine entsprechende Reaktion darauf mit der Folge, dass hierdurch das Spektrum der für die Schädigung der Patienten in Betracht kommenden Ursachen besonders verbreitert oder verschoben wird (vgl. BGH, Urteil v. 13.2.16 – VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47; Groß in Festschrift für Geiß, 2000, S. 429, 435). Aus diesen Gründen ist auch bei einem einfachen Befunderhebungsfehler bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen eine Umkehr der Beweislast geboten. Auch hier müssen also die Ärztinnen und Ärzte – was ihnen regelmäßig kaum gelingen kann – beweisen, dass ihr Fehler den Gesundheitsschaden nicht verursacht hat, es also zu dem Schaden auch ohne ihren Fehler gekommen wäre.

Für die Beweislastumkehr zugunsten der Patienten ist allerdings Voraussetzung, dass das – gedachte – Verkennen des Befundes oder das – gedachte – Unterlassen der gebotenen Therapie als **grober Fehler** zu bewerten wäre. Die Patienten müssen nicht den Nachweis dafür erbringen, dass eine frühzeitigere Therapie das Schadensbild positiv verändert hätte. Für die Begründung der Haftung reicht es grundsätzlich aus, dass der grobe Verstoß des Arztes oder der Ärztin grundsätzlich geeignet ist, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen (vgl. BGH, Urteil vom 27.4.2004 – VI ZR 34/03, VersR 2005, 942).

Die Umkehr der Beweislast ist – ebenso wie beim groben Behandlungsfehler – nur dann ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzu-

sammenhang **äußerst unwahrscheinlich** ist (vgl. BGH, Urteil v. 5.4.2005 – VI ZR 216/03, VersR 2005, 942; vgl. hierzu bereits oben II. 1).

Die oben dargestellte, für die Umkehr der Beweislast beim einfachen Befunderhebungsfehler maßgebliche Prüfkaskade, soll anhand des nachfolgenden Fallbeispiels verdeutlicht werden, wobei nochmals darauf hingewiesen werden muss, dass es nur dann darauf ankommt, wenn aus medizinischer Sicht keine sichere Feststellung getroffen werden kann, ob die Ursächlichkeit gegeben ist oder ausscheidet:

Die Patientin in gebärfähigem Alter stellte sich bei dem belasteten Gynäkologen mit Unterbauchbeschwerden vor, der eine Ultraschalluntersuchung durchführte. Da er differenzialdiagnostisch von einer Schwangerschaft ausging, ist es (1) als fehlerhaft zu bewerten, dass er es bei dem dokumentierten Befund „Uterus leer“ belassen und einen Kontrolltermin erst in zwei Wochen vereinbart hat. Der Arzt hätte zur Gewährleistung einer Behandlung lege artis noch am selben Tage, spätestens nach einer Woche den HCG-Wert bestimmen und – soweit der Uterus weiterhin „leer“ war – einen Schwangerschaftstest durchführen müssen. Da er diese Befunde nicht erhoben hat, fällt ihm ein Befunderhebungsfehler zur Last. Dieser hat auch eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Gesundheitsschadens, der in der unnötigen Fortsetzung der Eileiterschwangerschaft bzw. verzögerten Entfernung des Eileiters zu sehen ist, zur Folge. Die unverzügliche Bestimmung des HCG-Wertes hätte nämlich (2) mit zumindest hinreichender Wahrscheinlichkeit als reaktionspflichtigen Befund ein positives Ergebnis erbracht, das die Einweisung in ein Krankenhaus zwingend erforderlich gemacht hätte. Vertretbar wäre auch die kurzfristige Vereinbarung eines Kontrolltermins mit der Folge der Einweisung in ein Krankenhaus bei erneutem Befund „Uterus leer“ spätestens dann gewesen. Eine Nichtreaktion auf den auf eine Eileiterschwangerschaft hindeutenden HCG-Wert wäre (3) grob fehlerhaft gewesen. Die Einweisung in ein Krankenhaus wäre schließlich auch (4) grundsätzlich geeignet gewesen, den Gesundheitsschaden in Form des unnötigen Fortbestehens der Eileiterschwangerschaft zu vermeiden, denn dort wäre mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Diagnose einer Eileiterschwangerschaft gestellt und die sofortige Entfernung des Ei-

leiters veranlasst worden (vgl. OLG Brandenburg, Urteil v. vom 18.6.2009 – 12 U 213/08, VersR 2009, 694).

Schwierigkeiten bereitet zuweilen die **Abgrenzung zwischen einem Befunderhebungsfehler einerseits**, der regelmäßig die vorbeschriebene Umkehr der Beweislast zur Folge hat, und einem **Diagnosefehler** oder einer **Verletzung der ärztlichen therapeutischen Informationspflicht** (vgl. § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB) auf der anderen Seite, bei denen Patientinnen und Patienten in der Regel die Beweislast dafür tragen, dass der Gesundheitsschaden durch den Behandlungsfehler verursacht wurde.

a) Befunderhebungsfehler/Diagnosefehler

Ein Befunderhebungsfehler ist gegeben, wenn – wie ausgeführt – die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen oder nicht veranlasst wird. Im Unterschied hierzu liegt ein Diagnosefehler vor, wenn Ärzte erhobene oder sonst vorliegende Befunde unvertretbar falsch interpretieren und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht ihres Fachbereichs gebotenen therapeutischen oder diagnostischen Maßnahmen ergreifen (vgl. BGH, Urteil v. 26.5.2020 VI ZR 213/19, VersR 2020, 1052). Ein Diagnosefehler setzt also voraus, dass Ärzte die medizinisch notwendigen Befunde erhoben haben, um sich eine ausreichende Basis für die Einordnung der Krankheitssymptome zu verschaffen. Hat dagegen die unrichtige diagnostische Einstufung einer Erkrankung ihren Grund bereits darin, dass Ärztinnen und Ärzte erst gar nicht oder unzureichend auf die nach dem medizinischen Standard gebotenen Untersuchungen hingewirkt haben – sie mithin aufgrund unzureichender Untersuchungen vorschnell zu einer nicht mehr vertretbaren Diagnose gelangen, ohne diese durch die medizinisch gebotenen Befunderhebungen abzuklären – dann ist ihnen ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen. Bei einer solchen Sachlage geht es im Kern nicht um die Fehlinterpretation von Befunden, sondern um deren Nichterhebung. Im Rahmen dieser Abgrenzung lässt sich die Rechtsprechung von dem Grundsatz des „Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit“ (vgl. BGH, wie vor) leiten: Liegt dieser in der fehlerhaften Diagnose, dürfen für die Haftung der Ärzte nicht die Grundsätze des Befunderhebungsfehlers herangezogen werden. Bei Vorliegen eines Diagnosefehlers ist für eine auf einem Befunderhebungsfehler beruhende Beweislastumkehr kein Raum, es sei denn es liegt ein grober Diagnosefehler vor, weil

es sich um eine fundamentale Fehlinterpretation der Befunde handelt, die schlechterdings unverständlich ist. Dann greifen die oben entwickelten Grundsätze zum groben Behandlungsfehler. Ein Diagnosefehler wird nach der Rechtsprechung nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde hätten erhoben werden müssen. Der Diagnosefehler entfaltet sozusagen eine **Sperrwirkung** gegenüber dem Befunderhebungsfehler einschließlich der damit einhergehenden Umkehr der Beweislast. Liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit hingegen in der Unterlassung der zwingend gebotenen Erhebung von Befunden, so finden die oben entwickelten Grundsätze zum Befunderhebungsfehler einschließlich der Umkehr der Beweislast Anwendung. Die vorgenannten Kriterien gelten auch für die Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom sog. **Diagnoseirrtum**, dem eine vertretbare Fehldiagnose zu Grunde liegt, die – anders als der auf einer unvertretbaren Fehldeutung der Befunde beruhende Diagnosefehler – nicht als Behandlungsfehler zu werten ist.

Entsprechend der vorbeschriebenen Grundsätze hat der BGH einen Befunderhebungsfehler angenommen, obwohl die im Rahmen des Screenings von einem Radiologen durchgeführte Mammographie mit BIRADS 1 (Normalbefund) bewertet wurde, was bei bloßer Betrachtung der Mammographie-Aufnahme nicht zu beanstanden war (vgl. BGH, wie vor). Der belastete Radiologe hätte sich nämlich unter Berücksichtigung der anamnestischen Angaben der Patientin, dass die Mamille rechts seit ca. einem Jahr eingezogen war, zur Erhebung weiterer Befunde bzw. zu einer dahingehenden Beratung der Patientin gedrängt sehen müssen. Dieses Erfordernis müsse – so der BGH in seinen Entscheidungsgründen – allen bekannt sein, die sich mit der Mammadiagnostik beschäftigen, d.h. sowohl dem Gynäkologen als auch dem Radiologen. Die weitere Befunderhebung, insbesondere die Durchführung einer Sonographie hätte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die zwei Jahre später gestellte Krebsdiagnose als reaktionspflichtigen Befund schon zum damaligen Zeitpunkt ergeben, sodass geeignete therapeutische Maßnahmen zu ergreifen gewesen wären, die grundsätzlich geeignet gewesen wären, die Schwere der Erkrankung der Patientin insbesondere in Form des Lymphknotenbefalls zu verhindern.

Anders hat das OLG München durch Urteil vom 10.2.2011 – I U 5066/09, OLG Report Süd 8/2011 die fehlerhafte Bewertung einer Röntgenaufnahme beurteilt, die bei sorgfältiger und aufmerksamer Prüfung durch einen Fachmann eine geringfügige Höhenminderung bzw. Keilwirbelbildung eines Wirbelkörpers erkennen ließ, die jedoch nicht sofort ins Auge sprang und von dem behandelnden Arzt übersehen wurde. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit wurde hier in dem vorwerfbaren Diagnosefehler gesehen, nicht hingegen in der unterbliebenen Fertigung weiterer Röntgenbilder zur genauen Abklärung des Befundes.

b) Befunderhebungsfehler/Verletzung der therapeutische Informationspflicht

Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte sind gesetzlich verpflichtet, ihre Patienten über alle Umstände zu informieren, die zur Sicherung des Heilungserfolges, zu einem therapiegerechten Verhalten und zur Vermeidung möglicher Selbstgefährdung der Patienten erforderlich sind (therapeutische Informationspflicht = „Sicherungsaufklärung“, vgl. § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Pflicht umfasst auch – soweit im Einzelfall geboten – die Pflicht zum Hinweis auf die besondere Dringlichkeit der zur Sicherung des Heilerfolges notwendigen Maßnahme. Versäumnisse im Bereich der therapeutischen Information/Aufklärung sind keine Aufklärungsfehler, sondern Behandlungsfehler mit den für diese geltenden beweisrechtlichen Folgen (vgl. hierzu oben I). Die Patienten müssen auch hier grundsätzlich den ihnen nach § 286 ZPO obliegenden Beweis dafür führen, dass eine medizinisch erforderliche therapeutische Information – wie z. B. der Hinweis auf eine zwingend gebotene Biopsie wegen Krebsverdachts – nicht erteilt wurde und hierdurch der Eintritt eines Schadens verursacht wurde. Unterbleibt der Rat zu einer zweifelsfrei notwendigen diagnostischen Maßnahme, so ist das hierin liegende Unterlassen allerdings in der Regel als Befunderhebungsfehler zu behandeln, denn als Folge des unterbliebenen Hinweises – wie im obigen Beispiel als Folge des unterbliebenen Hinweises auf die Notwendigkeit der Biopsie – wird auch stets ein gebotener Befund nicht erhoben. In diesem Falle gelten dann auch die oben entwickelten Grundsätze zur Umkehr der Beweislast bei Befunderhebungsfehlern. Unterlassen es Ärztinnen und Ärzte hingegen, ihre Patienten über die Dringlichkeit der – ansonsten zutreffend empfohlenen – medizinischen Maßnahme

zu informieren und vor Gefahren zu warnen, die bei Unterbleiben der empfohlenen Maßnahme drohen, liegt nach der Rechtsprechung ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Information und damit kein Befunderhebungsfehler vor. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des ärztlichen Fehlers liegt nämlich hier nicht in der unterbliebenen Befunderhebung, sondern in der den Ärzten obliegenden unterbliebenen Information zur Sicherung des Behandlungserfolges (BGH, Urteil v. 11.4.2017, VI ZR 576/15, VersR 2017, 888). Unterlässt es z. B. ein hausärztlicher Internist, einen stark übergewichtigen Patienten mit Bluthochdruck, Diabetes und Fettstoffwechselstörungen nach Blutentnahme und Belastungs-EKG mit dem Hinweis auf permanentes Vorhofflimmern über die nicht unerhebliche Gefahr eines Herzinfarkts und die deshalb bestehende Dringlichkeit der – ihm ansonsten zutreffend empfohlenen – gebotenen weiteren medizinischen Maßnahmen aufzuklären, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Information (BGH, Urteil v. 17.11.2015 – VI ZR 476/14, VersR 2016, 260).

2. Fälle des voll beherrschbaren Risikos

Nach § 630h Abs. 1 BGB wird **ein Fehler der behandelnden Ärzte vermutet**, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für die Ärzte voll beherrschbar war und das nachweislich zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ihrer Patienten geführt hat. Die vorgenannte gesetzliche Regelung begründet damit die Vermutung eines Behandlungsfehlers, wenn feststeht, dass der von den Patienten erlittene gesundheitliche Primärschaden aus einem Bereich stammt, der von den behandelnden Ärzten bzw. deren Hilfspersonal voll beherrscht bzw. ausgeschlossen werden kann und muss. Den Nachweis der vollen Beherrschbarkeit des Behandlungsrisikos sowie der Kausalität zwischen dem schuldhaft verursachten (vermuteten) Behandlungsfehler und dem Eintritt des Primärschadens müssen die Patientinnen und Patienten erbringen. Hierauf erstreckt sich die Beweislastumkehr nicht. Erst wenn dieser Beweis im Sinne des Vollbeweises erbracht worden ist, müssen die in Anspruch genommenen Ärzte die Vermutung der objektiven Pflichtverletzung und ihres Verschuldens widerlegen, d. h. beweisen, dass ihnen anlässlich der Behandlung kein schuldhafter Behandlungsfehler unterlaufen ist (vgl. BGH, Urteil v. 16.08.2016 – VI ZR

634/15, VersR 2016, 1380). Die Beweislastumkehr betrifft also hier – anders als im Falle des groben Behandlungsfehlers und des Befunderhebungsfehlers – nicht die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden, sondern das Vorliegen des Behandlungsfehlers an sich, der bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten ist.

