

# Grundsätze der ärztlichen Berufshaftung\*\*

Markus GEHRLEIN\*

## I. Einführung

Das Arzthaftungsrecht wird in besonderem Maße durch die Rechtsprechung geprägt. Für den in diesem Bereich tätigen Praktiker ist es darum von besonderer Bedeutung, neue Akzente der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu verfolgen. Hinzu treten die durch die ZPO-Reform bedingten Änderungen, die den Anwalt zur Vermeidung von Nachteilen im Rechtsmittelverfahren dazu veranlassen sollten, bereits im ersten Rechtszug auf eine umfassende Klärung des Sachverhalts hinzuwirken.

## II. Haftung wegen Behandlungsfehler

### 1. Medizinischer Standard: Beurteilungszeitpunkt

Bei der rechtlichen Beurteilung des ärztlichen Handelns ist zwar grundsätzlich der medizinische Standard zum Zeitpunkt der Behandlung zugrunde zu legen, ohne daß neuere Entwicklungen in der Medizin völlig unerheblich wären. Nachträgliche Erkenntnisse können sich zugunsten des Arztes auswirken, soweit sie seine therapeutischen Maßnahmen rechtfertigen. Damit ist die nachträgliche Rechtfertigung des ärztlichen Handelns durch ein Fortschreiten der medizinischen Wissenschaft und hierdurch gewonnene Erkenntnisse gemeint. Eine andere – nicht den medizinischen Fortschritt betreffende – Frage ist es, ob ein belastender Eingriff wie eine Gebärmutterentfernung aufgrund des späteren histologischen Befunds als sachgerecht erachtet werden kann.<sup>1)</sup> Fehldiagnosen sind nur zurückhaltend als Behandlungsfehler zu bewerten. Mit diesem Grundsatz soll den Schwierigkeiten ärztlicher Diagnosestellung Rechnung getragen werden.<sup>2)</sup>

### 2. Objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff

Im Arzthaftungsrecht gilt bei der Auslegung des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB der sog. objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff. Deswegen hat der Arzt für sein dem medizinischen

---

\* Professor. Dr. Mannheim University in Germany, BGH-Richter.

\*\* This paper was lectured on October 7th, 2019 at the Ritsumeikan Law School in Kyoto.

1) BGH Urt. v. 18. März 2003 – VI ZR 266/02.

2) BGH NJW 2001, 1787.

Standard zuwiderlaufendes Vorgehen auch dann einzustehen, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus subjektiv entschuldbar erscheinen mag.<sup>3)</sup> Ist in einer Klinik ein Hysteroskop vorhanden und bei einem Eingriff ein Wechsel der Operationsmethode unter Einsatz eines Hysteroskops medizinisch geboten, so entlastet es einen in den neuen Bundesländern praktizierenden Arzt nicht, falls ihm im Umgang mit einem Hysteroskop die notwendige Übung fehlt.<sup>4)</sup> Die Anwendung des objektivierte Fahrlässigkeitsbegriffs begegnet im Arzthaftungsrecht, wo einheitliche Standards herrschen müssen, im Grundsatz sicherlich keinen Bedenken.<sup>5)</sup> Im Blick auf den Streitfall wird man freilich fragen dürfen, ob man die in den alten Ländern maßgeblichen medizinischen Standards unbesehen auf die neuen Länder übertragen darf. Unzweifelhaft herrschte zwischen alten und neuen Ländern ein medizinisches Gefälle. Dieser Umstand legt es nahe, den in den neuen Ländern tätigen Ärzten eine gewisse Karenzzeit zuzubilligen, bevor man sie dem in den alten Ländern geltenden medizinischen Standard unterwirft. Allerdings verfügten die Ärzte im Streitfall, der sich im Jahre 1994 ereignete, über ein Hysteroskop. Wenn eine in einer Großstadt gelegene Klinik ein solches Instrument anschafft, muß allerdings sichergestellt werden, daß die dort tätigen Ärzte mit diesem Hilfsmittel umgehen können. Der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff gilt auch für die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers, ohne daß es auf die subjektiven Fähigkeiten des behandelnden Arztes ankommt.<sup>6)</sup>

