

# Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

7/2022

შეღარეზიტი სამართლის  
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift  
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



7/2022

Deutsch-Georgische  
ZEITSCHRIFT FÜR  
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლაკობითი  
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



JURISTISCHE FAKULTÄT DER STAATLICHEN UNIVERSITÄT TIFLIS

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR  
INTERNATIONALE RECHTLICHE  
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz und  
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2022

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2022

© Autoren, 2022

## **Schriftleitung**

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

## **Herausgeber**

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Notar Justizrat Richard Bock

Richter Wolfram Eberhard

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski

Richter Dr. Timo Utermark

Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod

Prof. Tanel Kerikmäe

Prof. Dr. Giorgi Khubua

Prof. Dr. Lasha Bregvadze

Prof. Dr. Irakli Burduli

Prof. Dr. Zviad Gabisonia

Frank Hupfeld

Khatuna Diasamidze

Assoz. Prof. Dr. Sulkhani Gamqrelidze

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

David Maisuradze

Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani

Rechtsanwalt Temur Bigvava

Rechtsanwalt Zviad Batiashvili

Khatia Papidze

Dr. Archil Chochia

Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze

Demetre Egnatashvili

Rechtsanwalt Ketevan Buadze

Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Tornike Darjania

Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili

Razhden Kuprashvili

Sulkhani Gvelesiani

Natali Gogishvili

## **Technische Unterstützung und Layout**

David Maisuradze

## **Arbeitsgruppe**

Nino Kavshbaia

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

Tilman Sutor



# Inhaltsverzeichnis

## AUFSATZ Zivilrecht

- Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland** 7  
*Ulrich Hagenloch*
- Einige Überlegungen zur Zukunft des Lateinischen Notariats** 24  
*Richard Bock*
- Zwei Gesetzesfehler in den Pachtvorschriften des georgischen Zivilgesetzbuchs** 30  
*David Maisuradze*
- Analysis of models of legal regulation of insolvency of natural persons** 34  
*Razhden Kuprashvili*

## AUFSATZ Staatsrecht

- Der normative Inhalt von Artikel 8 der Verfassung Georgiens: Neutralität und Parität in einem traditionell christlichen Land** 43  
*David Maisuradze*

## AUFSATZ Rechtsprechung

- Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021** 46  
*Ulrich Hagenloch*
- Neues zum Medizinrecht in Deutschland: Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2022** 72  
*Ulrich Hagenloch*



## Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland

Ulrich Hagenloch

Ehemaliger Präsident des Oberlandesgerichts Dresden

### **I. Allgemeine beweisrechtliche Grundsätze, Anforderungen an substantiierten Vortrag, sekundäre Darlegungslast**

Im Ausgangspunkt entspricht es im deutschen Recht einhelliger Auffassung, dass gemäß den allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast den Patienten die Beweislast für einen Fehler bei der medizinischen Behandlung, also vor allem auch für ein ärztliches Verschulden, trifft.<sup>1</sup> Für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers ist erforderlich, dass bei der Behandlung von dem allgemein anerkannten fachlichen (oder dem vereinbarten) Standard abgewichen wurde (vgl. § 630a Abs. 2 BGB). Ein zur Haftung führender Behandlungsfehler setzt deshalb gemäß § 280 Abs. 1 BGB, § 630a BGB (vertraglicher Haftungsanspruch; vergleichbar mit Art. 394 Abs. 1, 629 Abs. 1 ZGB) bzw. gemäß § 823 Abs. 1 BGB (deliktsrechtlicher Haftungsanspruch; insoweit vergleichbar mit Art. 992 ZGB) voraus, dass nicht diejenigen Maßnahmen ergriffen wurden, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Behandler aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden (sog. Facharztstandard).<sup>2</sup>

Dem Patienten kommen jedoch Beweiserleichterungen bzw. die Grundsätze zur Umkehr der Beweislast zu Gute, wenn entweder die Pflicht zur Dokumentation der medizinischen Behandlung verletzt wurde oder wenn sich ein sog. voll beherrschbares Risiko verwirklicht hat. Von großer praktischer Bedeutung sind zudem jene Rechtsgrundsätze, die von der Rechtsprechung zu den Anforderungen an die primäre Darlegungslast des Patienten und an die sekundäre Darlegungslast des Behandlers entwickelt wurden.

1. Bei der Verletzung der Dokumentationspflicht geht es um die Beweislast für die Vornahme einer tatsächlichen Handlung von medizinischer Relevanz (näher unter II. 3.). Das bedeutet, dass die Verletzung der Dokumentationspflicht als solche keine Grundlage für einen vertraglichen oder deliktischen Haftungsanspruch bilden kann (allgemeine Auffassung).<sup>3</sup>

Folge einer Verletzung der Dokumentationspflicht ist allein, dass eine Umkehr der Beweislast insoweit eintritt, als zu vermuten ist, dass eine pflichtwidrig nicht dokumentierte Maßnahme tatsächlich nicht ergriffen wurde.<sup>4</sup> Das heißt: Gelingt der Behandlerseite

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, besprochen bei Hagenloch, *Medizinrecht 2021*, Zeitschrift für Medizinrecht und Medizinmanagement, 2022, ... unter II. Nr. 1., dort. Rn. 6; BGH, Urteil vom 24. November 2020 - VI ZR 415/19 - NJW-RR 2021, 93; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - VI ZR 71/17 - MedR 2020, 842; BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - NJW 2015, 160

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 16. Mai 2000 - VI ZR 321/98 - BGHZ 144, 296; BGH, Urteil vom 16. März 1999 - VI ZR 34/98 - NJW 1999, 1778; BGH, Urteil vom 29. November 1994 - VI ZR 189/93 -

---

VersR 1995, 659. Der Behandlungsstandard in einer Hausarztpraxis ist dabei nicht deckungsgleich mit dem eines Facharztes für innere Medizin (OLG Dresden, Urteil vom 12. Juli 2022 - 4 U 836/21 - juris)

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 217/87 - NJW 1988, 2949; BGH, Urteil vom 23. März 1993 - VI ZR 26/92 - MedR 1993, 430; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - NJW 1999, 3408; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. Juli 2016 - 7 U 50/15 - juris; weitere Nachweise bei Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 75

<sup>4</sup> vgl. etwa: BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - VI ZR 71/17 - MedR 2020, 842; OLG Braunschweig, Urteil vom 18. Novem-



nicht der Gegenbeweis dafür, dass die Maßnahme trotz der fehlenden Dokumentation doch vorgenommen wurde, hat das Gericht bei seiner Entscheidung zu unterstellen, dass die Maßnahme unterblieben ist. Im nächsten Schritt ist dann vom Gericht an Hand der allgemeinen Prinzipien des materiellen und formellen Rechts zu beantworten, ob ohne die dokumentationspflichtige Maßnahme ein Behandlungsfehler vorliegt und ob dieser schadensursächlich ist. An der insoweit grundsätzlich den Patienten treffenden Darlegungs- und Beweislast vermag eine Verletzung der Dokumentationspflicht nichts zu ändern.<sup>5</sup>

Nach herrschender Auffassung handelt es sich aber bei der Dokumentation dennoch um keine bloße Obliegenheit.<sup>6</sup> Es besteht vielmehr eine vertragliche Nebenpflicht des medizinischen Behandlers, die daraus folgt, dass durch eine unterlassene Dokumentation eine unmittelbare Gefahr für die Gesundheit des Patienten entstehen kann und dieser daher an der Durchsetzung der Pflicht ein schutzwürdiges Präventionsinteresse hat.<sup>7</sup>

2. Die Grundsätze zum voll beherrschbaren Risiko sind rechtsdogmatisch anders gestaltet. Sie betreffen (vereinfacht formuliert) die Beweislast für die Ursache und für die Vermeidbarkeit von schädigenden Ereignissen, deren Eintritt trotz der Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus nach der allgemeinen Lebenserfahrung verhindert werden kann.

Die Grundsätze zum voll beherrschbaren Risiko basieren auf den Prinzipien des Anscheinsbeweises. Bei ihnen geht es mithin darum, ob eine feststehende Schadensfolge den Rückschluss auf die Ursache und auf deren Vermeidbarkeit zulässt. Der gedankliche Weg verläuft also genau umgekehrt wie bei der Beweislastumkehr zum Kausalzusammenhang, bei der aus einer feststehenden Pflichtverletzung darauf geschlossen wird, dass diese für ein schädigendes Er-

ignis ursächlich war (näher unter III. 3.). Die hinter den Grundsätzen des Anscheinsbeweises stehende Grundidee ist, dass sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung in bestimmten Situationen Zusammenhänge zwischen Ursache und Ereignis bzw. Ereignis und Ursache aufdrängen. Kommt es beispielsweise im Straßenverkehr zu einer Kollision zweier in gleicher Fahrtrichtung fahrender Fahrzeuge, spricht die Lebenserfahrung dafür, dass der Unfall von dem Auf-fahrenden verschuldet wurde. Gerät kurz nach der Vornahme von Schweißarbeiten an einem Dach die Wärmedämmung eines Dachstuhls in Brand, spricht die Lebenserfahrung dafür, dass die Schweißarbeiten Auslöser des Feuers waren.

Diese Rechtsgrundsätze haben nichts mit der Umkehr der Beweislast bei einem groben Behandlungsfehler (§ 630h Abs. 5 BGB)<sup>8</sup> oder bei einem Übernahmeverschulden (§ 630h Abs. 4 BGB)<sup>9</sup> zu tun. Diese Beweiserleichterungen betreffen ausschließlich den Kausalzusammenhang zwischen einem nachgewiesenen Behandlungsfehler und dem schädigenden Ereignis, nicht die hier erörterte Frage der Beweiserleichterungen für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers.