Als typischer Fall eines sog. voll beherrschbaren Risikobereichs ist z.B. das Zurücklassen von Fremdkörpern wie Tupfern, Bauchtüchern, OP-Klemmen, Tamponresten, Mullkompressen oder dgl. im Operationsgebiet anzusehen, denn deren rechtzeitige Entnahme kann durch eine entsprechende Kennzeichnung, Markierung oder durch Zählen sichergestellt werden und ist damit voll beherrschbar (vgl. BGH, Urteil v. 18.12.10 – VI ZR 169/09, VersR 11,310). Ärztinnen und Ärzte können sich nur durch den (kaum zu erbringenden) Nachweis entlasten, dass alle Sicherheitsvorkehrungen eingehalten wurden. Gleiches gilt z. B. für die Kontrolle der ordnungsgemäßen Lagerung eines Tubus (vgl. OLG Oldenburg, Urteil v. 15.5.1090 – 5 U 43/89, VersR 11, 1139), die Bestrahlung mit einer erhöhten Röntgendosis (vgl. OLG München, Urteil v. 22.8.2013 – I U 3971/12, GesR 2013, 620) oder z.B. für den in der Praxis häufig zu beurteilenden Fall der ordnungsgemäßen Lagerung der Patienten während einer Operation (vgl. *zum Lagerungsschaden den Beitrag Gröne S. 83 ff.*). All diesen Fällen ist gemeinsam, dass objektiv eine Gefahr besteht, deren Quelle jeweils festgestellt und die deshalb mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann (BGH, Urteil v. 20.3.2007 – VI ZR 158/06, VersR 2007, 847; vgl. im Übrigen die Vielzahl der Fallbeispiele zum „voll beherrschbaren Risiko“ – auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann – bei Martis/Winkhart, *Arzthaftungsrecht*, 6. Auflage 2021, V 301 ff.).

Bezüglich der vorerwähnten Fallbeispiele wäre der Entlastungsbeweis der Ärztinnen und Ärzte erbracht, wenn es diesen gelungen ist zu beweisen, dass ein Fehler des Röntengerätes trotz der gebotenen Kontrolle nicht erkennbar war, dass der richtige Tubus gewählt und die Lage des Tubus in den gebotenen Zeitabständen kontrolliert wurde und – bezüglich des Lagerungsschadens – dass die Patienten technisch richtig, unter Beachtung der dabei zum Schutz vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden Regeln, gelagert

wurden, die Lagerung durch die operierenden Ärzte im gebotenen Umfang kontrolliert und ggf. – insbesondere bei länger andauernden Eingriffen – notwendige Umlagerungen oder sonstige notwendige Maßnahmen als zusätzlicher Schutz vor Fehllagerungen, wie z.B. ergänzende Abpolsterungen ergriffen wurden.

Falls nicht sicher ist, dass der Gefahrenkreis der verantwortlichen Ärzte für die Herbeiführung des Gesundheitsschaden ursächlich und hierfür auch der Verantwortungsbereich der Patienten oder von Dritten in Betracht kommt, greift die Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt des „voll beherrschbaren Risikos“ nicht.

So kommt z.B. die Fehlervermutung nicht zum Tragen, wenn bei Patienten eine vom Arzt im Voraus nicht zu erkennende, seltene Anomalie oder eine unbekanntete Prädisposition vorlag (vgl. z.B. OLG Koblenz, Urteil v. 22.10.2019 – 5 U 662/08, VersR 2010, 629; OLG Schleswig, Urteil v. 6.6.2003 – 4 U 70/02, NJW-RR 2004, 237). Hiervon kann z.B. im Falle eines Lagerungsschadens ausgegangen werden, wenn bei der Patientin eine Anomalie wie z.B. ein Engpass-Syndrom in Form einer Kompression im Bereich des oberen Thorax gegeben war, die sie für den Schaden einer Plexusparese auch bei einer fehlerfreien Lagerung des Arms anfällig gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.15 – VI ZR 60/94, VersR 15, 539).

Siehe zu obiger Thematik auch den Beitrag des Verfassers in: Der Gynäkologe 05/2021, Rubrik Medizinrecht.

Voll beherrschbare Risiken

Dr. jur. Hans-Willi Laumen

I. Einführung

Grundsätzlich haben die Patientin oder der Patient das Vorliegen eines Behandlungsfehlers zu beweisen. Steht allerdings fest, dass der Gesundheitsschaden aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren von der Behandlungsseite (Arzt oder Krankenhaus) voll beherrscht werden kann, wird das Vorliegen eines Behandlungsfehlers vermutet. Diese Beweislastumkehr ist ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelt worden und hat für den vertraglichen Bereich durch das Patientenrechtegesetz in § 630h Abs. 1 BGB ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden. Die Vorschrift lautet wie folgt:

„Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.“

Die Beweislastumkehr betrifft also in diesem Fall – anders als bei einem groben Behandlungsfehler oder bei einem Befunderhebungsfehler – nicht den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden, sondern den Behandlungsfehler selbst.

II. Voraussetzungen

Es muss zunächst feststehen, dass es sich um einen von der Behandlerseite voll beherrschbaren Bereich gehandelt hat, was zur Beweislast des Patienten gehört. Voll beherrschbare Risiken sind dadurch gekennzeichnet, dass sie durch den Klinik- oder Praxisbetrieb gesetzt werden und durch dessen ordnungsgemäße Gestaltung ausgeschlossen werden können und müssen. Sie sind abzugrenzen von den Gefahren, die aus den Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus bzw. den Besonderheiten des Eingriffs in diesen Organismus erwachsen und deshalb der Patientensphäre zuzurechnen sind. Denn die Vorgänge im lebenden Organismus können auch vom besten Arzt nicht immer so beherrscht werden, dass schon der ausbleibende Erfolg oder auch ein Fehlschlag auf eine fehlerhafte Behandlung hindeuten würden (vgl. BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, NJW-RR 2016, 1361, 1362). Zum Be-

reich des voll beherrschbaren Risikos zählen danach etwa der ordnungsgemäße Zustand eines verwendeten Tubus, die Funktionsfähigkeit eines eingesetzten Narkosegeräts, die Sterilität einer verabreichten Infusionsflüssigkeit, die Funktionsfähigkeit eines Infusionssystems, die vermeidbare Keimübertragung durch an der Behandlung beteiligte Personen sowie das Zurückbleiben von Fremdkörpern wie Tupfer, Bauchtüchern, OP-Klemmen, Tamponresten, Mullkompressen oder dgl. im Operationsgebiet, weil deren ordnungsgemäße Entnahme durch eine entsprechende Markierung, Kennzeichnung oder durch Zählen sichergestellt werden kann und damit voll beherrschbar ist. Allen diesen Umständen ist gemeinsam, dass objektiv eine Gefahr bestehen kann, deren Quelle jeweils festgestellt und deshalb beherrscht werden kann, sodass ein Gesundheitsschaden vermieden wird. Zu denken ist ferner an die richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch, wobei den dadurch verursachten Schäden ein eigener Abschnitt gewidmet werden soll (s. *Beitrag Gröne S. 83 ff.*). Dem Patienten obliegt darüber hinaus der Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen dem – vermuteten Behandlungsfehler – und dem eingetretenen Primärschaden. Auf diesen Umstand bezieht sich die Beweislastumkehr nämlich nicht (BGH, Urt. v. 1.2.14 – VI ZR 65/93, NJW 14, 1594, 1595; OLG Hamm, Beschl. v. 5.1.2011 – 3 U 64/10, MedR 2011, 240).

III. Die Widerlegung der Vermutung

Sind diese Voraussetzungen unstreitig oder bewiesen, wird der Behandlungsfehler der Behandlerseite vermutet. Es obliegt dann dem Arzt bzw. dem Krankenhaus, diese Vermutung durch den sog. Beweis des Gegenteils zu widerlegen. Insoweit ist der Nachweis zu erbringen, dass alle erforderlichen organisatorischen und technischen Vorkehrungen ergriffen worden sind, um das Risiko bzw. dessen Realisierung zu vermeiden (BGH, Urt. v. 28. 8. 2018 – VI ZR 509/17, VersR 2018, 1510, 1513 Rz. 31). Es liegt auf der Hand, dass dieser Beweis im Einzelfall nur sehr schwer zu erbringen ist, sodass es häufig bei der Haftung der Behandlerseite verbleibt. Zur Widerlegung ist etwa der Beweis geeignet, dass der Fehler des Röntgengeräts trotz der vorgenommenen Kontrolle nicht erkennbar gewesen ist oder dass der richtige Tubus gewählt und dessen Lage in

den gebotenen Zeitabständen kontrolliert worden ist. Der Behandlerseite steht ferner der Beweis offen, dass sich kein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, weil beim Patienten eine äußerst seltene und vorher nicht erkennbare Prädisposition vorgelegen hat

(vgl. BGH, Urt. v. 24. I. 15 – VI ZR 60/94, NJW 15, 1618, 1619 – seltene Prädisposition für eine Armplexusparesse; OLG Koblenz, Urt. v. 22. 10. 2009 – 5 U 662/08, NJW 2010, 1759 Rz. 14 – vom Patienten nicht offenbarte Armverletzung).

BEISPIELE AUS DER RECHTSPRECHUNG

Auch bei dieser Beweislastumkehr haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet:

1. Medizinische Geräte und Materialien:

Die Bestrahlung mit einer erhöhten Röntgendosis gehört zwar an sich zum voll beherrschbaren Bereich. Eine Anwendung der Beweislastumkehr scheidet jedoch aus, wenn alle möglichen Bedienungsfehler infolge der im beweiskräftigen Ereignisprotokoll objektiv festgehaltenen und gespeicherten Bedienungsdaten ausscheiden und ein technischer Gerätemangel nicht vorhersehbar bzw. erkennbar war, weil vor Inbetriebnahme die gebotene Überprüfung stattgefunden und das Gerät bis zum schädigenden Ereignis störungsfrei funktioniert hat.

OLG Jena, Urt. v. 12.7.2006 – 4 U 705/05, VersR 2007, 69; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 13.2.2007 – VI ZR 174/06, VersR 2007, 1416

Kommt es aufgrund einer übermäßig langen Verweildauer bei einer Infrarot-Bestrahlung zu Verbrennungen und Hautschädigungen, wird vermutet, dass dies auf einer unzureichenden Belehrung der Patientin oder des Patienten über die Funktionsweise des Geräts beruht.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.2.2003 – 7 U 173/01, MDR 2003, 1233

Kommt es zu einer unbemerkt gebliebenen Entkoppelung eines zentralvenös gelegten Infusionssystems, wird ein Verschulden des Arztes vermutet, weil dies zu einem voll beherrschbaren Bereich gehört.

BGH, Urt. v. 10.1.1984 – VI ZR 158/82, NJW 1984, 1400

Da einem Manometer bei der Operation in Blutleere eine erhebliche Bedeutung zukommt, muss durch technische Kontrollen gewährleistet sein, dass das Gerät, wenn es zum Einsatz kommt, funktionsfähig ist und fehlerfrei arbeitet. Kommt es bei der operativen Behandlung einer Dupuytrenschen Kontraktur durch überhöhten Manschettendruck zu einer Nervenläsion, wird das Verschulden der Behandlerseite vermutet.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.1984 – 8 U 66/82, VersR 1985, 744

Erleidet ein Patient einen Entblutungsschock, weil sich bei einer Blutwäsche aus ungeklärten Gründen die Schraubverbindung zwischen arterieller Zuleitung und Hämofiltrationspatrone gelöst hat, und führt dies letztlich zum Tod des Patienten, greift die Verschul-

densvermutung zu Lasten der Behandelnden ein, da dieser Risikobereich ausschließlich von ihnen beherrscht wird.

OLG Köln, Urt. v. 28.4.19 – 5 U 15/, VersR 2000, 974

Kommt es nach einer Operation unter Intubationsnarkose zu einem Herz-Kreislauf-Stillstand beim Patienten und ist der Anästhesist nicht in der Lage, die richtige Lage und die regelmäßige Kontrolle des Tubus zu beweisen, haftet er aufgrund vermuteten Verschuldens für den Tod des Patienten.

OLG Oldenburg, Urt. v. 15.5.10 – 5 U 43/89, NJW-RR 10, 1362

Der Krankenhausträger haftet aus vermutetem Verschulden, wenn ein sehr unruhiger Patient für den Transport in die Reha-Klinik in einen Leichtgewichtsrollstuhl gesetzt wird, der über keinen besonderen Kippschutz verfügt, und der Patient, als er längere Zeit allein gelassen wird, beim Versuch aufzustehen umkippt und eine Hirnblutung erleidet.

KG, Urt. v. 20.1.2005 – 20 U 401/01, VersR 2006, 1366, 1367

Voll beherrschbare Risiken

BEISPIELE AUS DER RECHTSPRECHUNG

2. Sturz im Krankenhaus oder im Pflegeheim

Stürzt eine Heimbewohnerin, die besonderer Fürsorge bedarf, bei einem begleiteten Toilettengang, muss die Heimleitung ihr vermutetes Verschulden widerlegen.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.1.2012 – 24 U 78/11, MDR 2012, 522, 523 – Beweis des Gegenteils nicht gelungen

Kommt es bei einem Patienten, der sich nach dem Duschen in einem Duschstuhl mit besonderer Kippgefahr befindet, zu einem Sturz, haftet das Krankenhaus aus vermutetem Verschulden, wenn die Pflegekraft den Patienten nicht ausdrücklich auf die Kipp- und Sturzgefahr hingewiesen hat.

BGH, Urt. v. 25.6.11 – VI ZR 230/90, NJW 11, 2960

Stürzt ein Patient trotz Begleitung einer Pflegekraft von einer weggrollenden Liege, die entweder nicht richtig arretiert oder nicht sichergestellt worden ist, begründet dies die Haftung wegen vermutetem Verschulden.

OLG Naumburg, Urt. v. 12.7.2012 – 1 U 43/12, NJW-RR 2013, 537, 538

Die Beweislastumkehr des § 630 h Abs. 1 BGB greift jedoch nicht ein, wenn sich der Sturz des Patienten oder des Heimbewohners nicht während einer Bewegungs-, Transport- oder sonstigen pflegerischen Maßnahme ereignet, an denen das Pflegepersonal unmittelbar beteiligt ist, sondern in sonstigen – unbegleiteten – Situationen. Es handelt sich dann nicht mehr um voll beherrschbare Bereiche, weil ein Patient nicht ständig fixiert oder dauernd beaufsichtigt werden kann (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 2. 3. 2006 – 8 U 163/04, GesR 2006, 214, 216).

3. Zurücklassen von Fremdkörpern im Operationsgebiet

Das Zurücklassen eines 45cm x 45 cm großen Bauchtuchs im Operationsgebiet ist dem voll beherrschbaren Bereich des Arztes bzw. der Klinik zuzuordnen mit der Folge, dass der Krankenhaus-träger bzw. die Ärzte die Darlegungs- und Beweislast dafür tragen, dass alle Sicherheitsvorkehrungen ergriffen worden sind.

OLG München, Urt. v. 22.8.2013 – 1 U 3971/12, GesR 2013, 620, 621 f.