### 3. Verkehrssicherungspflicht

Für die Pflicht zur Patientensicherung bzw. Patientenüberwachung gewinnt der für den Inhalt von Verkehrssicherungspflichten geltende Grundsatz in erhöhtem Maß an Bedeutung, daß derjenige, der Gefahrenquellen schafft oder verstärkt, auch die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz des Gefährdeten, hier des Patienten, treffen muß. Ist ein Patient, der – wie der Arzt weiß – mit seinem PKW und ohne Begleitperson die Klinik aufgesucht hat, infolge einer Sedierung nicht in der Lage, ein Kraftfahrzeug zu führen, so hat der Arzt sicherzustellen, daß sich der Patient nicht unbemerkt entfernt und den Heimweg mit seinem PKW antritt. Ein Mitverschulden des Patienten (§ 254 BGB), der nach eigenmächtigem Verlassen der Klinik beim Führen seines PKW zu Schaden kommt, scheidet aus, weil die Verhütung des entstandenen Schadens allein der Klinik oblag. Sie hatte sicherzustellen, daß der Patient das Krankenhaus nicht unbemerkt verlassen konnte und sich der Gefahr einer Selbstschädigung aussetzt.<sup>7)</sup>

---

3) BGH NJW 2001, 1786=MDR 2001, 565 mit Anm. *Gehrlein*.

4) BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

5) Vgl. *Budewig/Gehrlein*, Das Haftpflichtrecht nach der Reform, 2003, 14. Kap. Rn. 29.

6) BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

7) BGH Urt. v. 8. April 2003 – VI ZR 265/02.

#### 4. Überweisung des Patienten

Ein Hausarzt darf sich im allgemeinen darauf verlassen, daß die Klinikärzte seinen Patienten richtig behandelt und beraten haben, und meist auch auf deren bessere Sachkunde und größere Erfahrung vertrauen. Anders verhält es sich aber, wenn der Hausarzt ohne besondere weitere Untersuchungen aufgrund der bei ihm vorauszusetzenden Kenntnisse und Erfahrungen erkennt oder erkennen muß, daß ernste Zweifel an der Richtigkeit der Krankenhausbehandlung und der dort seinem Patienten gegebenen ärztlichen Ratschläge bestehen. In einem solchen Fall darf er im Rahmen seiner eigenen ärztlichen Sorgfaltspflichten dem Patienten gegenüber offenbare Versehen oder ins Auge springende Unrichtigkeiten nicht unterdrücken.<sup>8)</sup>

Dasselbe muß gelten, wenn der Hausarzt nach den bei ihm vorauszusetzenden Erkenntnisse und Erfahrungen jedenfalls gewichtige Zweifel und Bedenken hat, ob die Behandlung im Krankenhaus richtig war. Auch sie hat er, gegebenenfalls nach Rücksprache mit den Kollegen im Krankenhaus, mit seinem Patienten zu erörtern. Kein Arzt, der es besser weiß, darf sehenden Auges eine Gefährdung seines Patienten hinnehmen, wenn ein anderer Arzt seiner Ansicht nach etwas falsch gemacht hat oder er jedenfalls den dringenden Verdacht haben muß, es könne ein Fehler vorgekommen sein. Das gebietet der Schutz des dem Arzt anvertrauten Patienten.<sup>9)</sup> Überweist der Arzt seinen Patienten, bei dem er röntgenologisch eine Auflockerung des Knöchels festgestellt hat, zwecks Metallentfernung in das Krankenhaus, so darf er sich mit der von dem Krankenhaus empfohlenen konservativen Behandlung nicht abfinden, wenn die Beschwerden des Patienten gleichwohl über mehrere Monate fortauern.<sup>10)</sup>

#### 5. Ursachenzusammenhang: Nachbehandlung durch anderen Arzt

Die Einstandspflicht des Arztes umfaßt regelmäßig auch die Folgen eines Fehlers des nachbehandelnden Arztes, wenn die Nachbehandlung durch den Fehler des erstbehandelnden Arztes mit veranlaßt worden ist. Die Grenze, bis zu welcher der Erstschädiger dem Verletzten für die Folgen einer späteren fehlerhaften ärztlichen Behandlung einzustehen hat, wird in aller Regel erst dann überschritten, wenn es um die Behandlung einer Krankheit geht, die mit dem Anlaß für die Erstbehandlung in keinem inneren Zusammenhang steht, oder wenn der die Zweitschädigung herbeiführende Arzt in außergewöhnlich hohem Maße die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen außer Acht gelassen oder derart gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrungen verstoßen hat, daß der eingetretene Schaden seinem Handeln haftungsrechtlich-wertend allein zugeordnet werden muß.<sup>11)</sup>

---

8) BGH NJW 2002, 2944.