Allerdings kann es zu einer Kombination beider Beweisgrundsätze kommen. Dies betrifft Fallgestaltungen, bei denen im ersten Schritt in Folge einer Verletzung der Dokumentationspflicht davon auszugehen ist, dass eine bestimmte medizinische Maßnahme nicht ergriffen wurde und bei denen im zweiten Schritt dieses Unterlassen als grober Behandlungsfehler zu bewerten ist. Dann sind die Grundsätze zur fehlenden Dokumentation bei der Frage des tatsächlichen Geschehens (Unterlassen der nicht dokumentierten Maßnahme) zu Gunsten des Patienten anwendbar; die Grundsätze zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler betreffen die sich anschließende Frage, ob die Schädigung des Patienten

ber 2021 - 9 U 67/18 - juris; näher unter II. 3.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - VI ZR 71/17 - MedR 2020, 842; OLG Braunschweig, Urteil vom 18. November 2021 - 9 U 67/18 - juris

<sup>6</sup> Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Aufl., § 630f Rn. 1b; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 80 mwN

<sup>7</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 80 mwN

<sup>8</sup> dazu BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht in Deutschland, Zeitschrift für Medizinrecht und Medizinmanagement, 2022, ... dort Rn. 3; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1

<sup>9</sup> dazu BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2021, aaO, 2022, ... unter II. 1, dort Rn. 1, 2 und 6

vermieden worden wäre, wenn die (wie dann zu unterstellen) unterbliebene medizinische Maßnahme vorgenommen worden wäre.<sup>10</sup>

3. Über diese Grundsätze zur Beweislast hinaus ist für die gerichtliche Praxis von großem Gewicht, dass in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Arzthaftungsprozesse spezifische Anforderungen an die Darlegungslast der Patienten und an die sog. sekundäre Darlegungslast des Behandlers bzw. des Trägers des Krankenhauses entwickelt worden sind. Wegen der besonderen Bedeutung dieser Prinzipien soll die aktuellste Entscheidung zu dieser Thematik nachfolgend auszugsweise zitiert werden:<sup>11</sup>

Tatbestand (stark verkürzt):

*Der Klägerin wurde im Klinikum der Beklagten am 28. Februar 2012 die Gebärmutter operativ entfernt; zudem erfolgte die Teilresektion einer Schamlippe (Labienkorrektur). Nachdem die Klägerin am 9. März 2012 von starken vaginalen Blutungen berichtet hatte, wurde eine Revisionsoperation durchgeführt, bei der eine geöffnete Naht des Scheidenendes und eine intraabdominale Blutungsquelle gefunden wurde. Nach Öffnung der Bauchhöhle (Laparotomie) fand sich ein entzündliches Geschehen mit Verwachsungen im Unterbauch; die Adnexe (Eierstock und Eileiter) und der Blinddarm wurden entfernt. Zudem zeigte sich eine Infektion mit dem Darmbakterium *Enterococcus faecalis*.*

*Die Klägerin hat u.a. vorgetragen, dass wegen einer unterlassenen (nicht dokumentierten) perioperativen Antibiotikaprophylaxe der Darmkeim das Operationsgebiet kontaminiert habe. Zudem hätte in ihrem Zimmer erhebliche Hygienedefizite bestanden; vor allem habe die andere im Zimmer liegende Patientin ein (näher dargelegtes) desolates hygienisches Verhalten an den Tag gelegt.*

Aus den Gründen der Entscheidung (die Zitate sind in der Darstellung leicht verändert):

<sup>10</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 70; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 27. Februar 2008 -4 U 2/04 - juris

<sup>11</sup> Auszug aus BGH, Urteil vom 19. Februar 2019 - VI ZR 505/17 - BGHZ 221, 139

*„2. Hinsichtlich der von der Klägerin behaupteten Hygienemängel in ihrem Krankenzimmer hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten im Arzthaftungsprozess überspannt (...).*

*a) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats sind an die Substantiierungspflichten des Patienten im Arzthaftungsprozess nur maßvolle Anforderungen zu stellen. Vom Patienten kann keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden. Ihm fehlt die genaue Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffs; er ist nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen. Die Patientenseite darf sich deshalb auf Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2017 - VI ZR 605/15 - VersR 2017, 822; BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - NJW 2015, 1601; BGH, Urteil vom 8. Juni 2004 - VI ZR 199/03 - BGHZ 159, 245). Insbesondere ist der Patient nicht verpflichtet, mögliche Entstehungsursachen einer Infektion zu ermitteln und vorzutragen (...)*

*Mit der eingeschränkten primären Darlegungslast des Patienten geht zur Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit zwischen den Parteien regelmäßig eine gesteigerte Verpflichtung des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung (§ 139 ZPO) bis hin zur Einholung eines Sachverständigengutachtens (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) von Amts wegen einher, soweit der Patient darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch ein solches aufbereitet wird (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - NJW 1991, 1541).*

*b) Einschränkungen der Darlegungslast des Patienten können sich nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen ferner insoweit ergeben, als der Patient außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihm eine nähere Substantiierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder*

unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17; BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 559/14 - NJW 2016, 3244; ...). In diesem Fall hat die Behandlungsseite nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast auf die Behauptungen des Patienten substantiiert, d.h. mit näheren Angaben zu erwidern, wenn ihr Bestreiten nach § 138 Abs. 2 und 3 ZPO beachtlich sein soll (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 559/14 - NJW 2016, 3244; BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209). Die Anforderungen an die Darlegungslast der Behandlungsseite bestimmen sich dabei weitgehend nach den Umständen des Einzelfalls, sie richten sich nach der Art des im Raum stehenden Vorwurfs und stehen - wie auch sonst (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1999 - VIII ZR 14/98 - NJW 1999, 1404; ...) - im Wechselspiel zu der Tiefe des primären Vortrags des Patienten. Beweiserleichterungen resultieren aus der sekundären Darlegungslast allerdings nicht (BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17).

c) In der Kombination der genannten Grundsätze wird die erweiterte - sekundäre - Darlegungslast der Behandlungsseite im Arzthaftungsprozess ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den aufgezeigten maßvollen Anforderungen genügt und die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite gestattet, während es dieser möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären. Letzteres wird bei der Behauptung eines Hygieneverstößes regelmäßig der Fall sein, entziehen sich doch sowohl die Existenz möglicher Infektionsquellen etwa in Gestalt weiterer Patienten oder verunreinigter Instrumente als auch die Maßnahmen, welche die Behandlungsseite im Allgemeinen und - bei Vorliegen konkreter Gefahrenquellen - im Besonderen zur Einhaltung der Hygienebestimmungen und zur Infektionsprävention unternommen hat, in aller Regel der Kenntnis des Patienten, während die Behandlungsseite ohne weiteres über die entsprechenden Informationen verfügt (vgl. BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - NJW-RR 2016, 1360).

Soweit das Berufungsgericht dem Senatsbeschluss vom 16. August 2016 (VI ZR 634/15 - NJW-RR 2016,

1360; aufgegriffen in BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17) für das Auslösen der sekundären Darlegungslast die Voraussetzung entnehmen will, dass der Patient konkrete Anhaltspunkte für einen Hygieneverstoß vorträgt, trifft dies nicht zu. Der Senat hat solchen Vortrag in dem genannten Beschluss lediglich ausreichen lassen, nicht aber zur Voraussetzung erhoben. Es bleibt vielmehr auch und gerade bei der Behauptung von Hygieneverstößen bei den allgemein für das Arzthaftungsrecht geltenden maßvollen Anforderungen an die primäre Darlegungslast des Patienten. Es genügt, wenn der beweiselastete Patient Vortrag hält, der die Vermutung eines Hygienefehlers der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für ihn gestattet.

d) Nach diesen Grundsätzen reichte der Vortrag der Klägerin im Streitfall schon deshalb aus, eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auszulösen, weil die Klägerin, wie von der Revision aufgezeigt, geltend gemacht hat, sie habe sich die bakterielle Infektion aufgrund unterdurchschnittlicher hygienischer Zustände in ihrem Krankenzimmer zugezogen. Nach diesem Vortrag hätte es der Beklagten oblegen, konkret zu den von ihr ergriffenen Maßnahmen zur Sicherstellung der Hygiene und zum Infektionsschutz im Krankenzimmer der Klägerin vorzutragen, etwa durch Vorlage von Desinfektions- und Reinigungsplänen sowie der einschlägigen Hausanordnungen und Bestimmungen des Hygieneplanes.

Auf die von der Klägerin darüber hinaus geltend gemachten, von ihr selbst wahrgenommenen konkreten Umstände (desolates hygienisches Verhalten der im selben Zimmer untergebrachten Mitpatientin u.a.) und die Frage des diesbezüglichen Bestreitens durch die Beklagte kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht an."

## II. Verletzung der Dokumentationspflicht

### 1. Gesetzliche Regelung; Rechtsprechungsgrundsätze

Im Februar 2013 ist in Deutschland folgende gesetzliche Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches

(BGB) in Kraft getreten:

### § 630f Dokumentation der Behandlung

*(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen.*

*(2) Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.*

*(3) Der Behandelnde hat die Patientenakte für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.*

Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber die bereits zuvor in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Rechtsgrundsätze kodifiziert, ohne diese inhaltlich zu verändern. Daraus folgt zum einen, dass die in der Vergangenheit zur Dokumentationspflicht entwickelten Rechtsgrundsätze nach Inkrafttreten von § 630f BGB fortgelten und damit auch frühere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs weiterhin Leitbildfunktion haben können. Zum anderen zeigt dies, dass im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung ärztliche Dokumentationspflichten auch in jenen Ländern als immanenter Bestandteil eines Behandlungsvertrages verstanden werden können, die keine mit dem jetzigen deutschen Recht vergleichbare Kodifizierung der Dokumentationspflicht kennen.

## 2. Dokumentationsbedürftigkeit

Der Umfang der Dokumentationsbedürftigkeit ist in § 630f Abs. 2 BGB niedergelegt. Die Dokumentationspflicht umfasst demnach alle Maßnahmen und Ergebnisse, die aus fachlicher (medizinischer) Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlich sind.

Die ärztliche Dokumentation durch Patientenakten, Operationsberichte und Arztbriefe dient in erster Linie dazu, die Therapie zu sichern und eine sachgerechte Weiterbehandlung zu gewährleisten.<sup>12</sup> Angesichts dieser primären Zielrichtung erstreckt sie sich inhaltlich auf solche Maßnahmen und Ergebnisse, deren Aufzeichnung geboten ist, um Ärzte und Pflegepersonal über den Verlauf der Krankheit und über die bisherige Behandlung für ihre künftigen Entscheidungen ausreichend zu informieren.<sup>13</sup> Zugleich sichert sie in dezentralen Behandlungsstrukturen, dass durch ein arbeitsteiliges Vorgehen keine Wissensdefizite eintreten (dazu näher unter III. 5. d)).<sup>14</sup> Bei medizinischen Notfällen zeigt sich die medizinische Bedeutung einer ordnungsgemäßen Dokumentation besonders deutlich, da es einen ggf. entscheidenden Wissens- und Zeitverlust mit sich bringen kann, wenn bereits erhobene Befunde wegen einer unzulänglich geführten Patientenakte den Behandlern nicht bekannt werden.