Tritt längere Zeit nach einer Knieoperation ein dabei verwendeter 15 cm langer Kirschnerdraht aus dem Rücken des Patienten und steht fest, dass sich der Patient bislang keinen weiteren Operationen unterzogen hat, kommt auch dann eine Haftung des operierenden Arztes nach den Grundsätzen voll beherrschbarer Risiken in Betracht, wenn der Kirschnerdraht nicht im Operationsbereich zurückgelassen wurde. OLG Zweibrücken, Urt. v. 16.9.2008 – 5 U 3/07, NJW-RR 2009, 1110, 1111 Rz. 31

4. Infektionen

Infektionen gehören jedenfalls dann nicht zum Bereich des voll beherrschbaren Risikos, wenn die Infektionsquelle unklar geblieben ist. Es reicht nicht aus, dass der Patient die Behandlung ohne Infektion angetreten hat und nach der Behandlung infiziert war. Etwas anderes gilt nur dann, wenn feststeht, dass die Keimübertragung aus einem hygienisch voll beherrschbaren Bereich – etwa dem OP-Saal – hervorgegangen sein muss (vgl. OLG Köln, Urt. v. 4.7.2018 – 5 U 56/17, MedR 2019, 300, 303).

Ist bewiesen, dass eine Operationswunde durch einen Keimträger aus dem Operationsteam infiziert worden ist, muss das Krankenhaus beweisen, dass alle organisatorischen und technischen Vorkehrungen gegen von dem Operationspersonal ausgehende vermeidbare Keimübertragungen getroffen waren. BGH, Urt. v. 8.1.11 – VI ZR 102/90, NJW 11, 1541 – Haftung im Ergebnis verneint, weil Keimübertragung auch durch die gebotene hygienische Vorsorge nicht hätte verhindert werden können

Die Voraussetzungen einer Haftung aus dem Gesichtspunkt des voll beherrschbaren Risikos ist dagegen gegeben, wenn die Entstehung eines Spritzenabszess bei einer Patientin infolge einer Infektion durch eine als Keimträgerin feststehende Arzhelferin zurückzuführen ist.

BGH, Urt. v. 20.3.2007 – VI ZR 158/06, NJW 2007, 1682, 1683

Lagerungsschäden

Paul-Heinz Gröne

I. Einführung

Regelmäßig ist für fast jeden operativen Eingriff eine spezifische Lagerung vorzunehmen, damit der optimale Zugang zum Operationsgebiet sichergestellt ist. Bei anästhesierten oder bewusstlosen Patientinnen und Patienten, bei denen während der Anästhesie die physiologischen Schutzreflexe und der Muskeltonus zumeist ausgeschaltet sind, ist das Auftreten von Gesundheitsschäden oftmals die unbemerkt entstandene Folge einer fehlerhaften Lagerung. Unter den Begriff der sog. Lagerungsschäden fallen beispielsweise Schürfwunden, Druckstellen, Schädigungen der Nerven, der Weichteile, der Gelenke, der Gefäße und der Augen. Nachfolgend soll unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Rechtsprechung die Vielfalt der zu beachtenden Aspekte aufgezeigt werden, insbesondere welche Probleme bei einem operativen Eingriff im Zusammenhang mit der Lagerung der Patientin bzw. des Patienten auftreten können und welche rechtlichen Auswirkungen eine fehlerhafte Lagerung haben kann.

II. Verantwortung

Die technisch korrekte Lagerung der Patienten soll den Operateuren den bestmöglichen Zugang zum Operationsgebiet ermöglichen. Die Durchführung einer korrekten Lagerung ist komplex. Die prä-, intra- und postoperative Lagerung der Patienten auf dem Operationstisch und deren Überwachung ist eine gemeinsame Aufgabe der Anästhesisten und der operierenden Ärztinnen und Ärzte, aber auch des nach Anweisung der Behandelnden eingebundenen, für die Lagerung auch zuständigen Pflegepersonals.

Für die korrekte Lagerung tragen Anästhesisten und Operateure gemeinsam die Verantwortung. Hierfür ist aktuell noch maßgeblich die Vereinbarung des Berufsverbandes Deutscher Anästhesisten und des Berufsverbandes der Deutschen Chirurgen über die Verantwortung für die prä-, intra- und postoperative Lagerung der Patientinnen und Patienten (MedR 1983, 21f.).

Wird die Feststellung eines Behandlungsfehlers wegen einer nicht ordnungsgemäßen Lagerung begehrt, sollen deshalb stets neben den operierenden Ärzten auch

die Anästhesisten am Begutachtungsverfahren beteiligt werden.

Operateurinnen und Operateure entscheiden letztverbindlich über die intraoperative Lagerungstechnik, damit der optimale Zugang zum Operationsgebiet gewährleistet ist. Denn die Erfordernisse des operativen Vorgehens bestimmen die Art der Lagerung. Auch über intraoperativ notwendige **Lageveränderungen** entscheiden die Operateure. Es gehört ferner zu ihren Aufgaben, die Lagerung vor Operationsbeginn und während der Operation zu kontrollieren (BGH, Urt. v. 24.1.1982 – VI ZR 203/82; MedR 1985, 221 f.).

Anästhesistinnen und Anästhesisten sind zuständig für die Bereiche der Lagerung bei der Narkoseeinleitung, für die intraoperative Beibehaltung einer technisch richtigen, schadlosen Lageveränderung, sei sie planmäßig wie auch nicht beabsichtigt, die dem Sichtfeld des Operateurs entzogen ist (OLG Köln, Urt. v. 2.4.10 – 27 U 140/88, VersR 11, 695, 697), sowie für die Narkoseausleitung in der postoperativen Phase.

Die Anästhesisten haben die Operierenden auf besondere anästhesiologische Risiken und Gefahrenquellen hinzuweisen. Besteht bei ihnen in der konkreten Risikoabwägung keine Übereinstimmung, entscheiden die Operateure. Diese sind ärztlich und rechtlich dafür verantwortlich, dass Gründe des operativen Vorgehens die erhöhten Risiken der von ihnen gewünschten Lagerung rechtfertigen.

III. Haftung für Lagerungsschäden

Wie bereits erwähnt, sind die von der Lagerung ausgehenden Risiken grundsätzlich dem **voll beherrschbaren Bereich** der Behandlungsseite zuzuordnen, so dass bei Vorliegen eines durch die Lagerung verursachten Gesundheitsschadens, was zur Beweislast des operierten Patienten steht, eine Pflichtverletzung (= Behandlungsfehler) der Arztseite vermutet wird (§ 630h Abs. 1 BGB, s. *Beitrag Laumen, S. 80 ff.*). Im Streitfall obliegt es deshalb der Arztseite, diese Vermutung durch den Beweis zu widerlegen, dass die Patientin bzw. der Patient zur Vermeidung von Lagerungsschäden sorgfältig und richtig auf dem Operationstisch gelagert

Lagerungsschäden

wurde und die korrekte Lagerung auch intraoperativ gewährleistet war, dass also alle erforderlichen organisatorischen und technischen Vorkehrungen ergriffen worden sind, um den Eintritt des Risikos zu vermeiden (BGH, Urt. v. 28.8.2018 – VI ZR 509/17, VersR 2018, 1510, 1513 Rz. 31).

IV. Lagerungsstandards

Dieser Beweis ist geführt, wenn die im konkreten Fall geltenden Lagerungsstandards, die sich nach den Umständen des Einzelfalls richten, gewahrt waren. In der Praxis haben sich bestimmte Verfahren ausgebildet, die sich bewährt haben und medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen. Um das Auftreten lagerungsbedingter Komplikationen zu vermeiden, sind im Übrigen klare Handlungsanweisungen mit interprofessionellen Absprachen zwischen den an der Operation mitwirkenden Beteiligten hilfreich. Insoweit haben große Krankenhäuser häufig verbindliche Handlungsanweisungen entwickelt und feste Lagerungsstandards (Standard Operation Procedures - SOP's -) mit schriftlichen und bildlichen Anweisungen definiert, wie Patientinnen und Patienten für einen bestimmten Eingriff zu lagern sind. Aber selbst, wenn deren konkrete sachgerechte Anwendung sichergestellt ist, entbinden sie die Arztseite im Einzelfall nicht von dem Nachweis, alle beherrschbaren Maßnahmen zur Vermeidung oder Verringerung von Lagerschäden ergriffen zu haben (vgl. BGH, Urt. v. 24.1.1984 a.a.O.).

V. Lagerungsschaden und Behandlungsfehler

a) Selbstbestimmungs-(Risiko-)aufklärung

Auch wenn die unterbliebene oder unzureichende Aufklärung, soweit nicht die Sicherheitsaufklärung in Rede steht, selbst nicht als Behandlungsfehler zu beurteilen ist, so ist auf eine entsprechende Rüge das Vorliegen der ordnungsgemäßen Aufklärung neben und unabhängig von dem Behandlungsfehlervorwurf zu beurteilen.

Die Operation als Teil der medizinischen Behandlung bedarf der Einwilligung des Patienten, die wiederum nur wirksam ist, wenn sie von einer präoperativen

ordnungsgemäßen Aufklärung getragen ist (s. *Beitrag Laumen*, S. 64 ff.). Im Allgemeinen wird die Lagerung nicht gesondert thematisiert, eben weil es sich um den voll beherrschbaren Risikobereich handelt, sodass dadurch verursachte Schäden vermieden werden können und im Regelfall auch vermieden werden. Dass durch fehlerhafte Lagerung Schäden entstehen können, ist nicht Gegenstand einer Aufklärung. Soweit allerdings die Lagerung mit einem spezifischen Risiko verbunden ist, etwa wegen bekannter oder möglicher Prädispositionen, ist die Patientin oder der Patient ausdrücklich über die besonderen Risikoquellen und sich möglicherweise verwirklichende Schäden aufzuklären. Die präoperative anästhesiologische Visite soll potentielle Gefahren und Risiken erkennen. Risikoquellen sollten in der Dokumentation der Aufklärung notiert werden. Allerdings können sich bezüglich der Aufklärung Operateure und Anästhesisten im Rahmen der Arbeitsteilung wechselseitig darauf verlassen, dass die Patientin bzw. der Patient von der jeweiligen Fachrichtung betreffend aufgeklärt worden ist (OLG Naumburg, Urt. v. 14.9.2004 – I U 97/03 VersR, 1401 ff.).

b) Dokumentation

Bei der rechtlichen Beurteilung des angeführten Lagerungsschadens ist festzustellen, inwieweit die in Anspruch genommenen Antragsgegnerseite ihrer **Dokumentationspflicht** in dem Narkose- oder in dem Operationsprotokoll nachgekommen ist. Nicht notierte, aber dokumentationspflichtige Maßnahmen gelten als nicht durchgeführt (s. *Ausführungen Rosenberger*, S. 50 ff.).

Der Umfang der Dokumentationspflicht ist in § 630f Abs. 2 BGB niedergelegt. Danach sind die für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen aufzuzeichnen. Zum Umfang der Dokumentationspflicht hat der BGH in der vorstehenden grundlegenden Entscheidung schon im Jahr 1984 festgestellt, dass nicht detailliert aufzuzeichnen sei, wie die Patientin oder der Patient „in concreto“ gelagert wird. Daran hat sich nach der Kodifizierung im Patientenrechte-Gesetz nichts geändert. Allerdings sind auch zur Vermeidung von Beweismängeln im Hinblick auf die Vermutungsregelung in § 630h Abs. 3 BGB die grundlegenden Maßnahmen aufzuzeichnen. Die gängigsten Lagerungen sind weitgehend standardisiert, was die Umsetzung erleichtert. Die Standardlagerung ist als solche zu dokumentieren; hier reichen

Abkürzungen, Schlagworte, Stichworte oder Symbole in der OP-Dokumentation (BGH, Urt. v. 24.1.1984 a. a. O.; OLG Hamm, Beschl. v. 5.1.2011 - I 3 U 64/10, MedR 2011, 240, 241). Steht die Art der Lagerung der Patientin oder des Patienten während der Operation allgemein fest, braucht diese nicht jedes Mal schriftlich fixiert zu sein. Die Dokumentation von Routinemaßnahmen wie beispielsweise die regelmäßigen Lagerungskontrollen (Lagerungskontrolle des Infusionsarmes während der Operation; Lagerungskontrollen bei Positionsänderung des Operationstisches, Lagerungskontrollen bei mehrstündiger Operation) ist für die verantwortliche Arztseite nicht verpflichtend (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 13.5.2015, I-5 U 166/14; GesR 2015, 725, 727). Abweichungen von der Standardlagerung (beispielsweise zusätzliche Polsterungen des Kopfes, des Shuntarms, Lagerungsformen, bei denen sich die Beine unter dem Herzniveau befinden) sind dokumentarisch festzuhal-

ten und zu begründen; dies auch, wenn es während der Operation zu nicht ganz unbedeutenden Korrekturen kommt. Prädispositionen für Lagerungsschäden sollten ebenfalls dokumentarisch festgehalten werden. Hier sind als relevante Risikofaktoren die Dauer der Operation und der Allgemeinzustand der Patientin oder des Patienten zu notieren.

VI. Die Widerlegung der Vermutung des § 630h Abs. 1 BGB

Zur Widerlegung der Vermutung eines Behandlungsfehlers muss die Arztseite nachweisen, dass die Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch dem medizinischen Standard entsprach und sämtliche Sicherungsmaßnahmen getroffen wurden (OLG Hamm, Urt. v. 20.5.2011 - 26 U 23/10; GesR 2011, 475, 476).

Beispiele für die Widerlegung der Vermutung eines Behandlungsfehlers

Bringt die Patientin oder der Patient mit einer selten vorkommenden Prädisposition einen Risikofaktor in das Operationsgeschehen ein, so handelt es sich um einen Gefahrenbereich, der ärztlicherseits nicht mehr uneingeschränkt beherrscht werden kann.

BGH, Urt. v. 24.01.15 - VI ZR 60/94, MedR 15, 365, 366

Für die Anwendung des Ausnahmeprinzips der Beweislastumkehr ist kein Raum, wenn die Patientin oder der Patient eine nicht erkennbare körperliche Anomalie mitbringt, die diese für den eingetretenen Schaden anfällig machen.

OLG Thüringen, Urt. v. 28.3.2007 - 4 U 1030/04; GesR 2007, 404, 407

Auch die weitergehende intraoperative Kontrolle der nach medizinischem Standard fehlerfrei unter einer sterilen Abdeckung gelagerten Patienten gehört nicht zu dem beherrschbaren Gefahrenbereich. Dass es während der Operation zu minimalen, nicht vermeidbaren Verlagerungen der Beine und damit zu Druckstellen kommt, ist der Arztseite dann nicht anzulasten.

OLG Hamm, Urt. v. 20.5.2011 - 26 U 23/10; GesR 2011, 475 f.

Ein Beweislastumkehr ist auch nicht gerechtfertigt bei der Lagerung oder Fixierung des Kopfes auf einem Kopfring mit Gelkissen während einer langanhaltenden Operation, bei der der Kopf unter sterilen Operationstüchern verborgen ist.