9) BGH NJW 2002, 2944.

10) BGH NJW 2002, 2944.

11) BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

## 6. Beweiserleichterungen

### a) Grober Behandlungsfehler

Ein grober Behandlungsfehler ist nicht bereits bei zweifelsfreier Feststellung einer Verletzung des maßgeblichen ärztlichen Standards gegeben; er setzt vielmehr neben einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse die Feststellung voraus, daß der Arzt einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Auch wenn es insoweit um eine juristische, dem Tatrichter obliegende Beurteilung geht, muß diese doch in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können; es ist dem Tatrichter nicht gestattet, ohne entsprechende Darlegungen oder gar entgegen den medizinischen Ausführungen des Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler aus eigener Wertung anzunehmen.<sup>12)</sup>

Bezeichnet der Gutachter die Erstversorgung des Neugeborenen anstelle einer Beobachtung der Mutter als „problematische Prioritätssetzung“, kann daraus ein grober Behandlungsfehler nicht hergeleitet werden.<sup>13)</sup> Erachtet der Sachverständige das Unterlassen einer Rückfrage des Hausarztes an die Klinik als „nicht zugänglich“ und die fortgeführte konservative Behandlung als „undurchdacht“ und „falsch“, so kann nicht mit hinreichender Sicherheit der Schluß auf einen groben Behandlungsfehler gezogen werden.<sup>14)</sup> Ein grober Behandlungsfehler kann nicht angenommen werden, falls der Sachverständige das Versäumnis, nach einem nächtlichen Anruf des Ehemannes eine suizidgefährdete Patientin nicht aufzusuchen, lediglich als behandlungsfehlerhaft einstuft.<sup>15)</sup> Hält der Sachverständige die Verzögerung einer Revisionsoperation für „nicht ideal“, aber „einer verbreiteten Haltung“ entsprechend“ und nicht grob fahrlässig, scheidet die Annahme eines groben Behandlungsfehlers aus. Entsprechendes gilt, wenn der Sachverständige die Gabe von Antibiotika vor einer Erregerbestimmung als „fahrlässig, allerdings nicht grob fahrlässig“ einstuft.<sup>16)</sup>

### b) Verletzung der Pflicht zur Erhebung und Sicherung von Befunden

Der Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung eines medizinisch gebotenen Befunds, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis erbracht hätte, begründet dann eine Beweiserleichterung zum Nachweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden, wenn sich die Verkennung

---

12) BGH NJW 2002, 2944; 2001, 2794; 2001, 2792; 2001, 2795.

13) BGH NJW 2001, 2795.

14) BGH NJW 2002, 2944.

15) BGH NJW 2001, 2794.

16) BGH NJW 2001, 2792.

des Befunds als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde.<sup>17)</sup> Zusammengefaßt werden also drei Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr verlangt: Als erstes wurde ein Befund behandlungsfehlerhaft nicht erhoben; hätte der Befund zweitens mit hinreichender Sicherheit ein reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht, greift eine Beweislastumkehr durch, wenn sich das Verkennen des Befunds als fundamentaler Diagnosefehler oder die Nichtreaktion als grob fehlerhaft darstellt.<sup>18)</sup>

Wenn nach einer Infektion eine Erregerbestimmung versäumt wird, diese aber nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis erbracht hätte, kommt eine Beweiserleichterung nicht zum Tragen.<sup>19)</sup> Anderes kann gelten, wenn der Überweisungsempfänger die in dem Überweisungsschein ausdrücklich bezeichnete Schürfwunde an der Hand des Patienten nicht beachtet, die gebotene Untersuchung in Richtung auf eine bakterielle Infektion aber ein Ergebnis erbracht hätte.<sup>20)</sup> Das Unterlassen eines nächtlichen Hausbesuchs bei einer suizidgefährdeten Patientin stellt zwar eine Verletzung der Befunderhebungspflicht dar. Da aber nicht feststeht, daß ein Haubesuch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so gravierendes Befundergebnis gezeitigt hätte, daß sofort Maßnahmen zur Verhinderung des weiteren Geschehens hätten ergriffen werden müssen, kann eine Beweislastumkehr nicht angenommen werden.<sup>21)</sup>