Darüber hinaus stellt die Dokumentation (insbesondere im Zusammenspiel mit dem Anspruch des Patienten auf Einsichtnahme in die Krankenunterlagen [§ 630g BGB]) sicher, dass der Arzt seiner Informationspflicht („Rechenschaftspflicht“) genügt, die sich aus seinem Kenntnisvorsprung gegenüber dem

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 2. Juni 1987 - VI ZR 174/86 - NJW 1988, 762; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2021, aaO, 2022, ... unter II. Nr. 4, dort Rn. 3; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - VI ZR 71/17 - VersR 2020, 233; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282; BGH, Urteil vom 23. März 1993 - VI ZR 26/92 - VersR 1993, 836

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 27. Juni 1978 - VI ZR 183/76 - BGHZ 72, 132; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 5; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/ Rübmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 2 f.

Patienten ergibt.<sup>15</sup>

Mittelbar gewährleistet die Dokumentationspflicht zudem, dass der Patient in der Freiheit, den Behandelnden zu wechseln, nicht durch das Risiko eines Informationsverlustes oder durch die Notwendigkeit von ihm belastenden Doppeluntersuchungen, insbesondere bei Strahlenbelastungen, und entsprechenden Mehrkosten faktisch eingeschränkt ist.<sup>16</sup>

Ob der Dokumentationspflicht auch die Aufgabe einer Beweissicherung für einen etwaigen Behandlungsfehler zukommt, ist in Deutschland umstritten. Der Bundesgerichtshof hat in älteren Entscheidungen mehrfach ausgeführt, dass es nicht Zweck der Dokumentation sei, Beweise für einen späteren Arzthaftungsprozess zu sichern.<sup>17</sup> Ob diese Auffassung nach dem Inkrafttreten von § 630f BGB aufrecht erhalten werden kann,<sup>18</sup> ist ohne praktische Auswirkung, da nach ständiger Rechtsprechung allein medizinische Gründe für die Dokumentationsbedürftigkeit maßgebend sind.<sup>19</sup> Selbst wenn die Dokumentation inzwischen auch der Beweissicherung dienen sollte, könnte also ein bloßes Interesse des Patienten an einer Beweissicherung nie eine aus medizinischen Gründen nicht erforderliche Dokumentation gebieten.

Aus diesem Zweck folgt zugleich, dass es keine allgemeingültigen Kriterien für die Dokumentationsbedürftigkeit gibt. Deren Umfang hängt vielmehr von den konkreten Umständen ab, wobei nach den gesetzlichen Vorgaben insbesondere die Anamnese, die

Diagnosen, die Untersuchungen, die Untersuchungsergebnisse, die Befunde, die Therapien und ihre Wirkungen zu berücksichtigen sind. Weiterhin sind Einwilligungen, Aufklärungen und Arztbriefe in die Patientenakte aufzunehmen.

Einvernehmen besteht in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft darüber, dass bei einem operativen Eingriff die behandelnden Ärzte festzuhalten sind.<sup>20</sup> In ihrer rechtlichen Herleitung ist diese Verpflichtung aber nicht unproblematisch, da ein medizinischer Anlass hierfür nicht ohne Weiteres besteht und damit als tragender Grund nur Beweisaspekte sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten (er soll nicht bloßes Objekt der Behandlung sein und daher wissen dürfen, wer an seinem Körper Eingriffe durchgeführt hat) sowie die partnerschaftliche Funktion des Behandlungsvertrages verbleiben.<sup>21</sup>

### a) Therapiesicherung

Bei der aus medizinischen Gründen erforderlichen Dokumentation ist zwischen den von Seiten der Behandler gewonnenen Erkenntnissen, also der Niederlegung und Sicherung ihres Wissens, und der therapeutischen Information des Patienten, also der Niederlegung des Wissens des Patienten, zu differenzieren.

#### aa) Vom Behandler gewonnene Erkenntnisse

**Wie bereits angesprochen, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden, welche Maßnahmen und Ergebnisse im Einzelnen aufzuzeichnen sind. Im Zweifel empfiehlt es sich aber stets, die Dokumentation eher ausführlich zu gestalten und damit den sicheren Weg zu gehen. Wenn nachfolgend einige von**

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, besprochen bei Hagenloch, *Medizinrecht* 2021, aaO, 2022, .... unter II. Nr. 4, dort. Rn. 3; BGH, Urteil vom 27. Juni 1978 - VI ZR 183/76 - BGHZ 72, 132; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 71

<sup>16</sup> K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *jurisPK-BGB*, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 4

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - NJW 1999, 3408; BGH, Urteil vom 24. Januar 1989 - VI ZR 170/88 - MedR 1989, 195

<sup>18</sup> dazu: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 8; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *jurisPK-BGB*, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 5

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331; besprochen bei Hagenloch aaO; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - NJW 1999, 3408

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 7. Mai 1985 - VI ZR 224/83 - NJW 1985, 2193; BGH, Urteil vom 10. Mai 1983 - VI ZR 173/81 - NJW 1983, 2075; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 20; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *jurisPK-BGB*, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 16

<sup>21</sup> vgl. zum Partnerschaftsgedanken bei der medizinischen Behandlung: BT-Drucks 17/10488; vgl. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630c Rn. 28

**der Rechtsprechung entschiedene Konstellationen aufgezeigt werden, mag dies aber als grobe Orientierungshilfe dienen können.**

Dokumentationsbedürftig ist der die Behandlung auslösende Ausgangsbefund.<sup>22</sup> Insbesondere gilt dies für differential-diagnostische Maßnahmen, die für die Beurteilung des Krankheitsbildes des Patienten und für seine weitere Behandlung von entscheidender Bedeutung sind.<sup>23</sup> So ist beispielsweise beim Auftreten von plötzlichen, stechenden Kopfschmerzen in der Patientenakte niederzulegen, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um eine Subarachnoidalblutung (Subarachnoid hemorrhage [SAH]) einschließlich ihrer Vorstufe auszuschließen.<sup>24</sup>

**Bei operativen Eingriffen ist genereller Maßstab für Umfang und Intensität der Dokumentation, dass ein Mediziner der jeweiligen Fachrichtung hinreichend nachvollziehen kann, wie der Operateur vorgegangen ist und welche Besonderheiten bei dem Eingriff ggf. aufgetreten sind.<sup>25</sup> Bei operativen Routineeingriffen reicht es daher im Regelfall aus, die Art der Behandlung und die angewandten Techniken<sup>26</sup> sowie die Namen der Beteiligten zu notieren. Selbstverständlichkeiten, wie etwa die Wahrung der Hygienestandards (sterile Kleidung, Desinfektionen usw.), müssen hingegen nicht dokumentiert werden.<sup>27</sup> Gleiches gilt im Regelfall für die Art des verwendeten**

Operationsbestecks.<sup>28</sup>

Auftretende Komplikationen sind stets festzuhalten (einhellige Auffassung).<sup>29</sup> Zudem werden bei einem Berufsanfänger selbst bei Routineeingriffen intensivere Operationsberichte gefordert, da bei ihm nicht als selbstverständlich zu erachten sei, dass er von vornherein die medizinisch richtige und übliche Operationstechnik anwende und beherrsche.<sup>30</sup> Ansonsten darf aber in der Regel einem Operationsbericht, der zu den üblichen (medizinisch unwesentlichen) Zwischenschritten schweigt, entnommen werden, dass diese ohne Auffälligkeiten durchgeführt worden sind.<sup>31</sup> Ein Anästhesieprotokoll muss über Beatmungsdruck, Atemvolumina und Blutanalyse Auskunft geben.<sup>32</sup> Eine entidale CO<sub>2</sub>-Messung (Messung des Kohlenstoffdioxid-Gehalts in der Ausatemluft) ist besonders bei einer länger andauernden Beatmung per Hand dokumentationspflichtig.<sup>33</sup> Solange sich keine Auffälligkeiten ergeben, ist es hingegen im Regelfall nicht erforderlich, bei einer arteriellen Blutdruckmessung den arteriellen Mitteldruck (MAP) festzuhalten oder den Zeitpunkt der Anlegung des Katheters oder dessen Entleerung in den Operationsbericht aufzunehmen.<sup>34</sup>

Die Intensität und der Umfang der Dokumentationspflicht stehen in einer Wechselwirkung mit der

<sup>22</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. Juli 2016 - 7 U 50/15 - ArztR 2017, 184, für Dokumentation der Instabilität des Knies bei Einsatz einer Kreuzbandplastik; OLG Koblenz, Urteil vom 9. Juli 2006 - 5 U 1591/05 - juris, für die Indikation einer Überkronung von Zähnen

<sup>23</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 24 mwN; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 71 mwN

<sup>24</sup> OLG Hamm, Urteil vom 9. November 2012 - I-26 U 142/09 - ZMGR 2013, 93

<sup>25</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 27. Juli 2006 - 5 U 212/05 - NJW-RR 2007, 405

<sup>26</sup> K. Schmidt in: Herberger/Martinek/ Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15; vgl. auch OLG Nürnberg, Urteil vom 9. Juli 2001 - 5 U 965/01 - juris

<sup>27</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 15. November 2011 - MedR 2012, 529; OLG Koblenz, Beschluss vom 9. Januar 2014 - 5 U 793/13- juris; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/ Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15

<sup>28</sup> K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 7. Mai 1985 - VI ZR 224/83 - NJW 1985, 2193; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 27 mwN; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 71

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 7. Mai 1985 - VI ZR 224/83 - NJW 1985, 2193

<sup>31</sup> vgl. auch: OLG Naumburg, Urteil vom 6. Februar 2017 - 1 U 10/16 - juris, für Art der Verlegung einer Magensonde; OLG Oldenburg, Urteil vom 30. Januar 2008 - 5 U 92/06 - MedR 2008, 374, für die spannungsfreie Verknotung der Anastomosennähte bei einer Prostatektomie [Nähte für die Verbindung zwischen dem Blasenhalshals und der Harnröhre bei einer Entfernung der Prostata]; OLG Hamm, Urteil vom 28. Januar 2008 - I-3 U 121/07 - juris, für Einsatz von Operationshaken; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 71

<sup>32</sup> OLG Bamberg, Urteil vom 14. Juli 1987 - 5 U 155/86 - juris

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juli 2010 - I-8 U 46/09 - juris, wobei über die konkret zu dokumentierenden Zeitintervalle nicht zu entscheiden war

<sup>34</sup> Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 27. Februar 2008 - 4 U 2/04 - juris

Kompliziertheit des Eingriffs.<sup>35</sup> Ebenso ergeben sich gesteigerte Dokumentationspflichten, wenn ein an sich als Routineoperation zu verstehender Eingriff wegen einer atypischen Disposition des Patienten mit erhöhten Risiken verbunden ist.