OLG Köln Urt. v. 25.2.2013 5 U 152/12; MedR 2014, 3, 400

Steht die Art der Lagerung der Patientin oder des Patienten während der Operation allgemein fest, ergibt sich die technische Durchführung der Lagerung aus den allgemein anerkannten, dabei einzuhaltenden medizinischen Regelungen. Die Behandlerseite genügt ihrer Darlegungs- und Beweislast, wenn sie nachweist, dass die Patientin oder der Patient wie auch sonst üblich pflegeseits in die richtige Position gebracht worden ist, ohne dass es Anzeichen gibt, die auf Abweichung von dem aus ärztlicher Sicht Gebotenen hindeuten und im Allgemeinen beurteilt werden kann, dass alles in Ordnung ist.

BGH, Urt. v. 24.1.14 a. a. O.

VII. Lagerung im Krankenbett nach der Operation

Im Weiteren kommen Gesundheitsschäden auch während der nachoperativen stationären Behandlung im Krankenbett vor, die über die Lage im Krankenbett hinaus im weiteren Sinne auch eine Lagerung i.S. einer Ruhigstellung des operierten Körperteils betreffen. Soweit die entlastenden Fixierungen oder Ruhigstellungen operierter Körperteile in der Akutphase durch Spezialverbände, Gips, vorgefertigte und funktionelle Schienen, verschiedener Apparate erfolgen und hierbei Gesundheitsschäden auftreten, handelt es sich nicht um die typischen Lagerungsschäden im engeren Sinne. Auch insoweit trifft die Behandlerseite die Darlegungs- und Beweislast für eine sachgerechte dem medizinischen Standard entsprechende Lagerung bzw. Ruhigstellung (OLG Oldenburg, Urt. v. 2.8.14 – 5 U 64/94; VersR 15, 1194 f.). Auf der Normalstation sind die Ärztinnen und Ärzte für die sachgerechte Behandlung der Patienten verantwortlich; ebenso auf der Intensivstation die dortigen Ärztinnen und Ärzte, hier in besonderem Maße, weil die oftmals sedierten Patienten nicht mitwirken können.

VIII. Beweislast der Patientinnen und Patienten für die Kausalität der Pflichtverletzung für den Gesundheitsschaden

Steht fest, dass der Schaden aufgrund der Lagerung eingetreten ist und es scheiden andere Ursachen mit praktischer Gewissheit aus, so wird vermutet, dass die Lagerung nicht sachgerecht, also vorwerfbar fehlerhaft erfolgt ist. Hat die Antragsgegnerseite diese Vermutung nicht widerlegt, so obliegt im Weiteren den Patientinnen und Patienten der Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen dem – vermuteten Behandlungsfehler – und dem eingetretenen Primärschaden. Auf diesen Umstand bezieht sich die Beweislastumkehr des § 630 h Abs. 1 BGB gerade nicht (BGH, Urt. v. 1.2.14 – VI ZR 65/93, NJW 14, 1594, 1595).

Der Anscheinsbeweis

Dr. jur. Hans-Willi Laumen

I. Einführung

Bei der Beweisführung von Patientinnen und Patienten kann ein sog. Anscheinsbeweis zu einer erheblichen Beweiserleichterung führen, und zwar entweder für das ärztliche Verschulden oder für den Ursachenzusammenhang zwischen einem festgestellten Behandlungsfehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden. Der Anscheinsbeweis ist kein Beweismittel, sondern die konsequente Anwendung von Erfahrungssätzen bei der Überzeugungsbildung. Entwickelt worden ist er von der Rechtsprechung und kann inzwischen als Gewohnheitsrecht gelten. Man kennt ihn vor allem aus dem Straßenverkehrsrecht („Wer auffährt, hat Schuld, weil der Auffahrende entweder keinen ausreichenden Sicherheitsabstand eingehalten hat oder zu schnell gefahren ist oder auf eine Geschwindigkeitsreduzierung des Vorausfahrenden zu spät reagiert hat“). Es wird also vom Üblichen und Normalen auf den Einzelfall geschlossen nach dem Motto: „Weil es meistens so ist, wird es wohl auch jetzt so sein.“

II. Voraussetzungen

Voraussetzung für das Eingreifen eines Anscheinsbeweises ist nach der ständigen Rechtsprechung das Vorliegen eines sog. **typischen Geschehensablaufs**. Es muss ein Tatbestand feststehen oder bewiesen werden, der nach der Lebenserfahrung typischerweise auf eine bestimmte Ursache für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hindeutet (BGH, Urt. v. 5.6.2005 – VIII ZR 283/05, NJW 2006, 2262, 2263). Der Anscheinsbeweis beruht damit letztlich auf einem Erfahrungssatz, der eine Schlussfolgerung aus tatsächlichen, sich öfter wiederholenden Ereignissen sein muss. Im Bereich der Arzthaftung greift er danach ein, wenn Ärztinnen und Ärzten ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, der erfahrungsgemäß typischerweise den eingetretenen Gesundheitsschaden zur Folge hat, oder wenn die medizinische Behandlung zu einem Schaden geführt hat, der nach den Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft typischerweise auf einem ärztlichen Behandlungsfehler beruht. Da die Reaktionen des menschlichen Körpers auf die Gabe von Medikamenten oder auf operative Eingriffe kaum jemals sicher vorhersehbar sind und zudem die Behandlungsbedingungen und der

Behandlungsverlauf sehr unterschiedlich sein können, fehlt es für die Anwendung des Anscheinsbeweises im Arzthaftungsrecht allerdings vielfach an der erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs.

III. Der Gegenbeweis

Sind die Voraussetzungen des Anscheinsbeweises unstrittig oder bewiesen, obliegt es der Behandlerseite, die durch den Anscheinsbeweis begründete, vorläufige Überzeugung des Gerichts durch die Führung des **Gegenbeweises** zu erschüttern. Es müssen dafür Tatsachen vorgetragen und ggf. bewiesen werden, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines von der Lebenserfahrung abweichenden Geschehensablaufs ergibt (BGH, Urt. v. 16.3.2010 – VI ZR 64/89, NJW-RR 2010, 1331, 1332 Rz. 17). Erforderlich ist also, dass erhebliche Zweifel am Vorliegen des vermuteten Geschehensablaufs geweckt werden. Die lediglich vage Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs reicht dagegen nicht aus, um den Anscheinsbeweis zu erschüttern. Es ist gerade kennzeichnend für den Anscheinsbeweis, dass es – abstrakt gesehen – auch anders gewesen sein kann als der typische Geschehensablauf vermuten lässt.

IV. Beispiele aus der Rechtsprechung

1. Infektionen

Relevant geworden ist der Anscheinsbeweis vielfach in Infektionsfällen. Die Rechtsprechung trägt dabei allerdings dem Umstand Rechnung, dass eine absolute Keimfreiheit im Operationssaal nicht erreichbar ist. Keimübertragungen, die trotz der Einhaltung der gebotenen hygienischen Vorkehrungen auftreten, gehören deshalb grundsätzlich zum Risikobereich der Patientinnen und Patienten und lassen keinen Rückschluss auf ein fehlerhaftes ärztliches Vorgehen oder einen Verstoß gegen Hygienevorschriften zu. Die Haftung von Ärztinnen und Ärzten oder des Krankenhausträgers setzt deshalb das Vorliegen und die entsprechende Darlegung von Umständen voraus, aus denen der Schluss gezogen werden kann, dass Patienten einer Infektionsgefahr ausgesetzt worden sind, die das Maß des Unvermeidlichen erheblich überschritten hat.

Beispiele aus der Rechtsprechung

1. Infektionen

War ein Immunglobulinpräparat mit einem Hepatitis C-Virus infiziert, kann im Wege des Anscheinsbeweises davon ausgegangen werden, dass die Hepatitis C-Infektion eines Patienten durch dieses Präparat verursacht worden ist. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn zwischen der Verabreichung des infizierten Präparats und dem Ausbruch der Hepatitis ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht.

OLG Celle, Urt. v. 12.6.16 – 9 U 204/95, NJW-RR 17, 1456, 1457

Die HIV-Infektion des Empfängers eines kontaminierten Blutprodukts ist dem ersten Anschein nach auf die Transfusion zurückzuführen, wenn der Infizierte weder einer Risikogruppe angehörte noch nach der Art seiner Lebensführung einer gesteigerten Infektionsgefahr ausgesetzt war. Ist auch der Ehepartner des Empfängers an AIDS erkrankt und liegen bei ihm die gleichen Voraussetzungen vor, erstreckt sich der Anscheinsbeweis auch darauf, dass dieser sich beim Empfänger angesteckt hat (BGH v. 14. 5. 2005 – VI ZR 179/04, BGHZ 163, 209, 213 = NJW 2005, 2614, 2615). Der Anscheinsbeweis scheidet jedoch aus, wenn nicht feststeht, dass die verabreichten Blutspenden von einem infizierten Blutspender stammen. BGH, Urt. v. 17. 1 2012 – VI ZR 336/10, NJW 2012, 684, 685

2. Injektionen

Des Weiteren kann der Anscheinsbeweis bei Gesundheitsschäden nach Injektionen in Betracht kommen:

Punktiert ein Arzt ohne zwingende Indikation ein Kniegelenk, obwohl aufgrund einer eitrigen Wunde am Ellenbogen des Patienten die Gefahr besteht, dass es zu einer exogenen Keimverlagerung von der eitrigen Wunde in das vom Einstich betroffene Kniegelenk kommt und verwirklicht sich diese Gefahr bereits zwei Tage später, besteht ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und der Entzündung.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.7.10 – 8 U 270/88, VersR 11, 1136 f.

Wird 13 Stunden nach einem Bruch des Sprunggelenks in die Schwellung hinein injiziert, so ist diese Injektion dem ersten Anschein nach ursächlich für eine kurz danach entstehende Entzündung an der gleichen Stelle.

OLG Hamm, Urt. v. 4.5.1987 – 3 U 323/86, VersR 1988, 807, 808 – Revision vom BGH nicht angenommen

Das Auftreten einer Lähmung sofort nach einer Injektion oder einer ausgedehnten Gewebenekrose nach der Injektion eines toxischen Medikaments spricht jeweils dem ersten Anschein nach für ein Verschulden des Arztes.

BGH, Urt. v. 17.10.1961 – VI ZR 253/60, VersR 1961, 1118, 119

OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.11.1983 – 8 U 159/81, VersR 1984, 241 f.

Treten nach der Injektion eines Antirheumatikums in den Gesäßmuskel sofort erhebliche Schmerzen und Läh-

mungen auf, beweist dies dem ersten Anschein nach eine falsche Spritztechnik des Arztes.

LG Ravensburg, Urt. v. 28.12.1987 – 2 O 259/87, VersR 1988, 1076

Da das Auftreten eines Gelenkempyems als typische Komplikation einer intraartikulären Injektion anzusehen ist, besteht ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen diesem Eingriff und dem kurz danach eingetretenen Tod des Patienten, wenn Anhaltspunkte für eine anderen Ursache des Empyems (und der darauf beruhenden Septikämie) fehlen.

BGH, Urt. v. 14.2.1989 – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534

Ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen einer falschen Injektionstechnik und dem Gesundheitsschaden greift ferner ein

- beim Entstehen einer Gewebenekrose nach einer Injektion mit einer falschen Stichrichtung,

OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.11.1983 – 8 U 159/81, VersR 1984, 241 f.

- bei einer Lähmung des Ischiasnervs nach der Wahl eines falschen Injektionsortes,

OLG Bremen, Urt. v. 20.9.1989 – 1 U 26/88, VersR 10, 1151

- bei einer aseptischen Gewebenekrose nach einer fehlerhaften Injektion von Antirheumatika in die Gefäßmuskulatur

OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.5.1986 – 8 U 145/85, VersR 1988, 38,

- oder beim Entstehen einer sog. Spritzenlähmung nach einer von einer Schwesterhelferin fehlerhaft gesetzten intramuskulären Injektion.

BGH, Urt. v. 8.5.1979 – VI ZR 58/78, NJW 1979, 1935

3. Einzelfälle:

Weitere Einzelfälle, die keiner Fallgruppe zugeordnet werden können:

Verabreicht der Arzt ein neues, erst im Laufe der Behandlung zugelassenes Medikament (hier: gegen Epilepsie) und kommt es kurze Zeit später zu irreparablen Augenschäden bei dem Patienten, spricht ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen der Verabreichung des Medikaments und dem eingetretenen Schaden, wenn das Medikament generell geeignet ist, solche Schäden herbeizuführen.

BGH, Urt. v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1, 6 = NJW 2007, 2767

Die Einführung des Beatmungstubus in die Trachea ohne genügende Narkosetiefe ist typischerweise geeignet, einen Bronchospasmus (Krampf der Muskulatur der Luftröhrenäste) auszulösen. Bei Eintritt einer solchen Komplikation spricht der Anscheinsbeweis für einen Fehler des Narkosearztes.

OLG Köln, Urt. v. 3. 2.1986 – 7 U 183/84, VersR 1987, 1020, 1021

War das Geruchsvermögen eines Patienten vor einer Operation vorhanden und ist danach verloren gegangen, so spricht dies dem ersten Anschein nach für einen Behandlungsfehler des Operateurs, wenn die Operation (hier: Nasenscheidewandbegradigung) geeignet war, einen solchen Schaden zu verursachen.

OLG Köln, Urt. v. 17.2.13 – 27 U 42/92, NJW-RR 13, 919 f.

Entsteht bei einem Patienten nach einer Intubationsnarkose ein apallisches Syndrom, so spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Anästhesist nicht für eine ausreichende postoperative Beatmung des Patienten Sorge getragen hat.

OLG Köln, Urt. v. 30.10.11 – 27 U 183/84, VersR 12, 1475

Tritt nach einer Regionalanästhesie des Plexus lumbalis im Bereich des fünften Lumbalsegments eine passagere Parese beider Beine auf, beruht dies dem ersten Anschein nach auf einer fehlerhaften Kanalführung.

Fall der Kommission

Wenn vier Monate nach Durchführung einer Rektoskopie ein vier Zentimeter durchmessendes, bereits in der Leber metastasiertes Rektumkarzinom acht Zentimeter ab ano nachgewiesen wird, ist im Wege des Anscheinsbeweises davon auszugehen, dass die Erstuntersuchung sorgfaltswidrig durchgeführt worden ist.

Fall der Kommission

Wird bei einer Weisheitszahnextraktion der Nervus lingualis durch ein rotierendes Instrument durchtrennt, lässt dies dem ersten Anschein nach den Schluss auf einen Behandlungsfehler des operierenden Arztes zu.

OLG Stuttgart, Urt. v.10.11.18 – 14 U 34/98, NJW-RR 19, 752 f.