### III. Haftung wegen Aufklärungsmangel

#### 1. Entbehrlichkeit der Aufklärung

Eine Haftung wegen eines Aufklärungsmangels kommt nicht zum Tragen, wenn feststeht, daß der Patient über das maßgebliche Risiko bereits anderweitig aufgeklärt worden ist, weil er dann weiß, in welchen Eingriff er einwilligt. Birgt eine Reoperation im Vergleich zu der Erstoperation kein zusätzliches Risiko, so läßt die dem Patienten bei der Erstoperation zuteil gewordene Aufklärung die Notwendigkeit einer abermaligen Aufklärung vor der Reoperation entfallen.<sup>22)</sup>

#### 2. Nachträgliche Befunde

Ergeben nachträgliche Befunde eine Indikation für einen Eingriff, rechtfertigt dieser Umstand regelmäßig nicht einen medizinischen Eingriff, der ohne wirksame Einwilligung vorgenommen wurde und deshalb rechtswidrig ist. Dies verbietet die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Patienten, die nicht durch das, was aus ärztlicher

---

17) BGH NJW 2001, 2792.

18) *Budewig/Gehrlein* (Fn. 5) 14. Kap. Rn. 77.

19) BGH NJW 2001, 2792.

20) BGH NJW 2001, 1787.

21) BGH NJW 2001, 2794.

22) BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

Sicht oder objektiv erforderlich oder sinnvoll wäre, begrenzt werden darf. Empfiehlt der Arzt anstelle der eigentlich indizierten Konisation eine Hysterektomie, so ist der Eingriff als rechtswidrig zu erachten, wenn die Empfehlung zur Entfernung der Gebärmutter durch den nachträglichen histologischen Befund bestätigt wurde.<sup>23)</sup>

### **3. Zeitpunkt der Aufklärung**

#### **a) Stationäre Behandlung**

Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist es grundsätzlich geboten, daß ein Arzt, der einem Patienten eine Entscheidung über die Duldung eines operativen Eingriffs abverlangt und für diesen Eingriff bereits einen Termin bestimmt, ihm schon in diesem Zeitpunkt auch die Risiken aufzeigt, die mit diesem Eingriff verbunden sind. Allerdings ist eine erst später erfolgte Aufklärung nicht in jedem Fall verspätet. Vielmehr hängt die Wirksamkeit einer hierauf erfolgten Einwilligung davon ab, ob unter den jeweils gegebenen Umständen der Patient noch ausreichend Gelegenheit hat, sich innerlich frei zu entscheiden. Je nach den Vorkenntnissen des Patienten von dem bevorstehenden Eingriff kann bei stationärer Behandlung eine Aufklärung im Verlauf des Vortages grundsätzlich genügen, wenn sie zu einer Zeit erfolgt, zu der sie dem Patienten die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erlaubt. Bei einer Aufklärung am Vorabend einer Operation ist ein Patient in der Regel mit der Verarbeitung der ihm mitgeteilten Fakten überfordert, wenn er erstmals aus dem späten Aufklärungsgespräch von gravierenden Risiken des Eingriffs erfährt, die seine künftige Lebensführung entscheidend beeinträchtigen können. Vereinbart der Arzt am 12. April mit dem Patienten eine Bandscheibenoperation für den 15. April, so sollte die Aufklärung bei Absprache des Operationstermins, also am 12. April, stattfinden. Eine spätere Aufklärung ist zwar noch bis zum Vortag des Eingriffs möglich. Verspätet ist indes eine Aufklärung am Nachmittag des 15. April vor der um 20.00 Uhr durchgeführten Operation.<sup>24)</sup>

#### **b) Ambulante Behandlung**

Hingegen reicht es bei normalen ambulanten und diagnostischen Eingriffen grundsätzlich aus, wenn die Aufklärung am Tag des Eingriffs erfolgt. Auch in solchen Fällen muß jedoch dem Patienten bei der Aufklärung über die Art des Eingriffs und seine Risiken verdeutlicht werden, daß ihm eine eigenständige Entscheidung darüber, ob er den Eingriff durchführen lassen will, überlassen bleibt. Allerdings dürfte bei größeren ambulanten Eingriffen mit beträchtlichen Risiken eine Aufklärung erst am Tage des Eingriffs nicht mehr rechtzeitig sein, zumal solchen Operationen gewöhnlich Untersuchungen vorangehen, in deren Rahmen die erforderliche Aufklärung bereits erteilt werden

---

23) BGH Urt. v. 18. März 2002 – VI ZR 266/02.

24) BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

kann.<sup>25)</sup>

#### c) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch verspätete Aufklärung

Der nicht rechtzeitig aufgeklärte Patient muß substantiiert darlegen, daß ihn die späte Aufklärung in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt hat, und plausibel machen, daß er, wenn ihm rechtzeitig die Risiken der Operation verdeutlicht worden wären, vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei allerdings an die Substantiierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.<sup>26)</sup>

#### 4. Umfang des zu ersetzenden Körperschadens

Die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff kann nur insgesamt erteilt oder verweigert werden. Im Grundsatz ist deshalb davon auszugehen, daß Aufklärungsdefizite den Eingriff als solchen rechtswidrig machen und der Arzt deshalb, gleich ob sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht, für alle Schadensfolgen der Behandlung haftet. Folglich ist der Arzt, dem ein Aufklärungsfehler unterläuft, grundsätzlich ohne Unterschied zum Ersatz aller Folgeschäden verpflichtet.<sup>27)</sup> Hat sich gerade das Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden mußte – Lähmungen als Folge einer Schutzimpfung – und über das tatsächlich aufgeklärt worden ist, so spielt es keine Rolle, ob bei der Aufklärung noch andere Risiken der Erwähnung bedurften. Vielmehr kann aus dem Eingriff keine Haftung hergeleitet werden, wenn der Patient in Kenntnis des verwirklichten Risikos seine Einwilligung erteilt hat.<sup>28)</sup> Anders verhält es sich, falls der Patient nur über eines (Fußheberschwäche) von mehreren aufklärungspflichtigen Risiken (Impotenz) unterrichtet wurde, sich nach dem Eingriff aber beide Risiken verwirklichen. Hier ist der Arzt für sämtliche Schäden – auch das mitgeteilte Risiko der Fußheberschwäche – verantwortlich, weil der Eingriff wegen der unzureichenden Aufklärung insgesamt rechtswidrig ist.<sup>29)</sup>

### IV. Verfahrensfragen

#### 1. Selbständiges Beweisverfahren

Ein rechtliches Interesse an der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO kann bei Arzthaftungsansprüchen nicht aus grundsätzlichen Erwägungen ohne Prüfung des Einzelfalls verneint werden. Das rechtliche Interesse als Zulässigkeitsvoraussetzung des § 485 Abs. 2 ZPO ist generell weit auszulegen. Auch wenn sich das

---

25) BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

26) BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

27) BGH NJW 1996, 777; 1989, 1533; *Budewig/Gehrlein* 14. Kap. Rn. 131.

28) BGH NJW 2000, 1784.

29) BGH NJW 2001, 2798=VersR 2001, 592 mit Anm. *Gehrlein*.

Ergebnis eines selbständigen Beweisverfahrens in Arzthaftungssachen häufig als unzureichend oder gar unerheblich erweist, ist das Risiko, daß das Gutachten auf einer ungesicherten tatsächlichen Grundlage erstattet wurde, vom Antragsteller zu tragen und über die Kostenfolge des § 96 ZPO zu regeln. Das außergerichtliche Schlichtungsverfahren vor den Gutachter- und Schlichtungsstellen der Ärztekammern, auf das der Patient zugreifen kann, verdrängt nicht das selbständige Beweisverfahren. Das selbständige Beweisverfahren beschränkt sich bei einer Verletzung der Person, um die es regelmäßig in Arzthaftungsverfahren geht, darauf, den Zustand dieser Person, die hierfür maßgeblichen Gründe und die Wege zur Beseitigung des Schadens festzustellen. Mit den möglichen tatsächlichen Feststellungen wird sich häufig ein Arzthaftpflichtprozeß nicht entscheiden lassen, weil damit noch nicht die Pflichtwidrigkeit des Arztes und die Kausalität geklärt sind. In der Praxis wird sich gleichwohl nicht selten erkennen lassen, ob und in welcher Schwere ein Behandlungsfehler gegeben ist. Deshalb kann die vorprozessuale Klärung eines Gesundheitsschadens und seiner Gründe durchaus prozeßökonomisch sein.<sup>30)</sup>