Die Dokumentationspflicht erstreckt sich über die schriftliche Niederlegung der relevanten Daten hinaus auch auf elektronische Verkörperungen von visuellen Untersuchungsverfahren.<sup>36</sup> Allerdings sind Details hierzu nicht abschließend geklärt. So hat etwa das Oberlandesgericht Naumburg entschieden, dass es keinen Dokumentationsmangel darstelle, wenn nicht alle Einzelbefunde einer Duplex-Ultraschalluntersuchung durch dauerhafte Bilder aktenkundig gemacht werden.<sup>37</sup> Es genüge vielmehr, wenn sich aus der Dokumentation die Vorgehensweise bei der Befunderhebung und die vom Arzt gewonnenen Erkenntnisse ergeben.

Umstritten ist, ob ausgewertete Untersuchungssubstrate und Befundträger (wie histologische Präparate, aus dem Körper des Patienten entfernte Fremdkörper und Implantate oder als unbrauchbar gerügte Prothesen) aufzubewahren sind.<sup>38</sup> Dies dürfte zu verneinen sein, da § 630f BGB von einer Pflicht zur Aufzeichnung in papierner oder elektronischer Form ausgeht und sich damit die Dokumentationspflicht nicht auf Gegenstände beziehen kann, die (wie Untersuchungssubstrate oder Befundträger) einer papiernen oder elektronischen Dokumentation nicht zugänglich sind.<sup>39</sup>

Hiervon losgelöst ist zu beantworten, ob die Vernichtung derartiger Objekte aus zivilprozessualen Gründen eine Beweisvereitelung darstellen kann. Von einer derartigen Beweisvereitelung wird ausgegangen, wenn eine Prozesspartei dem beweisbelasteten

Gegner die Beweisführung erschwert oder unmöglich macht, etwa indem sie vor oder während des Prozesses in Betracht vorhandene Beweismittel vernichtet. In subjektiver Hinsicht muss hinzukommen, dass sowohl die Zerstörung des Beweisobjekts verschuldet ist als auch die damit verbundene Beseitigung der Beweisfunktion erkannt wird und dass das Verhalten zu missbilligen ist.<sup>40</sup> So hat etwa der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung darin gesehen, dass eine Klinik eine Gummiwärmeflasche, aus der heißes Wasser ausgelaufen war und einen Säugling verbrüht hatte, zu einem Zeitpunkt hat vernichten lassen, zu dem Arzthaftungsansprüche bereits geltend gemacht waren.<sup>41</sup>

## bb) therapeutische Information

Der Dokumentationspflicht unterliegen des Weiteren die therapeutischen Informationen.<sup>42</sup>

Hierzu ist vorab anzumerken, dass nach § 630c Abs. 2 BGB der Behandelnde u.a. verpflichtet ist, dem 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.

Diese Informationspflicht dient nicht ausschließlich medizinischen Gründen, sondern soll nach der

<sup>35</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 24

<sup>36</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 25 mwN; so auch BGH, Urteil vom 21. November 1995 - VI ZR 341/94 - NJW 1996, 779 für Röntgenbilder

<sup>37</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 13. März 2008 - 1 U 83/07 - VersR 2008, 1073. Hierzu dürfte aber auch eine andere Auffassung möglich sein.

<sup>38</sup> vgl. zum Meinungsstand: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 26

<sup>39</sup> ebenso: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 26

<sup>40</sup> BGH, Urteil vom 7. April 2022 - I ZR 222/20 - GRUR 2022, 899 mwN

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 1. Februar 1994 - VI ZR 65/93 - NJW 1994, 1594; zur Vernichtung des Videos einer Operation: OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. Januar 2011 - 7 U 149/08 - juris; dort verneinend, weil das Video von schlechter Qualität war und deshalb entsorgt wurde; zur Entsorgung einer ausgetauschten Hüftprothese nach Revisionsoperation: OLG Koblenz, Beschluss vom 26. Februar 2013 - 5 U 1474/12 - VersR 2014, 251; dort verneinend, weil ein Beweismittel auszuschließen war

<sup>42</sup> dazu näher: BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht, aaO, 2022, ... unter II. 4., dort Rn. 1 - 3; vgl. auch: BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht, aaO, 2022, ... unter II. 2., dort Rn. 1, 2 und 6

gesetzgeberischen Zielsetzung auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten stärken und im Sinne einer partizipativen Entscheidungsfindung den einem Behandlungsvertrags zu Grunde liegenden Partnerschaftsgedanken verwirklichen.<sup>43</sup> Sie soll zudem (insbesondere im Zusammenwirken mit dem Anspruch des Patienten auf Einsichtnahme in die Krankenunterlagen [§ 630g BGB]) sicherstellen, dass der Arzt seiner Informationspflicht („Rechenschaftspflicht“) genügt, die sich aus seinem fachlichen Kenntnissvorsprung gegenüber dem Patienten ergibt.<sup>44</sup>

Diese weiteren Zwecke der therapeutischen Informationspflicht ändern aber nichts daran, dass bei ihr medizinische Aspekte im Vordergrund stehen und eine therapeutische Information damit nach Maßgabe der dargelegten allgemeinen Kriterien, mithin bei einem medizinischen Grund, dokumentationsbedürftig ist. In der Regel wird ein solcher bei einer therapeutischen Information auch vorhanden sein, da ein Erfolg der Behandlung gefördert wird, wenn der entsprechend unterrichtete Patient durch ein therapiegerechtes Verhalten die ihm mögliche Unterstützung leistet.

Soweit ein Anlass für weitere diagnostische Abklärungen besteht, erstreckt sich die Dokumentationspflicht darauf, dass der Patient auf die Notwendigkeit und ggf. auf die Dringlichkeit solcher Maßnahmen hingewiesen wurde.<sup>45</sup> Bei der rechtlichen Einordnung einer hierbei unterlaufenen Pflichtverletzung ergeben sich aber Abgrenzungsprobleme hinsichtlich der Art des Behandlungsfehlers. Der hier erörterten therapeutischen Information werden diese Pflichtverletzungen schwerpunktmäßig zugerechnet, wenn der Behandler zwar auf die Notwendigkeit weitergehender Maßnahmen hingewiesen hat, nicht aber zusätz-

lich auf eine vorhandene Dringlichkeit.<sup>46</sup> Dies begründet der Bundesgerichtshof damit, dass bei einer solchen Sachlage das entscheidende Gewicht der Vorwerfbarkeit regelmäßig nicht in der unterbliebenen Befunderhebung als solcher liege, sondern in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs. Unterlässt der Behandler hingegen jeden Hinweis darauf, dass ein kontrollbedürftiger Befund gegeben ist oder dass Maßnahmen zur weiteren Abklärung medizinisch geboten sind, liegt schwerpunktmäßig ein Befunderhebungsfehler vor.<sup>47</sup> Der Kern der Vorwerfbarkeit liegt dann nämlich regelmäßig nicht im Unterlassen von Warnhinweisen, sondern in dem Unterbleiben weiterer Maßnahmen zur Befunderhebung.<sup>48</sup> Diese Abgrenzung bei der rechtlichen Einordnung des Behandlungsfehlers wirkt sich allerdings nicht unmittelbar auf das Ob und Wie der Dokumentation aus, weil diese allein von der medizinischen Notwendigkeit, nicht von der rechtlichen Einordnung des Behandlungsfehlers, abhängt.

Ein medizinischer Anlass für eine Dokumentation kann vor allem fehlen, wenn es bei den erteilten Hinweisen in eher allgemein gehaltener Weise darum geht, dass sich der Patient bei einer Verschlechterung seines Befindens wieder beim Arzt vorstellen möge.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> BT-Drucks 17/10488; vgl. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630c Rn. 28

<sup>44</sup> BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 - VI ZR 44/20 - MedR 2022, 127, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2021, aaO, 2022, ... unter II. 3., dort Rn. 3; BGH, Urteil vom 27. Juni 1978 - VI ZR 183/76 - BGHZ 72, 132; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 71

<sup>45</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 38; OLG Köln, Urteil vom 6. August 2014 - I-5 U 137/13 - GesR 2015, 95, für Empfehlung einer Koloskopie im Rahmen einer Krebsvorsorgeuntersuchung bei familiärer Vorbelastung

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 17. November 2015 - VI ZR 476/14 - MedR 2016, 431; BGH, Urteil vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222; BGH, Urteil 16. November 2004 - VI ZR 328/03 - VersR 2005, 228

<sup>47</sup> zum Befunderhebungsfehler, auch in Abgrenzung zum Diagnosefehler: BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - VI ZR 146/14 - MedR 2016, 976; OLG Dresden, Urteil vom 29. März 2022 - 4 U 980/21 - juris, besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht, aaO, 2022, ... unter III. 3, dort Rn. 4; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 23. November 2021 - 7 U 62/21 - juris, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2021, aaO, 2022, ... unter IV. 3.