4. Zurücklassen von Fremdkörpern

Früher ist auch bei einem Zurücklassen von Fremdkörpern in der Operationswunde regelmäßig von einem Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers ausgegangen worden (vgl. etwa OLG Köln, Urt. v. 13.12.1989 – 27 U 2/89, VersR 10, 1244 – Zurücklassen von Drainage nach Episiotomie).

Diese Fälle werden heute eher dem voll beherrschbaren Risikobereich von Ärztinnen und Ärzten bzw. der Klinik zuzuordnen sein mit der Folge einer Umkehr der objektiven Beweislast bezüglich des Sorgfaltsverstoßes.

Die Beweisvereitelung

Dr. jur. Hans-Willi Laumen

I. Einführung

Eine Beweiserleichterung kann sich für Patientinnen und Patienten auch aufgrund der Grundsätze über die Beweisvereitelung ergeben. Hierunter wird allgemein ein Verhalten verstanden, durch das eine Partei dem beweisbelasteten Gegner die Beweisführung schuldhaft unmöglich macht oder erschwert, indem sie vorhandene Beweismittel vernichtet, vorenthält oder ihre Benutzung erschwert (BGH, Urt. v. 25.6.17 – VIII ZR 300/96, NJW 17, 3311, 3312). Wichtig ist dabei, dass für denjenigen, der ein Beweismittel vernichtet oder vernichten lässt, erkennbar ist, dass es später bei einer Auseinandersetzung beweisrechtliche Bedeutung bekommen kann (BGH, Urt. v. 1.2.14 – VI ZR 65/93, NJW 14, 1594, 1595).

II. Rechtsfolge

Liegt eine derartige Beweisvereitelung vor, kann als Rechtsfolge der von den Patientinnen und Patienten zu führendem Beweis eines Behandlungsfehlers auch ohne eine Beweiserhebung als geführt angesehen werden, indem entsprechende Behauptungen der Patienten als richtig unterstellt werden. Zu denken ist etwa daran, dass diese bei einer Klage im Zusammenhang mit einer Operation zur Entfernung von Gallensteinen behaupten, der Operateur habe einen bei einer späteren Operation festgestellten weiteren Gallenstein übersehen, obwohl dieser Stein auf den während der

Operation gefertigten Röntgenaufnahmen ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Sieht sich das verklagte Krankenhaus nicht in der Lage, die Röntgenaufnahmen vorzulegen, weil sie nicht mehr auffindbar sind, so kann die Behauptung der betroffenen Patienten, der Gallenstein sei auf den Röntgenaufnahmen ohne Weiteres erkennbar gewesen, als richtig unterstellt werden, sodass seine Klage Erfolg hat (BGH, Urt. v. 21.11.15 – VI ZR 341/94, NJW 16, 779, 781); nach Einführung des § 630 h Abs. 3 BGB liegt es nahe, den Fall über diese Vorschrift zu lösen, indem vermutet wird, dass der übersehene Gallenstein auf der Röntgenaufnahme erkennbar ist.

III. Beweisvereitelung durch den Patienten

Umgekehrt können sich im Übrigen auch Patientinnen und Patienten einer Beweisvereitelung schuldig machen, sodass es zu einer Beweiserleichterung bei der Verteidigung des Arztes oder der Ärztin kommen kann. Zu denken ist etwa an einen Fall, in dem der Patient Krankenhauspersonal, das der Arzt als Zeuge für einen entlastenden Umstand benannt hat, oder einen nachbehandelnden Arzt, der zur Entlastung des in Anspruch genommenen Arztes beitragen könnte, nicht von einer bestehenden Schweigepflicht entbindet (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 19.9.1979 – 17 U 159/75, NJW 1980, 2758).

Beispiele aus der Rechtsprechung

Rechtsfolge:

Als Folge einer bei einem Kind angewandten Intubationsnarkose kommt es zu einer Schädigung des Zentralnervensystems. Der in Anspruch genommene Arzt hat den möglicherweise dafür verantwortlichen fehlerhaften Tubus weggeworfen.

BGH, Urt. v. 24. 6.1975 – VI ZR 72/74, NJW 1975, 2245, 2246

Der Patient behauptet, es sei ihm eine ungeeignete Hüftprothese eingesetzt worden. Nach einer Revisionsoperation wird die ausgetauschte Hüftprothese entsorgt, sodass eine Aufklärung des Behandlungsfehlervorwurfs nicht mehr möglich ist.

(Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 26.2.2013 – 5U 1474/12, VersR 2014, 251)

D. Anhang

Verfahrensordnung der Gutachterkommission

Hinweise zur Gutachtenerstattung

Rahmenverfahrensordnung der Gutachterkommissionen
und Schlichtungsstellen der deutschen Ärztekammern

Sachregister

Verfahrensordnung der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein

(Inkrafttreten: 01.12.2020)

§ 1 Errichtung der Gutachterkommission

Die Ärztekammer Nordrhein hat eine Kommission zur Begutachtung von Vorwürfen ärztlicher Behandlungsfehler errichtet. Diese führt die Bezeichnung „Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein“.

§ 2 Aufgabe und Zielsetzung

Aufgabe der Gutachterkommission ist es, eine zeitnahe, unabhängige und neutrale Begutachtung einer ärztlich verantworteten Behandlung durchzuführen und aufgrund eines behaupteten Gesundheitsschadens eine unverbindliche Bewertung der Haftungsfrage dem Grunde nach abzugeben. Ziel ist die Förderung einer einvernehmlichen außergerichtlichen Streitbeilegung.

§ 3 Unabhängigkeit

Die Mitglieder der Gutachterkommission sind bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig und an Weisungen nicht gebunden. Sie sind allein ihrem Gewissen und ihrer fachlichen Überzeugung verantwortlich.

§ 4 Zusammensetzung, Ehrenamt

(1) Mitglieder der Gutachterkommission sind Ärztinnen und Ärzte mit abgeschlossener Facharztweiterbildung sowie Juristinnen und Juristen mit Befähigung zum Richteramt. Sie verfügen über die erforderliche berufliche Erfahrung und werden berufen. Wer dem Vorstand der Ärztekammer angehört oder als Angestellter für die Ärztekammer Nordrhein oder die Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein tätig ist, darf nicht Mitglied der Gutachterkommission sein; Tätigkeiten in anderen mit Unabhängigkeit ausgestatteten Ehrenämtern (z.B. einer Ethikkommission) stehen einer Berufung nicht entgegen.

(2) Die Mitglieder werden vom Vorstand der Ärztekammer auf die Dauer einer Amtsperiode von fünf Jahren berufen. Ersatzberufungen nach Ausscheiden eines Mitgliedes und Neuberufungen werden für die laufende Amtsperiode ausgesprochen.

(3) Vorsitzende/r ist eine Juristin oder ein Jurist mit Befähigung zum Richteramt. Für sie oder ihn ist mindestens eine Vertretung zu bestellen. Die juristischen Mitglieder sollen über langjährige Erfahrung im Richteramt verfügen.

(4) Die ärztlichen Mitglieder sollen über langjährige Erfahrung in ihrem Beruf verfügen und mit dem Gutachterwesen vertraut sein.

(5) Das Amt als Mitglied der Gutachterkommission ist ein Ehrenamt. Die Mitglieder der Gutachterkommission erhalten bei ihrer Tätigkeit Reisekosten und Sitzungsgeld sowie eine Aufwandsentschädigung nach der Entschädigungsordnung der Ärztekammer Nordrhein in der jeweils geltenden Fassung.

§ 5 Vorsitz, Geschäftsführendes Kommissionsmitglied

(1) Die oder der Vorsitzende wahrt den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens der Gutachterkommission. Sie/er ist befugt, der Geschäftsstelle fachliche Weisungen zu erteilen.

(2) In Verfahrensfragen und juristischen Fragen der Auslegung des Statuts entscheidet die oder der Vorsitzende.

(3) Zur Bearbeitung der ärztlich-medizinischen Fragen, die sich aus den Anträgen ergeben, überträgt der Vorstand der Ärztekammer einem ärztlichen Mitglied der Kommission die Geschäftsführung (Geschäftsführendes Kommissionsmitglied). Für dieses ist mindestens eine Vertretung zu bestellen.

(4) Das Geschäftsführende Kommissionsmitglied entscheidet, welchem ärztlichen Mitglied die Bearbeitung des Antrags übertragen wird, sofern es diese nicht selbst übernimmt. Zur Bearbeitung des Antrags gehören die Einholung von Stellungnahmen der Beteiligten und von Gutachten sowie die Erörterung des Sachverhaltes mit weiteren Mitgliedern der Gutachterkommission.

§ 6 Verfahrensbeteiligte, Antragsberechtigung

(1) Berechtig, den das Verfahren einleitenden Antrag zu stellen, sind
a) die Patientin oder der Patient, die/der das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und einen dadurch verursachten Gesundheitsschaden vermutet, im Falle ihres/seines Todes die Erben, und
b) die/der in Anspruch genommene Ärztin/Arzt.

(2) Beteiligte und zu Verfahrensanträgen berechtigt sind ferner
a) die Behandlungseinrichtung (z.B. Krankenhaus, Medizinisches Versorgungszentrum, sonstige ärztlich geleitete Einrichtung), für welche die Ärztin/der Arzt tätig geworden ist;
b) die Haftpflichtversicherung der Ärztin/des Arztes oder der Behandlungseinrichtung, für welche die Ärztin oder der Arzt tätig geworden ist.

(3) Die Beteiligten können sich vertreten lassen.

§ 7 Verfahrensvoraussetzungen, Verfahrenshindernisse

(1) Das Verfahren findet auf Antrag nach Zustimmung aller Beteiligten statt. Die Zustimmung kann nur mit Einverständnis der anderen Beteiligten zurückgenommen werden. Die Rücknahme der Zustimmung eines Verfahrensbeteiligten ist gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten in geeigneter Weise zu begründen. Wenn begründete Aussicht für eine Förderung der Streitbeilegung entsprechend dem Ziel des Verfahrens (§ 2) besteht, kann die Gutachterkommission nach pflichtgemäßem Ermessen das Verfahren auch durchführen, wenn in Anspruch genommene Beteiligte nicht zustimmen und die Behandlungsdokumentation vorliegt.

- (2) Die Gutachterkommission nimmt kein Verfahren auf,
- solange ein Zivilprozess wegen des zur Begutachtung gestellten Sachverhaltes anhängig ist und nicht gemäß §§ 251, 278 der Zivilprozessordnung ruht,
 - wenn ein Zivilgericht bereits rechtskräftig über den zur Begutachtung gestellten Sachverhalt entschieden hat oder wenn der Streitgegenstand durch gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich erledigt wurde,
 - solange ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren oder ein strafgerichtliches Verfahren wegen derselben Tatsachen anhängig ist.

(3) Wenn der behauptete Behandlungsfehler bei Antragstellung länger als 5 Jahre zurückliegt, kann die Gutachterkommission das Verfahren unabhängig vom Zeitpunkt der Kenntnis des Antragstellers ablehnen.

(4) Tritt ein Verfahrenshindernis gemäß Absatz 2 nach Anrufung der Gutachterkommission ein oder kommt ein Beteiligter seinen Mitwirkungspflichten nach § 8 nicht nach, ist das Verfahren in der Regel einzustellen.

§ 8 Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten

Die Beteiligten sind zur Unterstützung der Gutachterkommission bei der Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet, insbesondere die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und Schweigepflichtentbindungserklärungen zu erteilen. Auf Anforderung der Gutachterkommission ist die vollständige Behandlungsdokumentation in einer für die Begutachtung geeigneten Form kostenfrei zur Verfügung zu stellen.

§ 9 Verfahrensgrundsätze

(1) Das Verfahren ist schriftlich. Die Kommission kann den Sachverhalt mit den Beteiligten mündlich erörtern.

(2) Eine Zeugen- oder Parteivernehmung findet nicht statt.

(3) Die Behandlung wird auf der Grundlage der beigezogenen Behandlungsdokumentation geprüft. Die Prüfung ist umfassend und nicht durch Anträge beschränkt.

(4) In der Regel wird ein Sachverständigengutachten eingeholt. Die medizinische Behandlung wird fachgebietsgleich beurteilt. Die Beauftragung mehrerer Sachverständiger ist möglich und erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen.

(5) Vor Beauftragung der/des Sachverständigen erhalten die Beteiligten die Gelegenheit, sich zu der Person und zu den vorgesehenen Beweisfragen zu äußern.

a) Für die Ablehnung eines Sachverständigen oder eines Mitglieds der Kommission gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung entsprechend. Es entscheidet die/die Vorsitzende oder ihre/ seine Vertretung.

b) Die Beteiligten können zur Fragestellung an die Sachverständigen Anregungen vortragen. Die Abfassung des endgültigen Gutachtauftrages obliegt der Gutachterkommission. Hierbei ist dafür Sorge zu tragen, dass das Gutachten sich mit dem Vorbringen

der Beteiligten auseinandersetzt und auf die haftungsrechtlich relevanten Gesichtspunkte bei der Beurteilung eingeht.

§ 10 Verfahren nach Eingang des Gutachtens

(1) Das eingehende Gutachten wird zunächst dem zuständigen juristischen Mitglied vorgelegt. Hiernach erhalten es die Beteiligten mit der Gelegenheit zur Stellungnahme. Entscheidet die Kommission ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens allein auf Grundlage interner Meinungsbildung, so erhalten die Beteiligten vorab die Möglichkeit, hierzu Stellung zu nehmen.

(2) Einwendungen gegen das Gutachten können durch Antrag auf abschließendes Gutachten erhoben werden. Der Antrag muss innerhalb einer Frist von einem Monat nach Zustellung des Gutachtens eingehen; die Frist zur Begründung des Antrags kann verlängert werden. Wird ein solcher Antrag gestellt oder hält die Gutachterkommission dies selbst für angezeigt, wird eine abschließende Bewertung durch eine aus einem ärztlichen und einem juristischen Mitglied bestehende Kommission abgegeben. Diese kann weitere ärztliche oder juristische Mitglieder nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen hinzuziehen.

(3) Die Bewertung ist medizinisch und juristisch begründet und berücksichtigt die Stellungnahmen der Beteiligten. Sie enthält Feststellungen über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers sowie eines hierdurch verursachten Gesundheitsschadens. Sie enthält keine Feststellung zur Höhe einer etwaigen Entschädigung oder einen entsprechenden Vorschlag.

(4) Den Beteiligten wird eine Ausfertigung dieses abschließenden Gutachtens übersandt.

§ 11 Datenschutz

Die gesetzlichen Grundlagen zum Datenschutz sind zu beachten. Vom Patienten ist eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Schweigepflichtentbindungserklärung einzuholen.

§ 12 Statistik, Berichtspflicht

(1) Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen erfassen die Ergebnisse ihrer Arbeit statistisch in anonymisierter Form. Diese Ergebnisse gehen in eine bundesweite Auswertung ein und werden zum Zwecke der Aus-, Fort- und Weiterbildung sowie zur Fehlerprophylaxe verwendet.