## **2. Vorlage von Behandlungsunterlagen durch nicht am Rechtsstreit beteiligte Stelle**

Mitunter wird ein Patient durch mehrere Ärzte oder Kliniken betreut. Im Rechtsstreit können dann Behandlungsunterlagen eines vor- oder nachbehandelnden Arztes, der selbst nicht verklagt ist, im Blick auf die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des beklagten Arztes Bedeutung gewinnen. Für den Patient stellt sich die Frage, wie diese Unterlagen in den Rechtsstreit eingeführt werden können. Schon unter der Geltung des früheren Zivilprozeßrechts wurde der Antrag einer Partei als erheblich erachtet, Krankenunterlagen eines außerhalb des Rechtsstreit stehenden Arztes oder einer solchen Klinik beizuziehen.<sup>31)</sup> Im Rahmen der ZPO-Reform hat der Gesetzgeber erstmals durch § 142 Abs. 1 und 2 ZPO eine Vorlegungspflicht für Dritte statuiert, sofern eine schlüssige Klage vorliegt, ihnen eine Vorlage unter Berücksichtigung ihrer berechtigten Interessen zumutbar ist und kein Zeugnisverweigerungsrecht besteht. Auf der Grundlage dieser Vorschrift können regelmäßig die Krankenunterlagen bei dritten, am Rechtsstreit nicht beteiligten Ärzten oder Kliniken angefordert werden. Diese Stellen sind nämlich nach § 810 BGB ohnehin verpflichtet, dem Patienten Einsicht in seine Krankenunterlagen zu gewähren. Faßt das Gericht die ihm durch § 142 ZPO eröffnete Befugnis, die Krankenunterlagen bei einer dritten Stelle anzufordern, nicht ins Auge, so liegt ein Verfahrensfehler vor.<sup>32)</sup>

## **3. Mündliche Anhörung des Gutachters**

### **a) Protokollierung der Angaben des Sachverständigen**

Mündliche Erklärungen von Sachverständigen sind nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO

---

30) BGH Beschluß v. 21. Januar 2003 – VI ZB 51/02.

31) BGB NJW 1989, 1533 f.

32) Saarl. OLG Urt. v. 30. April 2003 – I U 682/02-161.

grundsätzlich im Protokoll festzustellen. Bei einer wiederholten Anhörung oder bei einer mündlichen Erläuterung des schriftlichen Gutachtens sind jedenfalls die Erklärungen zu protokollieren, die inhaltlich von früheren Aussagen abweichen. Davon darf im Einverständnis mit den Parteien nur abgesehen werden, wenn die an sich zu protokollierende Aussage in einem Berichterstattervermerk hinreichend klar und vollständig niedergelegt wird, damit eine revisionsrechtliche Prüfung darüber möglich ist, ob das Berufungsgericht den Sachverständigen in diesem Punkt richtig verstanden hat. Werden die von seiner schriftlichen Bewertung abweichenden mündlichen Erklärungen des Sachverständigen weder protokolliert noch in einem Berichterstattervermerk festgehalten, so handelt es sich um einen Verstoß gegen § 286 ZPO.<sup>33)</sup>

#### **b) Antrag der Partei**

Für die Frage, ob die Ladung eines Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des von ihm erstatteten Gutachtens geboten ist, kommt es nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder gar zu erwarten ist, daß der Gutachter seine Auffassung ändert. Nach ständiger Rechtsprechung hat die Partei zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf, daß dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorgelegt werden. Dieses Antragsrecht der Partei besteht unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO. Beschränkungen des Antragsrechts ergeben sich nur aus den Gesichtspunkten des Rechtsmißbrauchs und der Prozeßverschleppung.

##### **aa) Rechtsmißbrauch**

Ein Rechtsmißbrauch läßt sich nicht daraus herleiten, daß die Partei nicht mitgeteilt hat, welche Fragen dem Sachverständigen gestellt werden sollen. Es kann von einer Partei, die einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, nicht verlangt werden, daß sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im voraus konkret formuliert. Es genügt, wenn sie allgemein angibt, in welcher Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht.<sup>34)</sup>

##### **bb) Prozeßverschleppung**

Das Gericht muß die Frist nach § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO wegen der damit verbundenen einschneidenden Folgen für die Partei in unmißverständlicher Form setzen. Das Gericht – nicht der Vorsitzende – muß den Inhalt der Verfügung, mit der es eine Frist im Sinne des § 296 Abs. 1 ZPO setzt, klar und vernünftig abfassen, so daß der Partei von Anfang an vernünftigerweise keine Fehlvorstellungen über die gravierenden Folgen der mit der Nichtbeachtung der Frist verbundenen Rechtsfolgen aufkommen können. Wird den Parteien lediglich Gelegenheit gegeben, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu dem Gutachten

---

33) BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

34) BGH BGHReport 2003, 256; BGH NJW-RR 2001, 1431.