<sup>48</sup> BGH, Beschluss vom 13. April 2021 - VI ZR 498/19 - NJW-RR 2021, 953; BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - NJW 2020, 2467

<sup>49</sup> vgl. etwa BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2021, aaO, 2022 ... unter II. 4., dort Rn. 3, für augenärztliche Untersuchung bei zunächst diagnostizierter Glaskörpertrübung (objektiv lag eine Netzhautablösung vor); OLG München, Urteil vom 5. Mai 2011 - 1 U 4306/10 - juris, für das Anraten, im Falle anhaltender Schmerzen nach einer zunächst diagnostizier-



Erst recht fallen hierunter routinemäßige Empfehlungen<sup>50</sup> sowie Erläuterungen zu medizinischen Wechselwirkungen und Zusammenhängen, die einem hieran interessierten Patienten über das therapeutisch Erforderliche hinaus gegeben werden.

In aller Regel ist aus fachlicher Sicht eine Dokumentation erforderlich, wenn sich ein Patient erkennbar weigert, einen ihm im Rahmen der therapeutischen Information gegebenen Rat zu befolgen.<sup>51</sup> Dies beruht darauf, dass sich ein solches Verhalten auf den weiteren Verlauf der Therapie auswirken kann, etwa durch eine Umstellung auf alternative therapeutische Maßnahmen, deren Erfolg weniger stark von der Kooperationsbereitschaft des Patienten abhängt. Aber auch die Diagnose kann beeinflusst werden, etwa wenn der Patient verordnete Medikamente nicht einnimmt und hierdurch (weil sich sein Zustand nicht verändert) Zweifel an der Richtigkeit der bisherigen Diagnose aufkommen lässt.

### b) Aufklärung, Einwilligung, Arztbriefe

Nach § 630f Abs. 2 BGB erstreckt sich die Dokumentationspflicht auf Aufklärungen, Einwilligungen und Arztbriefe. Diese Verpflichtung besteht nach dem Wortlaut und dem Gesetzeszweck selbst dann, wenn für die Dokumentation im Einzelfall kein fachlicher Anlass vorhanden ist.

Rechtsdogmatisch bildet dies einen gewissen Fremdkörper im Recht der Dokumentationspflicht. Wie dargestellt, soll diese grundsätzlich der Therapie-

sicherheit dienen und sich inhaltlich an medizinischen Aspekten orientieren. Aus medizinischer Sicht ist die Dokumentation von Aufklärungen und Einwilligungen aber zumindest im Regelfall nicht erforderlich.<sup>52</sup> Anderes kann nur gelten, wenn die Aufklärung und der Eingriff durch verschiedene Behandler erfolgen. Dann besteht zumindest im Regelfall ein medizinischer Anlass für die Dokumentation des Aufklärungsgesprächs, damit der den Eingriff vornehmende Nachbehandler der Patientenakte entnehmen kann, ob und in welchem Umfang der Patient bereits aufgeklärt wurde.<sup>53</sup> Dies ist für den weiteren Behandlungsverlauf vor allem mit Blick darauf von Belang, dass der Patient gemäß § 630e Abs.2 S.1 Nr. 2 BGB „wohlüberlegt“ darüber soll entscheiden können, ob er in einen Eingriff einwilligt. Hieraus folgt, dass ihm zwischen der Aufklärung und der Entscheidung über die Einwilligung eine angemessene Bedenkzeit gewährt werden muss.<sup>54</sup> Ist die durch den Erstbehandler erfolgte Aufklärung nicht hinreichend dokumentiert, zwingt dies den Operateur dazu, die Aufklärung erneut vorzunehmen, da er nur so einem eigenen Haftungsrisiko entgehen kann. Mittelbare Konsequenz dessen kann sein, dass ein bereits anberaumter Operationstermin verlegt werden muss, um dem Patienten nach der Aufklärung durch den Operateur eine angemessene Bedenkzeit zur Verfügung zu stellen.

Eine Verletzung der Pflicht zur Dokumentation von Aufklärungen und Einwilligungen bleibt für sich betrachtet weitgehend sanktionslos.<sup>55</sup> Eine praktische Relevanz hat das aber nicht, da der Behandler ohnehin die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung zu beweisen hat. Das gilt auch unabhängig davon, ob diese Beweislast (wie in Deutschland durch § 630h Abs. 2 BGB) ausdrücklich gesetzlich geregelt ist oder sich (wie in Georgien) daraus ergibt, dass die

ten Prellung (objektiv lag ein nur schwer erkennbarer Kahnbeinbruch vor) erneut einen Arzt aufzusuchen

<sup>50</sup> etwa eines Zahnarztes, der seinem Patienten alle sechs Monate eine anlasslose Kontrolluntersuchung anrät oder die Anregung, sich regelmäßig einem "Gesundheits-Check" zu unterziehen

<sup>51</sup> vgl. OLG Braunschweig, Urteil vom 18. November 2021 - 9 U 67/18 - juris; OLG München, Urteil vom 19. September 2013 - 1 U 2071/12 - juris; BGH, Urteil vom 24. Juni 1997 - VI ZR 94/96 - NJW 1997, 3090, für den Fall, dass sich ein Patient weigert, eine Untersuchung vornehmen zu lassen, die zur Abklärung einer Verdachtsdiagnose erforderlich ist; umfassende weitere Nachweise bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 36 f.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 50

<sup>53</sup> ebenso: K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 20 f.; a.A. insoweit: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 50

<sup>54</sup> OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2021, aaO, 2022, ... ,dort unter IV. 3. Rn. 2 mwN

<sup>55</sup> ebenso: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 53

ordnungsgemäße Aufklärung einen Rechtfertigungsgrund darstellt, der nach allgemeinen Grundsätzen vom Behandler zu beweisen ist.

Arztbriefe, also die Kommunikation zwischen den medizinischen Behandlern, dienen medizinischen Gründen, indem sie verhindern, dass durch ein arbeitsteiliges Vorgehen von mehreren Behandlern therapierelevante Informationen verloren gehen (dazu näher unter III. 5. d)). Aus diesem Regelungszweck folgt zugleich, dass ein therapeutisch relevanter Informationsaustausch in einer Weise zu erfolgen hat, der zur Sicherung des Kommunikationsinhalts geeignet ist. Dies hindert zwar eine telefonische Kommunikation nicht von vornherein, gebietet aber, dass deren medizinisch bedeutsamer Inhalt durch einen Gesprächsvermerk Eingang in die Patientenakte findet.<sup>56</sup>

Dieser fachliche Zweck des Arztbriefs überlagert sich mit dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Der Patient kann (in Verbindung mit dem Recht auf Einsichtnahme in die Patientenakte [vgl. § 630g BGB]) nur bei einer schriftlichen Dokumentation des Inhalts der Kommunikation wissen, zu welchem Austausch seiner personenbezogenen Daten es gekommen ist und nur dann beurteilen, ob dieser Datenaustausch den rechtlichen Anforderungen genügt. Vorsorglich sei hierzu aber angemerkt, dass eine in Arztbriefen erfolgende Pathologisierung des Patienten gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur verstößt, wenn bei der Pathologisierung entweder die Grenzen einer *lege artis* erfolgten Diagnose überschreiten wurden oder wenn der Arztbrief ein überschießendes, mit der Diagnose nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehendes Unwerturteil enthält.<sup>57</sup> Gebietet es der Zweck der Dokumentation, müssen für die weitere Behandlung selbst solche Diagnosen festgehalten werden, die erheblich in das Persönlichkeitsrecht eingreifen.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 48

<sup>57</sup> vgl. auch: OLG München, Beschluss vom 16. Juli 2019 - 24 U 2814/19 - GesR 2020, 669; OLG Koblenz, Beschluss vom 8. Januar 2018 - 5 U 1184/17 - VersR 2018, 613; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 81 f. mwN

<sup>58</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 8. Januar 2018 - 5 U 1184/17 - VersR 2018, 613, für "narzisstische Persönlichkeitsstörung"

### c) Zeitpunkt, Form, Aufbewahrung und Beweiswirkung der Dokumentation

Nach § 630f Abs. 1 BGB ist die Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung zu erstellen.

Kontrovers wird hierbei diskutiert, ob der gebotene zeitliche Zusammenhang mit jeder einzelnen dokumentationspflichtigen Behandlungsmaßnahme bestehen muss oder ob auf den Abschluss eines Behandlungsabschnitts abzustellen ist.<sup>59</sup> Erst recht schwanken die für hinreichend erachteten Zeitabstände zwischen „noch am Tag“ der Behandlung<sup>60</sup> und „bis zu einem Monat“.<sup>61</sup> Zumindest dürfte die in der früheren Rechtsprechung vertretene eher großzügige Linie<sup>62</sup> nach dem Inkrafttreten von § 630f Abs. 1 BGB nicht mehr uneingeschränkt aufrecht zu erhalten sein.

Angesichts des Normzwecks von § 630f Abs. 1 BGB ist aus Sicht des Autors geboten, die Dokumentation so zeitnah zu fertigen, dass sowohl Lücken in der Erinnerung als auch inhaltliche Akzentverschiebungen ausgeschlossen sind. Es ist daher erforderlich, jeden einzelnen Behandlungsschritt zeitnah zu dokumentieren, also nicht erst nach Abschluss der Behandlungsmaßnahme im nachhinein einen zusammenfassenden Bericht zu fertigen. Dies gilt umso mehr, als ansonsten die Gefahr besteht, dass der Inhalt der Dokumentation unter dem Eindruck des Erfolgs oder Misserfolgs der Behandlungsmaßnahme steht.

Andererseits verbietet sich mit Blick auf diesen Regelungszweck eine zu starre zeitliche Grenze.<sup>63</sup> Bei einem komplikationslos verlaufenen Routineeingriff

<sup>59</sup> vgl. zum Meinungsstand: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 56

<sup>60</sup> so etwa Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 58 mwN

<sup>61</sup> etwa Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 150

<sup>62</sup> etwa OLG Naumburg, Urteil vom 15. November 2011 - 1 U 31/11 - MedR 2012, 539, wonach ein Abstand von einem Monat die Beweiskraft nicht verringere

<sup>63</sup> im Ergebnis ebenso: K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 9

ohne besondere Vorkommnisse dürfte im Regelfall auch bei einem Abstand von einigen Tagen noch eine verlässliche Dokumentation möglich sein. Bei einem eher komplexen Behandlungsgeschehen und erst recht bei einem eher unerwarteten oder ungewöhnlichen Verlauf wird es hingegen notwendig sein, den Operationsbericht oder den Eintrag in die Patientenakte umgehend vorzunehmen. Zweifelhaft erscheint daher die Auffassung, dass die Dokumentation eines Ersteingriffs und einer am Folgetag erforderlich gewordenen Revision in einem einzigen Operationsbericht zusammengefasst werden dürfen, wenn dadurch die Verlässlichkeit der tatsächlichen Angaben nicht in Frage gestellt sei.<sup>64</sup> Eine solche Handhabung erhöht die Gefahr, dass der Operationsbericht der Erstoperation (und sei es auch nur unbewusst) unter dem Eindruck des Erfolges oder Misserfolges der Revisionsoperation gefertigt wird. Zudem dürfte sie dem Gebot entgegenstehen, jeden einzelnen Behandlungsschritt, ergo jeden einzelnen operativen Eingriff, gesondert zeitnah zu dokumentieren.