(2) Die Gutachterkommission erstattet der Kammerversammlung jährlich einen Tätigkeitsbericht.

§ 13 Patientenvertretung

Der oder dem Patientenbeauftragten der Landesregierung ist Einblick in verfahrensorganisatorische Abläufe der Gutachterkommission zu gewähren, soweit Patientenrechte berührt sein können.

§ 14 Kosten

- (1) Das Verfahren ist für Patientinnen und Patienten kostenfrei.
- (2) Die Beteiligten tragen ihre eigenen Kosten, einschließlich der Kosten ihrer Vertretung, selbst.
- (3) Der Haftpflichtversicherer beteiligt sich im vereinbarten Umfang an den Kosten des Verfahrens.

§ 15 Rechtsweg, Verfahrensrecht

- (1) Durch das Verfahren der Gutachterkommission wird der Rechtsweg nicht ausgeschlossen.
- (2) Soweit sich aus dieser Verfahrensordnung nichts anderes ergibt, finden ergänzend die Vorschriften der Zivilprozessordnung, hilfsweise des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen Anwendung.

§ 16 Inkrafttreten, Übergangsregelung

Diese Verfahrensordnung der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein tritt am 01.12.2020 in Kraft und findet auf ab diesem Zeitpunkt neu eingehende Verfahren Anwendung.

Ausgefertigt:
Düsseldorf, den 27. April 2020

Rudolf Henke
– Präsident –

Hinweise zur Gutachtenerstattung

A: Allgemeine Hinweise

I. Einleitung

Die Gutachterkommission ist mit der Überprüfung des Vorwurfs eines ärztlichen Behandlungsfehlers befasst. Sie hat durch objektive Begutachtung festzustellen, ob dem Antragsgegner ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, durch den der Patient einen Gesundheitsschaden erlitten hat oder voraussichtlich erleiden wird. Sie benötigt für die abschließende Beurteilung dieser Frage ein fachsachverständiges Gutachten. Das Gutachten wird den Beteiligten übersandt werden.

II. Vorprüfung des Gutachtauftrags

Der Gutachter wird gebeten, unverzüglich nach Eingang des Gutachtauftrags zu prüfen, ob

- er über die für die Erledigung des Gutachtauftrags erforderliche Sachkunde und Erfahrung verfügt. Ist das nicht der Fall, nimmt er zur Klärung des Vorgehens Kontakt mit der Geschäftsstelle der Gutachterkommission auf; Gründe für eine Besorgnis der Befangenheit gegenüber Beteiligten des Begutachtungsverfahrens vorliegen. Zweifel teilt der Sachverständige der Gutachterkommission unverzüglich mit;
- die übersandten Unterlagen für die Begutachtung ausreichen. Bei Unvollständigkeit sind fehlende Unterlagen nur über die Geschäftsstelle der Gutachterkommission nachzufordern.

Ist zur Erledigung des Gutachtauftrags eine persönliche Untersuchung des Patienten erforderlich, teilt der Sachverständige dies der Gutachterkommission – auch zur Klärung der Kostenfrage – mit, sofern nicht der Gutachtauftrag bereits die Bitte um eine Untersuchung enthält.

Ist zur Erledigung des Gutachtauftrags die Einholung eines oder mehrerer Zusatzgutachten erforderlich, ist die Gutachterkommission hiervon zu unterrichten und über die Geschäftsstelle ihre Genehmigung einzuholen.

Das Gutachten soll nach Möglichkeit binnen 3 Monaten nach Auftragsingang erstattet werden. Ist dies nicht möglich, teilt der Sachverständige der Gutachterkommission die Hinderungsgründe unaufgefordert rechtzeitig mit.

Teil B: Hinweise und rechtliche Erläuterungen zu Inhalt und Aufbau des Gutachtens

Das Gutachten gliedert sich wie folgt:

I. Skizzierung des Vorwurfs

Der erhobene Vorwurf wird kurz konkretisiert, d. h. er wird in wenigen Worten dargestellt, insbesondere in Bezug auf die vom Antragsteller vermutete ärztliche Fehlbehandlung und die hierdurch hervorgerufenen Beeinträchtigungen (Gesundheitsschäden). Auf die wörtliche Wiedergabe von Akteninhalt ist regelmäßig zu verzichten. Gegenstand

der Begutachtung ist nur die von dem Antragsteller beanstandete Behandlung durch den oder die Antragsgegner. Sie ist im Hinblick auf die Diagnostik, die Indikationsstellung zu und die Durchführung von ärztlichen Maßnahmen sowie die Nachbehandlung immer umfassend gutachtlich zu würdigen, auch wenn im Antrag nur bestimmte Punkte beanstandet werden. Hingegen ist die Behandlung durch nicht ausdrücklich beschuldigte mitbehandelnde Ärzte nicht gutachtlich zu würdigen.

II. Sachverhalt

Die Darstellung des sich aus den Krankenunterlagen ergebenden, objektivierbaren Sachverhalts beschränkt sich auf das für die Beurteilung Wesentliche, ohne Wertung. Diese bleibt dem nachfolgenden Abschnitt (Beurteilung des Sachverhalts) vorbehalten.

Der sich aus einer ordnungsgemäßen Dokumentation ergebende Behandlungsverlauf kann der Beurteilung im Allgemeinen auch dann zugrunde gelegt werden, wenn die Richtigkeit der Dokumentation bestritten wird. Dokumentationspflichtige, aber nicht dokumentierte Maßnahmen gelten als nicht vorgenommen.

Eine ordnungsgemäße Dokumentation enthält die zeitnah festgehaltenen wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen (z. B. Untersuchungen, Medikation, ärztliche Hinweise für und Anweisungen an die Funktions- und Behandlungspflege, Gründe für das Abweichen von der Standardbehandlung) und Verlaufsdaten (z. B. Aufklärung, Operationsbericht, Narkoseprotokoll, Zwischenfälle, Wechsel des Operateurs, Anfängerkontrolle, Intensivpflege, mangelnde Patienten-Compliance u. a. m.). Routinemaßnahmen, wie selbstverständliche Handreichungen und Kontrollen sind nicht dokumentationspflichtig. Stichwortartige Aufzeichnungen sind ausreichend, wenn sie für den Fachmann verständlich sind. Erscheint die vorgelegte Dokumentation unvollständig, sollten fehlende Unterlagen über die Geschäftsstelle der Gutachterkommission ergänzend angefordert werden; das gilt auch für eine Leseabschrift handschriftlicher Aufzeichnungen, wenn sie nicht zweifelsfrei zu entziffern sind.

Bei Dokumentationsmängeln ist im Gutachten dazu Stellung zu nehmen, ob konkrete Anhaltspunkte für Behandlungsfehler vorliegen, die bei ordnungsgemäßer Dokumentation hätten aufgedeckt werden können, was aber gerade wegen der Dokumentationsmängel nicht mehr möglich ist.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass die Feststellung, bestimmte Maßnahmen seien unterblieben, nur getroffen werden sollte, wenn es für die Beurteilung unbedingt darauf ankommt. In diesen Fällen ist es zwingend darauf in der Beurteilung wertend zurückzugreifen. Geschieht dies nicht, ist das Gutachten in sich nicht schlüssig.

Der Vortrag der Beteiligten kann der Begutachtung zugrunde gelegt werden, wenn er mit dem Inhalt der Krankenunterlagen übereinstimmt oder unstrittig ist. Zwischen den Beteiligten streitiger Sachverhalt ist alternativ darzulegen, soweit es für die medizinische Beurteilung darauf ankommt.

III. Beurteilung des Sachverhaltes

Bei der medizinisch-wissenschaftlichen Beurteilung sind Wiederholungen des Sachverhaltes zu vermeiden.

In der Beurteilung ist – für den medizinischen Laien verständlich - darzulegen, ob in Bezug auf die Diagnostik, die Indikation des Eingriffs und/oder auf die Durchführung der beanstandeten ärztlichen Maßnahmen ein ärztlicher Behandlungsfehler vorliegt, nicht vorliegt oder nicht feststellbar ist.

1. Behandlungsfehler

Ein ärztlicher Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Arzt durch aktives Handeln oder Unterlassen die in seinem Tätigkeitsbereich erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Zu fragen ist nach dem medizinischen Standard, d.h. nach der Beachtung des jeweiligen Standes der medizinischen Wissenschaft zum Zeitpunkt der beanstandeten Behandlung, ihrer gesicherten Erkenntnisse und Erkenntnismöglichkeiten, der Grundlagen und Erfolge der herkömmlichen und erprobten Diagnostik und Therapie, der allgemein anerkannten Regeln, der gewissenhaften Abwägung der Chancen und Risiken.

Dabei ist nicht auf den optimalen Standard abzustellen, sondern darauf, was unter den konkreten Umständen des Einzelfalles von einem gewissenhaften und sorgfältigen Arzt der betroffenen Fachrichtung nach den von ihm zu erwartenden medizinischen Kenntnissen und Fähigkeiten zu verlangen ist (Facharztstandard). In Grenzen ist der zu fordernde medizinische Standard je nach den personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden. Er kann in einem Krankenhaus der Allgemeinversorgung gewahrt sein, wenn jedenfalls die Grundausstattung modernen medizinischen Anforderungen entspricht, auch wenn in einer Universitätsklinik oder in einer personell oder apparativ besser ausgestatteten Spezialklinik überlegene Möglichkeiten bestehen.

Der Arzt ist haftungsrechtlich nicht auf sein Fachgebiet festgelegt. Wenn er sich aber auf ein fremdes Fachgebiet begibt, muss er dessen Standard gewährleisten.

Ein Behandlungsfehler liegt nicht vor, wenn die eingetretene Komplikation trotz Wahrung der objektiv erforderlichen Sorgfalt nicht vermieden werden konnte, z.B. wenn sie auf nicht sicher vermeidbaren krankheits- und/oder behandlungsspezifischen Risiken beruht.

2. Schwerwiegender („grober“) Behandlungsfehler

Ein schwerwiegender (im Rechtssinne „grober“) Behandlungsfehler führt zur Umkehr der Beweislast in Bezug auf den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden, wenn er generell geeignet ist, den Schaden herbeizuführen. Ob ein schwerwiegender („grober“) Behandlungsfehler vorliegt, ist juristisch zu würdigen. Die rechtliche Bewertung setzt aber medizinische Feststellungen dazu voraus, ob

- ein eindeutiger Verstoß gegen bewährte Behandlungsregeln oder medizinische Erkenntnisse und
- ein Fehler vorliegt, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.

Hierzu soll im Gutachten nur Stellung genommen werden, wenn der Vorwurf eines „groben“ Behandlungsfehlers erhoben wurde oder

wenn ein solcher in Betracht kommt. Wenn kein Behandlungsfehler festzustellen ist, erübrigt sich die (irreführende) Feststellung, dass ein grober Behandlungsfehler nicht vorliegt.

3. Diagnostikfehler

Der Arzt schuldet dem Patienten nicht stets die objektiv richtige Diagnose, aber eine richtige Diagnostik nach den Regeln der ärztlichen Heilkunde. Bei der Diagnosefindung hat er die erforderlichen differenzialdiagnostischen Erwägungen anzustellen und die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zu benutzen. Reichen die eigenen Möglichkeiten nicht aus, muss er einen Spezialisten hinzuziehen.

Ein Diagnoseirrtum, der auf einer Fehlinterpretation der erhobenen Befunde beruht (z.B. bei einer unklaren, mehrdeutigen Konstellation), muss kein Behandlungsfehler sein. Ein Diagnosefehler liegt aber vor, wenn es für einen gewissenhaften Arzt nicht vertretbar war, die Symptome falsch zu deuten. Die Feststellung eines Diagnostikfehlers kommt in Betracht, wenn elementare Kontrollbefunde nicht erhoben worden sind (Befunderhebungsfehler), oder wenn die erste Diagnose im weiteren Behandlungsverlauf nicht überprüft worden ist.

Die Feststellung eines (einfachen) Befunderhebungsfehlers kann unter folgenden Voraussetzungen zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität für den Gesundheitsschaden führen:

1. Ein dringend gebotener Befund wurde nicht erhoben;
2. bei korrekter Befunderhebung hätte sich mit hinreichender (= überwiegender) Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiger Befund gezeigt;
3. die Nichtreaktion auf diesen Befund wäre als schwerwiegender („grober“) Behandlungsfehler zu werten.

Das medizinische Gutachten muss daher zu der Frage Stellung nehmen, ob und welche der genannten Voraussetzungen vorliegen, damit juristisch entschieden werden kann, ob eine Beweislastumkehr in Betracht kommt.

Zu beachten ist, dass eine objektiv nicht zutreffende Diagnose nicht dadurch zum Befunderhebungsfehler wird, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären.

4. Leitlinien

Die ‚Leitlinien‘ der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften sind systematisch entwickelte Hilfen für Ärzte zur Entscheidungsfindung in spezifischen Situationen. Sie beruhen auf aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen und in der Praxis bewährten Verfahren und sorgen für mehr Sicherheit in der Medizin, sollen aber auch ökonomische Aspekte berücksichtigen. Die ‚Leitlinien‘ sind für Ärzte rechtlich nicht bindend und haben daher weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung.“ (<http://www.awmf.org/leitlinien.html>).

Im haftungsrechtlichen Sinne können Leitlinien deshalb lediglich Indizwirkung dafür haben, ob die Sorgfalt beachtet wurde, die von dem Arzt der betroffenen Fachrichtung im konkreten Fall zu erwarten war. Diese Indizwirkung nimmt ab mit der Zunahme von Besonderheiten des Einzelfalles.

Im Gutachten soll stets festgestellt werden, ob einschlägige Leitlinien vorliegen. Wenn dies der Fall ist, soll sich das Gutachten mit diesen auseinandersetzen.

5. Gesundheitsschaden

Sofern ein Behandlungsfehler gutachtlich festgestellt wird, muss im Gutachten auch zu der Frage Stellung genommen werden, ob und ggf. welcher Gesundheitsschaden ursächlich hierauf zurückzuführen ist. Nur dann kann die Gutachterkommission das Ziel erreichen, einen Haftungsprozess zu vermeiden.

Der Begriff des Gesundheitsschadens ist weit zu fassen. Die Feststellung eines Gesundheitsschadens setzt bleibende Schadensfolgen nicht voraus. Auch eine vorübergehende oder nur geringfügige, nicht völlig unbedeutende physische oder psychische Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Heilungschancen ist als Gesundheitsschaden festzustellen, sofern sie iatrogen verschuldet und nicht etwa krankheits- oder unfallbedingt eingetreten ist.

6. Kausalität

Die Feststellung, dass der Behandlungsfehler nach der Überzeugung des Gutachters ursächlich für den eingetretenen Gesundheitsschaden ist, setzt keine absolute Gewissheit im Sinne eines naturwissenschaftlichen Nachweises voraus. Notwendig ist ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit (praktische Gewissheit). Diese liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn eine überzeugende Wahrscheinlichkeit im Sinne einer persönlichen Gewissheit gegeben ist, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.