Stellung zu nehmen, so wird damit nur der schriftliche Dialog der Parteien über den Inhalt des Gutachtens eröffnet, aber keine Ausschußfrist gesetzt.<sup>35)</sup>

#### **c) Anhörung von Amts wegen**

Widersprüche zwischen der Begutachtung eines gerichtlichen Sachverständigen und den Ausführungen einer ärztlichen Schlichtungsstelle sind beispielsweise durch gezielte Nachfrage im Rahmen der mündlichen Anhörung des Sachverständigen abzuklären. Eine solche Nachfrage ist auch geboten, wenn die Auffassung des Sachverständigen von der medizinischen Fachliteratur, wonach bei primärer Anwendung eines Hysteroskops die Wahrscheinlichkeit einer Perforation nur 0,1 % beträgt, abweicht.<sup>36)</sup> Ferner bedarf es einer gezielten Befragung des Sachverständigen, falls der Sachverständige im Unterschied zu seinem schriftlichen Gutachten bei seiner mündlichen Anhörung einen Behandlungsfehler verneint.<sup>37)</sup> Das Gericht darf sich nicht mit einer eigenen Interpretation über Widersprüche in dem Sachverständigengutachten hinwegsetzen. Unklarheiten und Zweifel zwischen verschiedenen Bekundungen des Sachverständigen hat das Gericht durch eine gezielte Befragung zu klären.<sup>38)</sup> Vermag der Sachverständige die Widersprüche nicht auszuräumen, so ist von Amts wegen ein anderer Gutachter zu bestellen.<sup>39)</sup> Holt das Gericht auf ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten eine ergänzende Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen ein, so braucht das Gericht, wenn die Partei ein weiteres mit dem früheren inhaltlich übereinstimmendes Privatgutachten einreicht, weder den gerichtlich bestellte Sachverständigen erneut zu hören, noch ein zusätzliches Gutachten im Sinne des § 412 ZPO in Auftrag zu geben.<sup>40)</sup>

#### **d) Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung**

Wenn in einem Arzthaftungsprozeß der medizinische Sachverständige in seinem mündlich erstatteten Gutachten neue und ausführlichere Beurteilungen gegenüber dem bisherigen Gutachten abgegeben hat, ist der medizinisch nicht sachkundigen Partei Gelegenheit zu geben, sich gegebenenfalls sachverständig beraten zu lassen und nochmals Stellung nehmen zu können. Andernfalls wird die Partei meist nicht in der Lage sein, dem Sachverständigen etwaige abweichende medizinische Lehrmeinungen vorzuhalten, auf die Möglichkeit von Lücken in der Begutachtung hinzuweisen und etwaige Widersprüche im Gutachten aufzuzeigen. Das Gericht muß in solchen Fällen wenigstens dann die mündliche Verhandlung wiedereröffnen, wenn die Partei im nachgereichten Schriftsatz das mündlich

---

35) BGH NJW-RR 2001, 1431.

36) BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

37) BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02; BGH NJW 2001, 2791.

38) BGH NJW 2001, 2791=MedR 2001, 28 mit Anm. *Gehrlein*.

39) BGH NJW 2001, 1787; 1999, 1778; VersR 1980, 533; Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2000, 403; 2000, 426.

40) BGH NJW 2001, 2798.

erstattete Gutachten unter Anführung von Einzelheiten angreift und dies auch dann, wenn die Partei die Einräumung einer Schriftsatzfrist (§ 283 ZPO) nicht beantragt hatte.<sup>41)</sup>

Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die nicht sachkundige Partei, sondern auch für die Behandlungsseite, die unter dem Blickpunkt des rechtlichen Gehörs ebenfalls die Möglichkeit haben muß, zu neuem medizinischen Vorbringen in der mündlichen Verhandlung eine ergänzende Stellungnahme bzw. ein Privatgutachten vorzulegen, und die deshalb Anspruch auf eine sorgfältige Befassung des Gerichts mit einem solchen Gutachten hat. Folglich sind Ausführungen in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz zur Kenntnis zu nehmen und muß, soweit sie Anlaß zu weiterer tatsächlicher Aufklärung geben, die mündliche Verhandlung wiedereröffnet werden. Äußert der Sachverständige bei seiner mündlichen Anhörung erstmals, der Patient habe über die Alternative einer konservativen Behandlung aufgeklärt werden müssen, und legt die Arztseite innerhalb der Spruchfrist ein gegenteiliges Privatgutachten vor, muß das Gericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen, auch wenn eine Schriftsatzfrist nicht beantragt worden war.<sup>42)</sup>