Die Eintragungen in der Patientenakte dürfen stichwortartig gehalten sein und Abkürzungen enthalten. Die Dokumentation muss auch nicht so verfasst sein, dass sie der Patient ohne Hinzuziehung eines sachkundigen Dritten versteht. Da die Patientenakte keine bloße Gedankenstütze für den Eintragenden ist, muss aber ein sachkundiger Nachbehandler den Inhalt der Patientenakte (auch hinsichtlich seiner Lesbarkeit) erfassen sowie den Ablauf des dokumentierten Geschehens in seinen wesentlichen Schritten nachvollziehen können.<sup>65</sup> In den jeweiligen Fachkreisen übliche Abkürzungen sind deshalb unschädlich.

Unproblematisch ist, wenn sich der Behandler während der Behandlung lediglich einige Gedankenstützen notiert und an Hand dieser danach die Dokumentation fertigt. Da die Gedankenstützen nicht die Dokumentation darstellen, bleibt es aber notwendig, diese innerhalb der gebotenen Frist zu erstellen und nicht irgendwann danach.

Eine rechtliche Verpflichtung, den Zeitpunkt der Dokumentation zu dokumentieren ("Dokumentation der Dokumentation") besteht nicht.<sup>66</sup> Soweit dies nicht, wie bei einer elektronischen Dokumentation, automatisch geschieht, empfiehlt sich die Angabe des Zeitpunktes dennoch, um die Verlässlichkeit der Dokumentation zu erhöhen.<sup>67</sup>

Wird die Dokumentation verspätet erstellt, verliert sie zwar nicht jeden Beweiswert, entfaltet aber nicht mehr die volle Indizwirkung einer ordnungsgemäßen Dokumentation.<sup>68</sup> Insoweit gilt sinngemäß, was so gleich zu sonstigen Defiziten der Dokumentation ausgeführt wird.

Nach gefestigter Rechtsprechung kann ordnungsgemäß erstellten Behandlungsunterlagen, die keinen Anhalt für nachträglich vorgenommene Veränderungen, Verfälschungen oder Widersprüchlichkeiten bieten, grundsätzlich (bis zum Beweis des Gegenteils) Glauben geschenkt werden.<sup>69</sup> Bei einer elektronischen Dokumentation gilt dies jedoch gemäß § 630f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB nur, wenn diese nachträgliche Änderungen erkennbar macht. Insoweit wird auf die Ausführungen im gesondert erörterten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27. April 2021 verwiesen.<sup>70</sup> Wird aus einer zunächst handschriftlich gefertigten Dokumentation später eine Leseabschrift gefertigt, gebietet es das Transparenzgebot des § 630f Abs. 1 Satz 2 und 5 BGB, dass die handschriftliche Dokumentation weiter aufbewahrt wird. Anderes gilt allerdings bei einer fälschungssicheren elektronischen Dokumentation der zunächst in anderer Form geführten

<sup>64</sup> so OLG Koblenz, Urteil vom 27. Juli 2006 - 5 U 212/05 - MedR 2007, 305

<sup>65</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 27. Juli 2006 - 5 U 212/05 - MedR 2007, 305; vgl. oben 2. a) aa)

<sup>66</sup> OLG Köln, Urteil vom 27. April 2005 - 5 U 254/02 - juris

<sup>67</sup> ebenso Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 60 mwN

<sup>68</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 58; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/ Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630f BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 9

<sup>69</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 15. Juli 2021 - 4 U 284/21 - juris; OLG Oldenburg, Urteil vom 27. März 2019 - 5 U 112/18 - juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29. August 2017 - 12 U 138/16 - juris; OLG Naumburg, Urteil vom 15. November 2011 - 1 U 31/11 - MedR 2012, 539; weitere Nachweise bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 150

<sup>70</sup> BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, besprochen bei Hagenloch, Medizinrecht 2022, ... unter II. 4, dort Rn. 6

Patientenakte.<sup>71</sup>

Verstöße gegen das Transparenzgebot nehmen der Dokumentation nicht jede Indizwirkung. Selbst eine nicht ordnungsgemäße Dokumentation stellt vielmehr einen tatsächlichen Umstand dar, den der Richter bei seiner Überzeugungsbildung einer umfassenden und sorgfältigen, angesichts der Verletzung des Transparenzgebots aber auch kritischen Würdigung zu unterziehen hat.<sup>72</sup> Einzelheiten hierzu sind allerdings umstritten.<sup>73</sup>

### 3. Rechtsfolge einer Verletzung der Dokumentationspflicht

Zu den Rechtsfolgen einer Verletzung der Dokumentationspflicht ist (in Fortführung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze) im Bürgerlichen Gesetzbuch Folgendes bestimmt:

*§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler*

*...(3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.*

Wie bereits angesprochen, führt eine Verletzung der Dokumentationspflicht gemäß § 630h Abs. 3 BGB dazu, dass die nicht dokumentierte Maßnahme als nicht ergriffen gilt. Der Verlust oder die Vernichtung der Unterlagen steht dabei einer unterlassenen Dokumentation gleich.<sup>74</sup>

Hierdurch kehrt sich die Vortrags- und Beweislast um, so dass der Behandler darzulegen und zu beweisen hat, dass die nicht dokumentierte Maßnahme tatsächlich doch ergriffen wurde. Dies kann neben einer Vernehmung von Zeugen auch durch eine systematische Zusammenschau aller Umstände, im deutschen Zivilprozessrecht ggf. in Verbindung mit einer Parteianhörung bzw. Parteivernehmung des Behandlers, geschehen.<sup>75</sup>

### III. Beweislast bei voll beherrschbaren Risiken

Im Zuge der gesetzlichen Regelung des Rechts der medizinischen Behandlung hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2013 nachstehende Regelung in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen:

*§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler*

*(1) 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...*

#### 1. Grundgedanken der Regelung, Anscheinsbeweis

Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber die zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum voll beherrschbaren Risiko kodifiziert. Diese beruhen im Ausgangspunkt auf den Prinzipien des Anscheinsbeweises (dazu oben I. 2.) und wurden im Laufe der Zeit aus diesen heraus entwickelt und rechtlich verselbstständigt.

<sup>71</sup> vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29. August 2017 12 U 138/16 - juris, für Mikroverfilmung

<sup>72</sup> BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, besprochen bei Hagenlocher, Medizinrecht 2022, ... unter II. 4, dort Rn. 6, für nicht fälschungssichere elektronische Dokumentation

<sup>73</sup> zum Meinungsstand Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630f Rn. 62

<sup>74</sup> vor Inkrafttreten von § 630h Abs. 3 BGB: OLG Oldenburg, Urteil

vom 25. Oktober 2006 - 5 U 29/06 - GesR 2007, 66

<sup>75</sup> OLG Oldenburg, Urteil vom 25. Oktober 2006 - 5 U 29/06 - GesR 2007, 66; OLG Dresden, Beschluss vom 14. September 2017 - 4 U 975/17 - juris, wobei in dieser Entscheidung zudem (eher zweifelhaft) angenommen wird, für die richterliche Überzeugungsbildung könne genügen, wenn der Behandler erkläre, die nicht dokumentierte Maßnahme immer vorzunehmen

Nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises wird, wie bereits erwähnt, ein Kausalzusammenhang vermutet, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung das Schadensereignis eine typische Folge des festgestellten Haftungsgrundes ist. Spiegelbildlich hierzu kommt ein Anscheinsbeweis in Betracht, wenn (wie im Zusammenhang mit den Beweisgrundsätzen des voll beherrschbaren Risikos von Belang) nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein Erfahrungssatz dahin besteht, dass ein feststehendes Schadenereignis den Rückschluss auf eine bestimmte Schadensursache und deren Vermeidbarkeit zulässt.<sup>76</sup> Um dies an Hand von zwei Beispielen aus dem medizinischen Bereich zu verdeutlichen:

Ausgangspunkt einer Entscheidung zum Anscheinsbeweis für einen Kausalzusammenhang zwischen einer schädigenden Handlung und einem Schadensereignis war, dass einer Ehefrau Blut eines an AIDS erkrankten Spenders transfundiert wurde und bei deren Ehemann in der Folge eine HIV-Infektion aufgetreten ist. Der Bundesgerichtshof hat im konkreten Fall einen doppelten Anscheinsbeweis bejaht und dazu folgende Leitsätze aufgestellt:<sup>77</sup>

*"Wird einem Patienten, der zu keiner HIV-gefährdeten Risikogruppe gehört und auch durch die Art seiner Lebensführung keiner gesteigerten HIV-Infektionsgefahr ausgesetzt ist, Blut eines Spenders übertragen, der an AIDS erkrankt ist, und wird bei ihm und bei anderen Empfängern dieses Blutes später eine AIDS-Infektion festgestellt, so spricht ein Anscheinsbeweis dafür, daß er vor der Bluttransfusion noch nicht HIV-infiziert war, und ihm das HIV erst mit der Transfusion übertragen wurde.*

*Erkrankt auch der Ehegatte des Blutempfängers an AIDS, so spricht ein Anscheinsbeweis auch dafür, daß er von dem Blutempfänger angesteckt worden ist."*

<sup>76</sup> Zum Ganzen im Recht des Behandlungsvertrages: vgl Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 49 mwN; Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 46 f.; dazu auch oben I. 2.