Der Nachweis der Kausalität kann, wenn sichere Feststellungen nicht möglich sind, durch den Anscheinsbeweis erleichtert werden. Dieser setzt voraus, dass es sich um typische Geschehensabläufe handelt, bei denen nach der allgemeinen Lebenserfahrung oder nach Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft

- von einem feststehenden Behandlungsfehler auf den Zusammenhang mit dem eingetretenen Schaden oder umgekehrt
- von dem eingetretenen Schaden auf einen vorwerfbaren Behandlungsfehler geschlossen werden kann.

Der Anscheinsbeweis kann jedoch entkräftet werden, wenn Tatsachen für die ernsthafte Möglichkeit eines anderen – atypischen – Geschehensablaufs gegeben sind.

Ausnahmsweise hat nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikos der Arzt die Vermutung einer objektiven Pflichtverletzung und des Verschuldens zu entkräften, wenn feststeht, dass die Gesundheitsschädigung aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren ärztlicherseits voll ausgeschlossen werden können und müssen. Dies kommt vor allem beim Einsatz medizinischer Geräte und Materialien und bei Lagerungsschäden in Betracht.

7. Aufklärungsrüge

Das Gutachten darf zur Frage der Eingriffs- oder Risikoaufklärung nur Stellung nehmen, wenn die fehlende oder unzureichende Aufklärung von dem Antragsteller ausdrücklich beanstandet worden ist. In diesem Fall sollte das Gutachten aufgrund der vorliegenden ärztlichen Dokumentation Feststellungen zu Inhalt und Umfang der erforderlichen Aufklärung und zu eventuellen Mängeln treffen.

Wird der Aufklärungsmangel bejaht, ist der Eingriff mangels Einwilligung als rechtswidrig zu beurteilen mit der Folge, dass der Arzt auch bei sachgerechtem Vorgehen für den eingetretenen Schaden haftet. Wendet der Arzt ein, dass der Patient dem Eingriff auch bei hinreichender Aufklärung zugestimmt hätte, muss der Patient im Einzelnen darlegen, dass er seine Zustimmung doch verweigert hätte oder zumindest in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre. Ein solcher liegt beispielsweise vor, wenn der Patient darlegt, er hätte seine Zustimmung bei vollständiger Nennung der Risiken noch einmal überdacht oder zuvor andernorts weiteren Rat gesucht. Erscheint dies plausibel, hat die Aufklärungsrüge Erfolg. Dies gilt auch, wenn die Frage des Entscheidungskonflikts offenbleibt.

Anmerkung:

Bei einer Verletzung von Informationspflichten (§ 630c, Abs. 2 BGB) – früher Sicherungsaufklärung (therapeutische Aufklärung) – handelt es sich um Fehler der ärztlichen Beratung zur Sicherung des Behandlungserfolges oder zur Vermeidung drohender Gesundheitsgefahren. Wenn infolge fehlerhafter oder mangelhafter Information bei dem Patienten ein Gesundheitsschaden eintritt, liegt ein haftungsbegründender Behandlungsfehler vor.

Rahmenverfahrensordnung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen der deutschen Ärztekammern

I. Aufgabe und Zielsetzung

Aufgabe der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen ist es, eine zeitnahe, unabhängige und neutrale Begutachtung einer ärztlich verantworteten Behandlung durchzuführen und aufgrund eines behaupteten Gesundheitsschadens eine unverbindliche Bewertung der Haftungsfrage dem Grunde nach abzugeben. Ziel ist die Förderung einer einvernehmlichen außergerichtlichen Streitbeilegung.

II. Unabhängigkeit

Die Mitglieder der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen sind bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig und an Weisungen nicht gebunden. Sie sind allein ihrem Gewissen und ihrer fachlichen Überzeugung verantwortlich.

III. Zusammensetzung

Mitglieder der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen sind Ärzte mit abgeschlossener Facharztweiterbildung und Juristen mit Befähigung zum Richteramt. Sie verfügen über die erforderliche berufliche Erfahrung und werden angestellt oder berufen. Wer dem Vorstand einer Ärztekammer angehört, darf nicht Mitglied der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle sein. Patientenvertreter können als Mitglieder der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen berufen werden.

IV. Verfahrensbeteiligte, Antragsberechtigung

1. Beteiligte und zugleich Antragsberechtigte am Verfahren sind
 2. a) der Patient, der das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und einen dadurch verursachten Gesundheitsschaden vermutet; im Falle seines Todes dessen Erbe/n, und
 - b) der in Anspruch genommene Arzt oder die Behandlungseinrichtung (z. B. Krankenhaus, Medizinisches Versorgungszentrum, sonstige ärztlich geleitete Einrichtung), für die der Arzt tätig geworden ist.
3. Die Haftpflichtversicherung des Arztes oder der Behandlungseinrichtung, für die der Arzt tätig geworden ist, kann Beteiligte des Verfahrens sein.
4. Die Beteiligten können sich vertreten lassen.

V. Verfahrensvoraussetzungen, Verfahrenshindernisse

1. Das Verfahren bei den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen findet auf Antrag nach Zustimmung aller Beteiligten statt. Die Zustimmung kann nur im Einverständnis der anderen Beteiligten zurückgenommen werden. Die Rücknahme der Zustimmung eines Verfahrensbeteiligten ist gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten in geeigneter Weise zu begründen.

2. Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen nehmen kein Verfahren auf,

a) solange ein Zivilprozess wegen des zur Begutachtung gestellten Sachverhaltes anhängig ist und nicht gemäß §§ 251, 278 der Zivilprozessordnung ruht,

b) wenn ein Zivilgericht bereits rechtskräftig über den zur Begutachtung gestellten Sachverhalt entschieden hat oder wenn der Streitgegenstand durch gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich erledigt wurde,

c) solange ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren oder ein strafgerichtliches Verfahren wegen derselben Tatsachen anhängig ist.

3. Wenn der behauptete Behandlungsfehler bei Antragstellung länger als 5 Jahre zurückliegt, kann die Gutachterstelle das Verfahren unabhängig vom Zeitpunkt der Kenntnis des Antragstellers ablehnen.

4. Tritt ein Verfahrenshindernis gemäß Nummer 2 nach Anrufung der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle ein, ist das Verfahren in der Regel einzustellen.

VI. Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten

Die Beteiligten sind zur Unterstützung der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle bei der Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet, insbesondere die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und Schweigepflichtentbindungserklärungen zu erteilen. Auf Anforderung der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle ist die vollständige Behandlungsdokumentation in einer für die Begutachtung geeigneten Form kostenfrei zur Verfügung zu stellen.

VII. Verfahrensgrundsätze

1. Das Verfahren ist schriftlich. Die Kommission kann den Sachverhalt mit den Beteiligten mündlich erörtern.

2. Eine Zeugen- oder Parteivernehmung findet nicht statt.

3. Die Behandlung wird auf der Grundlage der beigezogenen Behandlungsdokumentation geprüft. Die Prüfung ist umfassend und nicht durch Anträge beschränkt.

4. In der Regel wird ein Sachverständigengutachten eingeholt. Die medizinische Behandlung wird fachgebietsgleich beurteilt. Die Beauftragung mehrerer Sachverständiger ist möglich und erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen.

5. Vor Beauftragung des Sachverständigen erhalten die Beteiligten die Gelegenheit, sich zu dessen Person und zu den vorgesehenen Beweisfragen zu äußern.

a) Für die Ablehnung eines Sachverständigen gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung entsprechend. Es entscheidet ein juristisches Mitglied der Kommission.

b) Die Beteiligten können zur Fragestellung an den Sachverständigen Anregungen vortragen. Die Abfassung des endgültigen Gutachtenauftrages obliegt der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle. Hierbei ist dafür Sorge zu tragen, dass das Gutachten sich mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinandersetzt und auf die haftungsrechtlich relevanten Gesichtspunkte bei der Beurteilung eingeht.

6. Das Gutachten erhalten die Beteiligten mit der Gelegenheit zur Stellungnahme. Entscheidet die Kommission allein auf Grundlage interner Meinungsbildung, so erhalten die Beteiligten vorab die Möglichkeit, hierzu Stellung zu nehmen.

7. Die abschließende Bewertung der Haftungsfrage wird durch eine Kommission abgegeben, die mindestens aus einem ärztlichen und einem juristischen Mitglied besteht. Diese Bewertung ist medizinisch und juristisch begründet und berücksichtigt die Stellungnahmen der Beteiligten. Sie enthält Feststellungen über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers sowie eines hierdurch verursachten Gesundheitsschadens. Sie enthält keine Feststellung zur Höhe einer etwaigen Entschädigung oder einen entsprechenden Vorschlag.

VIII. Datenschutz

Die gesetzlichen Grundlagen zum Datenschutz sind zu beachten. Vom Patienten ist eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Schweigepflichtentbindungserklärung einzuholen.

IX. Statistik

Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen erfassen die Ergebnisse ihrer Arbeit statistisch in anonymisierter Form. Diese Ergebnisse gehen in eine bundesweite Auswertung ein und werden zum Zwecke der Aus-, Fort- und Weiterbildung sowie zur Fehlerprophylaxe verwendet.

X. Patientenvertretung

Soweit eine Patientenvertretung eingerichtet ist, ist ihr Einblick in verfahrensorganisatorische Abläufe der Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle zu gewähren, soweit Patientenrechte berührt sein können.

XI. Kosten

1. Das Verfahren ist für Patienten kostenfrei.
2. Die Beteiligten tragen ihre eigenen Kosten, einschließlich der Kosten ihrer Vertretung, selbst.
3. Der Haftpflichtversicherer beteiligt sich im vereinbarten Umfang an den Kosten des Verfahrens.

XII. Rechtsweg

Durch das Verfahren der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen wird der Rechtsweg nicht ausgeschlossen.

Sachregister

Abschließendes Gutachten 39, 40 ff.

- Antrag 40
- Aufbau 40 ff.
- Bestandskraft 23
- Beweislastumkehr 43
- Einwendungen 41
- Fiktives Beispiel 44 f.
- Gliederung 41 ff.
- Verfahrensabschluss 23
- von Amts wegen 32, 40
- Zweier-Kommission 40

Ärzte für Mund-Kiefer-Gesichtschirurgie

- Zuständigkeit der Gutachterkommission 29

Ärztliche Berufspflicht

- Verstoß durch Nichtbeantwortung von Anfragen 17

Ärztliche Schlichtungsstellen

- in Deutschland 10

Ärztliche Schweigepflicht

- Entbindung 30, 32

Amtsermittlung

- Umfang 11, 34

Anscheinsbeweis 87 ff.

- als Beweiserleichterung 87
- Beispiele aus der Rechtsprechung 87 ff.
- Gegenbeweis 87
- Hepatitis C 88
- HIV-Infektion 88
- Infektionsfälle 87 f.
- Injektionsfälle 88
- Typischer Geschehensablauf 87
- Zurücklassen von Fremdkörpern 89

Antrag

- Bekanntgabe an Antragsgegner 30
- Formale Voraussetzungen 28 f.
- Formular im Internet 29
- gegen mehrere Beteiligte 30

Antragsberechtigung 14 ff., 28 f.

- Arzt 14, 28
- Behandlungseinrichtung 14, 28
- Betreuer 15
- Erben 14, 28
- Haftpflichtversicherer 15
- Minderjährige 28
- Patient 14, 28

Antragseingang

- Vorprüfung durch Geschäftsstelle 13

Arbeitsteilung

- horizontale 57 ff.
- vertikale 57

Arztbrief

- als Bestandteil des Antrags 28

Arzthaftungsklagen

- nach Ende des Begutachtungsverfahrens 26
- Nachteile 10

Arzt-Patienten-Verhältnis

- Befriedung durch Gutachterverfahren 10
- Verschlichung durch Gutachterverfahren 10, 12

Aufklärung siehe Selbstbestimmungsaufklärung

Außenseitermethode

- als Gegenstand der Aufklärung 66

Befangenheit

- Anwendung der Vorschriften der ZPO 12
- des Gutachters/Sachverständigen 12
- Eigene Einschätzung des Gutachters 12, 33
- Kriterien 20

Befunderhebungsfehler

- Abgrenzung zum Diagnosefehler 77 f.
- Abgrenzung zur Therapeutischen Information 55
- Beweislastumkehr 75 f.
- Definition 73
- Voraussetzungen 75 f.

Begutachtung siehe Gutachten

Behandlung

- durch Physiotherapeuten 73

Behandlungsdokumentation

- als Erkenntnisquelle 33 f.
- Beweisfunktion 51 f.
- Beweissicherung 51
- Lückenhaftigkeit 52
- Mangelnde Nachvollziehbarkeit 53
- Rechtsgrundlagen 50
- Zweck 51

Behandlungseinrichtung

- Bekanntgabe des Verfahrens 31
- Beteiligung am Verfahren 15
- Bezeichnung im Antrag 28

Behandlungsfehler

- Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit 77 f.
- als Grundlage der Haftung 73
- Anregungen der Antragsteller 22
- Archivierung zur Auswertung 25
- Ermittlung von Amts wegen 11
- Fachgleiche Beurteilung 11, 19
- Feststellung im Gutachten 37 f.
- grober 74 f.
- Lagerungsschaden 83
- Prophylaxe 24 f.
- Substantiierung 11
- Vermeidung 25
- Vermutetes Vorliegen bei voll beherrschbaren Risiken 79, 80

Behandlungsfehlerprophylaxe 25

Behandlungsfehlervorwurf

- als formelle Voraussetzung 29
- gegen mehrere Beteiligte 30

Behandlungsunterlagen

- Anforderung 17
- Beibringung durch Patienten 16
- Herausgabe im Klagewege 16
- Pflicht zur Vorlage 17

Berichtspflicht

- der Gutachterkommission 24, 48

Beweiserleichterung

- Anscheinsbeweis 87
- bei der Therapeutischen Information 56

Beweisführung

- Grundsätze 73 ff.

Beweislast

- des Patienten für Behandlungsfehler 73

Beweislastumkehr 74 ff.

- bei fehlerhafter Lagerung 83
- bei der Selbstbestimmungsaufklärung 70 f.
- bei voll beherrschbaren Risiken 78
- im abschließenden Gutachten 43

Beweislastverteilung 73 ff.