Dagegen ist das Gericht nicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung verpflichtet, wenn eine Partei ein ihr im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bereits vorliegendes Gutachten erst innerhalb der Spruchfrist einreicht. Ein solches Gutachten kann das Gericht in Anwendung von § 296a ZPO unberücksichtigt lassen.<sup>43)</sup>

#### **4. Parteianhörung: Vier-Augen-Gespräch**

Die Unterzeichnung eines Merkblatts über ein Aufklärungsgespräch bildet einen Anhaltspunkt für eine hinreichende Aufklärung, die eine Vernehmung des Arztes als Partei (§ 448 ZPO) gestattet. Die Vernehmung des Arztes kann auch unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit für die Prozeßparteien gerechtfertigt sein. Ist der Arzt, obwohl für die Aufklärung beweispflichtig, beweislos, kann er über den Inhalt eines Aufklärungsgesprächs gehört werden.<sup>44)</sup> Regelmäßig sollte das Gericht beide Parteien zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs vernehmen.

#### **5. Berufungsverfahren**

##### **a) Bindung an tatsächliche Feststellungen**

Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts gebunden, es sei denn, das Erstgericht hat die Tatsachen aufgrund der Verletzung materiellen Rechts oder aufgrund von Verfahrensfehlern fehlerhaft erfaßt oder es besteht aus Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür, daß im Falle der Wiederholung der Beweisauf-

---

41) BGH NJW 2001, 2796.

42) BGH NJW 2001, 2796.

43) Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2003, 179.

44) BGH NJW-RR 2001, 1431.

nahme die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden.<sup>45)</sup> Ein Verfahrensfehler scheidet aus, wenn sämtliche zum Inhalt des Aufklärungsgesprächs angebotene Beweise erhoben wurden.<sup>46)</sup>

#### **b) Neues Vorbringen**

Die Zulassung neuen Vorbringens im Berufungsrechtszug wird durch § 531 Abs. 2 ZPO in erheblichem Maße eingeschränkt. Ausschlaggebendes Gewicht kommt bei der Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel der Frage zu, ob die verspätete Geltendmachung auf Nachlässigkeit (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO) beruht. Nachlässigkeit ist im Sinne von Fahrlässigkeit zu verstehen.<sup>47)</sup> Wegen des Vorwurfs der Nachlässigkeit kann ein Arzt mit der erstmals im Berufungsrechtszug geltend gemachten Behauptung einer hypothetischen Einwilligung nicht gehört werden.<sup>48)</sup> Hat das Landgericht ein der Partei bereits geraume Zeit vorliegendes, aber erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichtes Gutachten in zutreffender Anwendung des § 296a ZPO nicht berücksichtigt, kann dieses Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO im Berufungsrechtszug geltend gemacht werden. Der Beachtung des Gutachtens steht indes § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO entgegen, weil der verspätete Vortrag auf Nachlässigkeit beruht.<sup>49)</sup>

### **6. Grundurteil**

Das Gericht ist nicht am Erlaß eines Grundurteils (§ 304 ZPO) gehindert, wenn ein möglicherweise ein haftungsrechtlich relevantes Mitverschulden des Patienten in Betracht kommt. In einem Grundurteil kann die Mitverschuldensfrage offen gelassen und dem Betragsverfahren vorbehalten bleiben.<sup>50)</sup>

### **7. Zulassung der Revision**

Wird die Revision vom Berufungsgericht zugelassen (§ 543 Abs. 2 ZPO), so erfaßt die Zulassung den Streitgegenstand, über den das Berufungsgericht entschieden hat. Wurde die Revision beschränkt auf die Frage, ob die Aufklärung rechtzeitig erfolgt ist, zugelassen, so ist das Revisionsgericht nicht gehindert, auch zu prüfen, ob die Aufklärung inhaltlich zutreffend war.<sup>51)</sup>

---

45) OLG Dresden GesR 2003, 157.

46) OLG Dresden GesR 2003, 157.

47) *Gehrlein* MDR 2003, 421, 428.

48) OLG Köln GesR 2003, 85.

49) Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2003, 179.

50) BGH NJW 2001, 2794.

51) BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.