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 30. April 1991 - VI ZR 178/90 - BGHZ 114, 284 (dazu auch unten 5. a)); ebenso: BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209

Ein Beispiel für einen Rückschluss von einem schädigenden Ereignis auf dessen Ursache bildet, wenn nach der Fertigung einer Röntgenaufnahme hochgradige Verbrennungen auftreten. Dies drängt nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf, dass es zu einer Überdosierung der Strahlung gekommen sein muss.<sup>78</sup>

Im Rahmen des Behandlungsvertrages sind der Anwendung des Anscheinsbeweises meist enge Grenzen gesetzt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es zum Verlauf medizinischer Behandlungen in der Regel keine allgemein gültigen Erfahrungssätze gibt, weil weitgehend die Möglichkeit eines atypischen Verlaufs besteht.<sup>79</sup> Erst recht gilt dies bei einem an einer Krankheit leidenden Patienten, bei dem man es vornherein nicht mit einem typisch funktionierenden Körper, sondern mit atypischen Wirkzusammenhängen und unterschiedlichen Behandlungsbedingungen zu tun hat.<sup>80</sup>

Die rechtliche Verortung dieser Thematik hat sich allerdings mittlerweile durch die in Deutschland von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum voll beherrschbaren Risiko und deren zwischenzeitliche Kodifizierung in § 630h Abs. 1 BGB vom Recht des Anscheinsbeweises stark losgelöst.<sup>81</sup> Das damit verbundene Verhältnis zwischen den Grundsätzen des Anscheinsbeweises und jenen des voll beherrschbaren Risikos ist aber ohne nennenswerte praktische Relevanz und soll daher nicht vertieft werden.

## 2. Anwendungsbereich der Rechtsgrundsätze zum voll beherrschbaren Risiko

Angesichts dieser Grundgedanken sind die voll beherrschbaren Risiken dadurch gekennzeichnet, dass

<sup>78</sup> nach Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 49 mwN

<sup>79</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 6

<sup>80</sup> Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 48

<sup>81</sup> zu den Abgrenzungen und zu dem verbleibenden Anwendungsbereich der Grundsätze des Anscheinsbeweises: Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 51 f.)

sie erstens durch den Klinik- oder Praxisbetrieb gesetzt sind und zweitens durch dessen ordnungsgemäße Gestaltung verhindert werden können.<sup>82</sup>

Die voll beherrschbaren Risiken sind von jenen Gefahren abzugrenzen, die vorrangig aus den Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus bzw. den Besonderheiten eines Eingriffs in diesen Organismus erwachsen, folglich der Patientensphäre zuzurechnen sind.<sup>83</sup> Es muss sich also ein Risiko verwirklichen, das im Herrschafts- und Organisationsbereich des Behandelnden angesiedelt ist<sup>84</sup> und das sich bei einer sachgerechten Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens erfahrungsgemäß nicht realisieren dürfte.<sup>85</sup>

Die volle Beherrschbarkeit eines an sich zu beherrschenden Risikos kann aber entfallen, wenn bei dem geschädigten Patienten atypische körperliche Dispositionen vorliegen, welche die Gefahr einer Schädigung erhöhen.<sup>86</sup> Gleiches kann gelten, wenn als mögliche Ursache der Schädigung neben einem voll beherrschbaren Risiko auch eine Ursache in Betracht kommt, die weder im Risikobereich des Behandlers liegt noch

von ihm erkannt werden kann.<sup>87</sup>

Die sich in diesem Zusammenhang bei der Darlegungs- und Beweislast stellenden Fragen werden so gleich unter 3. behandelt.

### 3. Rechtsfolge

Verwirklicht sich ein voll beherrschbares Risiko, wird gemäß § 630h Abs. 1 BGB vermutet, dass ein Behandlungsfehler vorliegt, also gegen einen allgemein anerkannten fachlichen Standard verstoßen wurde (vgl. oben I.). Diese Vermutung schließt nach allgemeiner Auffassung das Verschulden ein.<sup>88</sup>

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen bei gesetzlichen Vermutungen bleibt es dem Behandler bzw. dem Träger des Krankenhauses aber eröffnet, den Gegenbeweis dahin zu führen, dass ihn entgegen der Vermutung kein (eigenes oder ihm zuzurechnendes fremdes) Verschulden trifft. Dafür muss er darlegen und beweisen, dass er alle erforderlichen organisatorischen und technischen Vorkehrungen ergriffen hat, um das Risiko zu vermeiden.<sup>89</sup> An diesen Gegenbeweis sind insbesondere hinsichtlich der Funktions-tauglichkeit der medizinisch-apparativen Ausstattung sowie der Leitung (Handlungsanweisungen) und der

<sup>82</sup> BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 239; OLG Dresden, Beschluss vom 30. November 2021 - 4 U 1764/21 - juris; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 17; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 46

<sup>83</sup> BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 239; BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 239; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 17; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 46

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17; BGH, Beschluss vom 26. September 2017 - VI ZR 529/16 - MedR 2018, 234

<sup>85</sup> ebenso (etwas anders formulierend): BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17; BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 239; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 17

<sup>86</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 1995 - VI ZR 60/94 - MedR 1995, 365, für Lagerungsschaden in Form einer Armplexusparaese (durch Nervschädigung ausgelöste Lähmung im Schulter-, Armbereich) bei nicht erkennbarem Thoracic-Outlet-Syndrom [TOS]; dazu unter 5. b); Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 28. März 2007 - 4 U 1030/04 - GesR 2007, 404, für Lagerungsschaden bei nicht bekannter Anomalie des Querfortsatzes des 7. Halswirbels; siehe auch OLG Koblenz, Urteil vom 22. Oktober 2009 - 5 U 662/08 - NJW 2010, 1759

<sup>87</sup> vgl. etwa die in der deutschen Rechtsprechung nicht abschließend geklärte Frage, ob das bei Operationen als grundsätzlich beherrschbar geltende Lagerungsrisiko (dazu näher unter 5. b)) beim Einsatz einer Hochfrequenz-Chirurgie zumindest hinsichtlich auftretender Verbrennungsschäden als nicht voll beherrschbar einzustufen ist (vgl. dazu: BGH, Beschluss vom 26. September 2017 - VI ZR 529/16 - MedR 2018, 234; OLG Hamm, Urteil vom 4. November 2016 - 26 U 67/13 - juris; LG Bonn, Urteil vom 30. Oktober 2007 - 8 S 130/07 - juris)

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2007 - VI ZR 158/06 - BGHZ 171, 358; BGH, Beschluss vom 13. Februar 2007 - VI ZR 174/06 - VersR 2007, 1416; Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/ Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 66

<sup>89</sup> vgl. BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17; BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 239; BGH, Urteil vom 20. März 2007 - VI ZR 158/06 - BGHZ 171, 358; BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140; OLG Stuttgart, Urteil vom 20. Dezember 2018 - 1 U 145/17 - GesR 2019, 337; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 47 mwN

Überwachung (Kontrollmaßnahmen) des nachgeordneten ärztlichen und nichtärztlichen Personals strenge Anforderungen zu stellen.<sup>90</sup> **Schon aus Gründen der den Behandler treffenden Darlegungs- und Beweislast empfiehlt sich deshalb dringend, alle ergriffenen Maßnahmen (Handlungsanweisungen, Kontrollen und Wartungen etc.) verlässlich zu organisieren und präzise zu dokumentieren.**

Darüber hinaus kann die Behandlerseite die sog. Vermutungsbasis angreifen, also die tatsächliche Prämisse, auf welcher der zur gesetzlichen Vermutung führende Erfahrungssatz aufbaut.<sup>91</sup> In gleicher Weise wie bei der Entkräftung des Anscheinsbeweises<sup>92</sup> ist dafür erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Behandelnde die Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen der die gesetzliche Vermutung begründenden Umstände erschüttert.<sup>93</sup> Dies betrifft insbesondere jene Fallgestaltungen, in denen wegen einer atypischen körperlichen Disposition des Geschädigten ein grundsätzlich voll beherrschbares Risiko erhöht wird und ggf. nicht mehr beherrscht wer-

den kann (dazu auch oben 2. am Ende).

Der Behandelnde kann also nachweisen, dass nicht seinem Risikobereich zugehörige, bei der Planung der medizinischen Maßnahme nicht erkennbare Umstände vorlagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ebenfalls zu der Schädigung geführt haben können. Ist das der Fall, ist eine Beweislastumkehr nicht mehr gerechtfertigt.<sup>94</sup> Das heißt, dass die Behandlerseite bei den genannten Beispielen zwar den vollen Beweis für eine atypische risikoe erhöhende körperliche Disposition des Patienten, wie etwa das Vorliegen eines Thoracic-Outlet-Syndroms oder der Schädigung eines Halswirbels, erbringen muss. Ist dieser Beweis geführt, muss aber (zumindest nach der herrschenden Meinung und der Gesetzesbegründung) nicht zusätzlich nachgewiesen werden, dass die eingetretene Schädigung Folge dieser atypischen körperlichen Disposition war. Hierfür genügt vielmehr, dass eine in der Sphäre des Patienten liegende (für den Behandler mit zumutbaren Maßnahmen nicht erkennbare) Risikoerhöhung besteht und dass mit gewisser Wahrscheinlichkeit die Schädigung ohne diese Risikoerhöhung nicht eingetreten wäre.