- bei Aufklärungsfragen 70 f.
- bei Hygieneverstößen 62 f.
- bei der Therapeutischen Information 56

- Beweisvereitelung** 90
- Beispiele aus der Rechtsprechung 90
 - durch den Behandelnden 90
 - durch den Patienten 90
 - Rechtsfolgen 90
 - Voraussetzungen 90
- Chefarzt**
- Notwendige Beteiligung 15
 - Stellungnahme zum Vorwurf 15, 21
- Darlegungslast**
- Hygieneverstöße 60
- Datenschutz** 23
- Diagnosefehler** 77
- Diagnoseirrtum** 77
- Dokumentationspflicht** 37, 50 ff.
- Beweisfunktion 51 f.
 - Hygieneverstöße 61 f.
 - Lagerung 84 f.
 - Rechtsgrundlagen 50
 - Therapeutische Information 54
- Dokumentationsmängel**
- Rechtliche Konsequenzen 73
 - Dokumentationslücken 34, 52
 - Rechtliche Konsequenzen 52 f.
 - substanzlose, oberflächliche Dokumentation 53
- Dokumentationspflichtige Maßnahmen** 37, 51 f.
- Einwilligungs- und Schweigepflichtentbindungserklärung** 32
- Entlassungsberichte**
- als Bestandteil der Begutachtung 37
- Erbe**
- Antragsberechtigung 14
 - Nachweis der Erbenstellung 14
- Erstgutachten** siehe Gutachten
- Erwerbsminderung**
- Keine Feststellung durch Gutachterkommission 14
- Evaluationen**
- der Arbeit der Gutachterkommission 24
- Fachärztlicher Standard**
- Definition 34, 73
- Fachgebietsgleiche Beurteilung** 11, 19
- Fachübergreifende Tätigkeit**
- Behandlung im Gutachten 35
- Fortbildungsmaßnahmen** 25
- Fragenkatalog**
- Behandlung im Gutachten 20, 35
- Fristüberwachung**
- durch Geschäftsstelle 28
- Fünfjahresfrist**
- als Verfahrenshindernis 17
- Gegenbeweis**
- Anscheinsbeweis 87
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)**
- Beteiligung an den Kosten 26, 32
- Geschäftsführendes Kommissionsmitglied**
- Aufgabe 13, 14
 - Auswahl der Gutachter 14
- Geschäftsstelle**
- Aufgaben 28 ff.
 - Fristüberwachung 28
 - Telefonische Erreichbarkeit 28
 - Vorprüfung der eingereichten Unterlagen 13, 29
- Gesundheitsschaden**
- als Voraussetzung der Haftung 28, 73
 - Feststellung im Gutachten 38
 - Geltendmachung als formelle Voraussetzung 28
 - Primärschaden 74
 - Sekundärschaden 74
- Gleiche Versorgungsstufe**
- bei der Auswahl von Sachverständigen 11
- Good medical practice** siehe fachärztlicher Standard
- Grober Behandlungsfehler**
- äußerst unwahrscheinliche Kausalität 74
 - Definition 74
 - Grundsätzliche Eignung 74
 - Voraussetzungen 74 ff.
- Gutachten** 34 ff.
- AWMF 39
 - Äußere Form 34
 - Archivierung der Ergebnisse 24
 - Aufbau 34
 - Auswertung zur Fehlerprophylaxe 25
 - Behandlung eines Fragenkatalogs 35
 - Darstellung des Sachverhalts 34
 - Einwendungen 22
 - Erstellung 34 ff.
 - Fachärztlicher Standard 34 f.
 - Fachgleiche Beurteilung 11
 - Fachübergreifende Tätigkeit 35
 - Feststellung des Behandlungsfehlers 37 f.
 - Feststellung des Gesundheitsschadens 38
 - Feststellung der Kausalität 38
 - Leitlinien 36
 - Literaturangaben 39
 - nach Aktenlage 34
 - Objektivität 37
 - Richtlinien 36
 - Schlussfeststellung 39
 - Sprache 36
 - Unterschrift 34
 - Zustellung 22
- Gutachter** siehe unter Sachverständiger
- Gutachterkommission**
- als Selbstverwaltungskörperschaft 9
 - Aufgabe und Zielsetzung 10
 - Auswahl der Mitglieder 9, 13
 - Befriedigungsfunktion 10
 - Errichtung 9
 - Evaluationen 24
 - Fortbildungsmaßnahmen 25
 - Geschäftsstelle 13, 28 ff.
 - Kosten 26
 - Organisatorische Trennung von der Ärztekammer 9, 12
 - Rechtsaufsicht 9
 - Unabhängigkeit der Mitglieder 12
 - Verfahrensordnung 9 ff.
 - Vorsitzender 13
 - Zusammensetzung 12
 - Zuständigkeit 29
- Haftpflichtversicherer**
- Anzeigepflicht des belasteten Arztes 17
 - Beteiligung am Verfahren 11, 15
 - Beteiligung an den Kosten 26, 32
- Haftungsrechtliche Aspekte** 73 ff.
- Horizontale Arbeitsteilung** 57 ff.
- Einzelfälle aus der Rechtsprechung 58 f.
 - Fallgruppen 57 ff.
 - Gemeinsame Haftung der beteiligten Ärzte 58
 - Verhältnis Radiologe/überweisender Arzt 57 f.
- Hygienepläne**
- Hygieneverstöße 61
- Hygieneverstöße** 60 ff.
- Anscheinsbeweis 63
 - Beweislastverteilung 62 f.
 - Darlegungslast 60 f.
 - Dokumentation 61 f.
 - Hygienepläne 61 f.
 - Prüfanlass 62
 - Rechtsprechung des BGH 61 ff.
 - Sekundäre Darlegungslast 60 ff.
 - Substantiierung 60 ff.
 - Voll beherrschbares Risiko 63
- Hypothetische Einwilligung**
- bei Aufklärungsrügen 71 f.

Sachregister

Immer-So-Rechtsprechung

- bei Aufklärungsrügen 70

Infektionen

- als voll beherrschbares Risiko 82
- Anwendung des Anscheinsbeweises 87 ff.
- Hepatitis C 88
- HIV-Infektion 88

Injektionen

- Anwendung des Anscheinsbeweises 88

Institut für Qualität im Gesundheitswesen Nordrhein 25, 49

Interdisziplinäre ärztliche Zusammenarbeit

- bei horizontaler Arbeitsteilung 57
- in der Plenarsitzung 47

Kausalität

- Feststellung im Gutachten 38, 73
- haftungsausfüllende 73
- haftungsbegründende 73
- vermutete 73 f.

Kosmetische Operation

- Persönliche Untersuchung des Patienten 34

Lagerungsschaden 83 ff.

- als Gegenstand der Aufklärung 83 f.
- als voll beherrschbares Risiko 83
- Beweislastverteilung 83
- Beweislastumkehr 83
- Dokumentation 84 f.
- Handlungsanweisungen für Lagerung 84
- im Krankenbett 86
- Lagerungsstandards 83 f.
- während der Operation 83 f.
- Widerlegung der Vermutung des § 630 h Abs. 1 BGB 85 f.

Lagerungsstandards 83 f.

Leitlinien

- Bedeutung für Begutachtung 36
- Vorgabe eines Behandlungskorridors 36

Medizinischer Standard siehe Fachärztlicher Standard

Mitglieder der Gutachterkommission

- Auswahl 13
- Berufung 13
- Ehrenamt 13

Mitwirkungspflichten der Beteiligten

- bei der Aufklärung des Sachverhalts 17, 30
- Persönliche Untersuchung des Patienten 34

Nachversicherungshaftung 15

Negativbeweis

- bei der Therapeutischen Information 56

Neulandmethode

- als Gegenstand der Aufklärung 66

Nicht-ärztliche Behandlung 30

Operation

- Lagerung des Patienten 83 f.

Operationsbericht

- als Bestandteil des Antrags 29

Operationsindikation

- als Gegenstand der Aufklärung 65

Patientenrechtegesetz 50, 74

Patientenvertretung 25

Persönliche Untersuchung

- im Rahmen der Begutachtung 19
- bei kosmetischen Operationen 22, 34

Plenarsitzung

- Aufgaben 47
- Entscheidungskompetenz 47
- Funktion 47
- Interdisziplinäre Erörterung 47
- Vorbereitung durch Geschäftsstelle 28

Praktische Gewissheit

- als Voraussetzung der Haftung 73

Qualitätssicherung

- der ärztlichen Tätigkeit 24 f.
- Institut für Qualität im Gesundheitswesen
Nordrhein 25

Richtlinien

- Bedeutung für Begutachtung 36

Risikoaufklärung siehe Selbstbestimmungs- aufklärung

Rubrum

- beim abschließenden Gutachten 44
- beim Gutachten 34

Sachverhalt

- Darstellung im Gutachten 34
- Ermittlung von Amts wegen 11, 34
- Klärung durch die Geschäftsstelle 28 f.
- Notwendige Angaben des Antragstellers 28

Sachverständigengutachten

- Abschließendes Gutachten 40 ff.
- Fachgebietsgleiche Beurteilung 11, 19
- Qualität 20
- Verfahren nach Eingang 32
- Verwertung im Gerichtsverfahren 26

Sachverständiger

- Auswahl 33
- Beauftragung 33
- Befangenheit 33

- Bekanntgabe der Person 20
- Fachgebietsgleichheit 11
- Gleiche Versorgungsstufe 11
- Höchstpersönliche Verpflichtung 19
- Objektivität 37
- Unabhängigkeit 37

Schwerbehinderung

- Keine Feststellung durch Gutachter-
kommission 74

Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit

- bei der Abgrenzung von Behandlungs-
fehlern 77 f.

Sekundäre Darlegungslast

- Hygieneverstöße 60 ff.
- bei der Therapeutischen Aufklärung 56

Sekundärschaden 74

Selbstbestimmungsaufklärung 38, 64 ff.

- Abgrenzung zur Therapeutischen
Information 54
- Alternative Behandlungsmethoden 66
- Außenseitermethode 66
- bei Minderjährigen 69
- bei nicht einwilligungsfähigen
Patienten 69
- Behandlung in der Kommission
19, 38, 43, 71 f.
- Beweislastverteilung 70 f.
- Dokumentationspflichtigkeit 67
- Entbehrlichkeit der Aufklärung 68
- Erfolgsaussichten der Behandlung 65
- Form der Aufklärung 67
- Hypothetische Einwilligung 71 f.
- Immer-so-Rechtsprechung 70
- Inhalt der Aufklärung 64 ff.
- Keine Angabe von Prozentzahlen 64 f.
- Keine Aufklärung über mögliche
Behandlungsfehler 65
- Lagerung des Patienten 84
- Neulandmethoden 66
- Notwendigkeit einer Rüge 71
- nur über bekannte Risiken 65
- Person des Aufklärenden 66 f.
- Rechtsfolgen mangelhafter Aufklärung 70
- über Risiken der Behandlung 64
- Verständlichkeit der Aufklärung 68
- Verzicht auf Aufklärung 68
- Wahrung des Selbstbestimmungsrechts 64
- Zeitpunkt der Aufklärung 67 f.
- Zweifelhafte Operationsindikation 65

Sicherungsaufklärung siehe Therapeutische Information

Staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren - als Verfahrenshindernis 17

Statistik 24, 48 f.

- Gutachtliche Entscheidungen 48
- Prozentzahl der Behandlungsfehler 49

- Zahl der Eingänge 24, 48
- Zahl der Erledigungen 48

Stellungnahme

- des belasteten Arztes/Einrichtung 15
- des Chefarztes 15

Strafverfahren

- als Verfahrenshindernis 16

Substantiierung

- Behandlungsfehler 11
- Hygieneverstöße 60 ff.

Tenor

- Abschließendes Gutachten 41
- Gutachten 39

Therapeutische Information 54 ff.

- Abgrenzung zum Befunderhebungsfehler 55, 78
- Abgrenzung zur Selbstbestimmungsaufklärung 54
- als Behandlungsfehler 55
- als grober Behandlungsfehler 55
- Beweiserleichterung 56
- Beweislastverteilung 56
- Definition 54
- Dokumentationspflicht 54
- Dringlichkeit der Abklärung von Befunden 54 f.
- Erforderlichkeit weiterer Kontrollen 55
- Negativbeweis 56
- Nichteinhaltung gebotener Wiedervorstellungstermine 54
- Sekundäre Darlegungslast des Arztes 56
- Umfang und Intensität der Information 54 f.
- Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens 56

Typischer Geschehensablauf

- beim Anscheinsbeweis 87

Umkehr der Beweislast siehe Beweislastumkehr**Unabhängigkeit**

- der Mitglieder der Gutachterkommission 12

Ursachenzusammenhang siehe Kausalität**Verfahren**

- Ablauf 21 ff.
- Fehlende Zustimmung des Arztes 21, 32
- nach Antragseingang 21, 28 ff.

Verfahrensbeteiligte 14 ff.**Verfahrensgrundsätze**

- Amtsermittlung 19
- Freiwilligkeit 16, 31
- Gebührenfreiheit 26
- Keine Zeugen- oder Parteivernehmungen 18

- Rechtliches Gehör 18
- Schriftlichkeit 18
- Unverbindlichkeit der Entscheidung 26

Verfahrenshindernisse 16 ff., 29

- Anhängiges Zivil- oder Strafverfahren 16
- Fünfjahresfrist 17
- Vorgegangene Erledigung durch Gerichtsverfahren 16

Verfahrensordnung 9 ff.

- Rechtliche Einordnung 9

Vermutetes Verschulden

- bei voll beherrschbaren Risiken 79, 80
- Widerlegung der Vermutung 80 f.

Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens

- bei der Therapeutischen Information 56

Vermutung der Kausalität

- bei groben Behandlungsfehlern 74 ff.

Vertikale Arbeitsteilung 57, 66**Vertrauensgrundsatz** 57 ff., 67

- bei Ärzten verschiedener Fachrichtung 57
- bei horizontaler Arbeitsteilung 57, 67
- Grenzen 57

Vertretung

- durch andere Person 15
- durch Anwalt 15
- durch Betreuer 15

Voll beherrschbares Risiko 78 f., 80 ff.

- Beispiele aus der Rechtsprechung 81 f.
- Betroffene Bereiche 78
- Hygieneverstöße 82
- Infektionen 82
- Lagerungsschäden 79
- Medizinische Geräte und Materialien 78
- Nicht erkennbare Prädisposition des Patienten 79
- Sturz im Krankenhaus/Pflegeheim 82
- Voraussetzungen für vermutetes Verschulden 80
- Widerlegung der Vermutung 79, 80 f.

Vollbeweis 73**Vor- und nachbehandelnde Ärzte**

- Stellung im Verfahren 22, 31

Vorprüfung der eingereichten Unterlagen 28**Vorwarnung** 23**Vorwerfbarkeit**

- Schwerpunkt bei der Abgrenzung von Behandlungsfehlern 77 f.

Weisungsfreiheit der Mitglieder der Kommission 12**Wiederaufgreifen des Verfahrens** 23**Zivilprozess**

- als Verfahrenshindernis 16

Zurücklassen von Fremdkörpern

- Anscheinsbeweis 89
- Voll beherrschbares Risiko 81

Zuständigkeit

- der Gutachterkommission 15

Ärztekammer Nordrhein

Tersteegenstraße 9
40474 Düsseldorf
Tel. 0211 4302-0
Fax 0211 4302-2009
Mail aerztekammer@aekno.de
Web www.aekno.de