#### 4. Sonderproblematik Hygienebestimmungen/Krankenhauskeime

Kommt es während oder in Folge eines stationären Krankenhausaufenthaltes zu einer Infektion unklarer Ursache, ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass eine absolute Keimfreiheit in einem Klinikbetrieb nicht erreichbar ist und die Wege, auf denen sich unvermeidlich vorhandene Keime verbreiten können, im Einzelnen meist nicht kontrollierbar sind.<sup>95</sup> Das Infektionsrisiko gilt deshalb selbst dann nicht generell als voll beherrschbar, wenn als Infektionsquelle zwar nur ein Mitglied des Operationsteams in Betracht kommt, aber die konkrete Person und der

<sup>90</sup> Graf, jurisPR-MedizinR 8/2021 Anm. 4 unter C. III. 1; vgl. auch: BGH, Urteil vom 24. Januar 1984 - VI ZR 203/82 - NJW 1984, 1403; BGH, Urteil vom 11. Oktober 1977 - VI ZR 110/75 - NJW 1978, 584; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29. August 2014 - 4 U 21/13 - GesR 2014, 671, zu fehlender Luftfreiheit des Kontrast- und Spülmittelsystems bei einer Herzkatheteruntersuchung; OLG Köln, Urteil vom 28. April 1999 - 5 U 15/99 - VersR 2000, 974, zu Entblutungsschock durch Geräteversagen; LG Dortmund, Urteil vom 4. März 2021 - 4 O 152/19 - juris, zu organisatorischen Erfordernissen im Aufwachraum einer Klinik; LG Göttingen, Urteil vom 13. Juni 2017 - 12 O 16/14 - juris, zum Vertauschen von Gewebepöben

<sup>91</sup> zur Vermutungsbasis: BGH, Urteil vom 26. März 2013 - VI ZR 109/12 - MedR 2013, 729; BGH, Urteil vom 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08 - NJW 2010, 363; BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - I ZR 101/89 - NJW 1991, 2025

<sup>92</sup> Dazu: BGH, Beschluss vom 6. Februar 2020 - IX ZR 5/19 - ZIP 2020, 563; BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - XI ZR 91/14 - BGHZ 208, 331

<sup>93</sup> ebenso: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 48 mwN; Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 68; Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 25.05.2012 - BR-DRS 312/12, S. 41; umstritten, teilweise wird die Führung eines vollen Gegenbeweises verlangt

<sup>94</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 48 mwN

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 26 mwN; Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 80 ff.

Übertragungsweg nicht festgestellt werden können.<sup>96</sup> Umso mehr gilt dies, wenn die Infektionsquelle und der Infektionsort nicht feststehen und die schadensursächlichen Infektionskeime eher allgegenwärtig sind. Daher bleibt für die gesetzliche Vermutung des § 630h Abs. 1 BGB nur Raum, wenn (in der Praxis nur ausnahmsweise) nachgewiesen ist, dass die Infektion aus einem hygienisch beherrschbaren Bereich stammen muss.<sup>97</sup> Selbst Infektionen in Operationssälen gelten also nicht per se als voll beherrschbar, sondern nur, wenn im Einzelfall festgestellt werden kann, dass die konkret erfolgte Infektion bei Wahrung der Hygienestandards nicht hätte auftreten dürfen.

Im Ergebnis wird deshalb in der deutschen Rechtsprechung (im Regelfall auf der Grundlage der Ausführungen von Sachverständigen) eine volle Beherrschbarkeit der Infektionsrisiken weitgehend verneint. Als Beispiele seien genannt:

- Es verwirklicht sich kein voll beherrschbares Risiko, wenn sich ein Patient mit einem physiologischen Hautkeim infiziert, der bei jedem Menschen vorzufinden ist und daher auch vom Patienten selbst oder einem Besucher stammen kann.<sup>98</sup>

- Da eine absolute Keimfreiheit auch bei Einhaltung des Hygienestandards nicht zu erreichen ist, spricht kein Anscheinsbeweis zu Gunsten des Klägers. Insbesondere kann aus dem Auftreten einer Infektion gerade nicht grundsätzlich der Rückschluss auf eine Nichteinhaltung des Hygienestandards gezogen werden.<sup>99</sup>

- Ein Patient, der während eines Krankenhausaufenthaltes eine MRSA-Infektion (Methicillin-resistenter *Staphylococcus aureus*) erleidet, muss einen scha-

densursächlichen Hygienemangel auch dann beweisen, wenn während der Zeit seines Krankenhausaufenthalts vier weitere Patienten MRSA-Infektionen erleiden. Allein diese Anzahl weiterer MRSA-Infektionen rechtfertigt keine Beweislastumkehr.<sup>100</sup>

- Der Patient trägt die Darlegungs- und Beweislast für einen für den MRSA-Keimbefall kausalen Behandlungsfehler auf Seiten eines Krankenhauses. Selbst wenn der Kläger den MRSA-Keim über einen Mitpatienten erlangt haben sollte, würde allein dieser Umstand noch keine Haftung des Krankenhausträgers begründen. Während das Krankenhauspersonal sowie die verwendeten Gerätschaften integraler Bestandteil des Klinikbetriebes sind und dem organisatorischen Verantwortungsbereich der Klinikleitung unterstehen, können die (Mit-)Patienten eines Krankenhauses nicht dem (voll zu beherrschenden) Gefahrenkreis des Krankenhausträgers zugerechnet werden.<sup>101</sup>

- Zum voll beherrschbaren Bereich gehört, wenn es beim Patienten zu einem Spritzenabszess infolge einer Infektion durch eine als Keimträgerin feststehende Arzthelferin kommt.<sup>102</sup>

Wie bereits erwähnt, liegt der rechtliche Schwerpunkt dieser Thematik daher nicht bei der materiellrechtlichen Frage, ob das Risiko einer Infektion voll beherrschbar ist, sondern mehr auf der verfahrensrechtlichen Ebene. Zum einen sind - wie regelmäßig im Arzthaftungsrecht - an die prozessuale Darlegungslast des Patienten nur moderate Anforderungen zu stellen.<sup>103</sup> Zum andern trifft den Behandler bzw. den Träger des Krankenhauses hinsichtlich der ergriffenen Hygienemaßnahmen eine qualifizierte sekundäre Darlegungslast.<sup>104</sup> Diese Grundsätze haben u.a. im Be-

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140; in diesem Verfahren sind aber abschließende Feststellungen zur Beherrschbarkeit unterblieben, da sich der Krankenhausträger zumindest entlastet hatte

<sup>97</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2007 - VI ZR 158/06 - BGHZ 171, 358; BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140

<sup>98</sup> BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 239

<sup>99</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. März 2018 - 8 U 89/16 - juris, bei Infektion der Operationswunde

<sup>100</sup> OLG Hamm, Urteil vom 14. April 2015 - I-26 U 125/13 - GesR 2015, 421

<sup>101</sup> OLG München, Urteil vom 6. Juni 2013 - 1 U 319/13 GesR 2013, 618

<sup>102</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2007 - VI ZR 158/06 - BGHZ 171, 358

<sup>103</sup> vgl. im Einzelnen das unter I. 3. auszugsweise wiedergegebene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Februar 2019 - VI ZR 505/17 - BGHZ 221, 139

<sup>104</sup> vgl. im Einzelnen das unter I. 3. auszugsweise wiedergegebene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Februar 2019 - VI ZR 505/17 - BGHZ 221, 139



schluss des Bundesgerichtshofs vom 16. August 2016<sup>105</sup> Niederschlag gefunden, wo u.a. ausgeführt ist (Zitate leicht verändert):

*„... Es (das Berufungsgericht) wird ... zu berücksichtigen haben, dass die Beklagte die sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Maßnahmen trifft, die sie ergriffen hat, um sicherzustellen, dass die vom Sachverständigen als Voraussetzung für ein behandlungsfehlerfreies Vorgehen aufgeführten Hygienebestimmungen eingehalten wurden (vgl. auch OLG München, Urteil vom 6. Juni 2013 - 1 U 319/13 - GesR 2013, 618...). Zwar muss grundsätzlich der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten, aus denen sich sein Anspruch herleitet. Dieser Grundsatz bedarf aber einer Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihr eine nähere Substantiierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 210; BGH, Urteil vom 10. Februar 2013 - VI ZR 343/13 - NJW-RR 2015, 1279; ...). So verhält es sich hier. Der Kläger hatte konkrete Anhaltspunkte für einen Hygienevorstoß vorgetragen. Er hatte insbesondere darauf hingewiesen, dass er als frisch operierter Patient neben einem Patienten gelegt worden war, der unter einer offenen, mit einem Keim infizierten Wunde im Kniebereich litt und sein "offenes Knie" allen Anwesenden zeigte. Dieser Vortrag genügt, um eine erweiterte Darlegungslast der Beklagten auszulösen. Denn an die Substantiierungspflichten der Parteien im Arzthaftungsprozess sind nur maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen. Vom Patienten kann regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen. Vielmehr darf er sich auf Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 2004 - VI ZR*

*199/03 - BGHZ 159, 245; BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - VersR 2015, 712). Zu der Frage, ob die Beklagte den vom Sachverständigen genannten Empfehlungen der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention des Robert-Koch-Institutes nachgekommen ist, konnte und musste der Kläger nicht näher vortragen. Er stand insoweit außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs. Welche Maßnahmen die Beklagte getroffen hat, um eine sachgerechte Organisation und Koordinierung der Behandlungsabläufe und die Einhaltung der Hygienebestimmungen sicherzustellen (interne Qualitätssicherungsmaßnahmen, Hygieneplan, Arbeitsanweisungen), entzieht sich seiner Kenntnis (...).“*

Werden von einem Patienten hingegen (anders als in den vorliegend erörterten Verfahren) nur pauschal Hygienemängel gerügt und kann nicht festgestellt werden, dass ein Keim aus einem voll beherrschbaren Risikobereich stammt, genügt die Behandlerseite ihrer sekundären Darlegungslast, wenn sie allgemein darlegt, wie die Hygiene bei ihr gehandhabt wird und insbesondere einen etwaigen Hygieneplan oder sonstige Unterlagen (etwa Validierung von Sterilisationsmaßnahmen) vorlegt. Eine weitere Sachaufklärung ist dann nur veranlasst, wenn konkrete Anhaltspunkte für strukturelle Hygienemängel bestehen.<sup>106</sup>

## 5. Sonstige Einzelfälle

In Deutschland hat sich zu dem Anwendungsbereich des voll beherrschbaren Risikos eine umfassende Kasuistik entwickelt, die hier nur auszugsweise wiedergegeben werden kann. Schlagwortartig seien genannt:

### a) Infektionen durch Injektionen

- Die Keimübertragung durch eine die Injektion durchführende infizierte Person zählt zu den voll beherrschbaren Risiken.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> BGH, Beschluss vom 16. August 2016 - VI ZR 634/15 - MedR 2018, 23

<sup>106</sup> OLG Köln, Urteil vom 4. Juli 2018 - I-5 U 56/17 - MedR 2019, 300

<sup>107</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2007 - VI ZR 158/06 - BGHZ 171, 358 für Spritzenabszess des Patienten infolge einer Infektion

- Die HIV-Infektion des Empfängers eines kontaminierten Blutprodukts ist dem ersten Anschein nach auf die Transfusion zurückzuführen, wenn der Infizierte weder einer Risikogruppe angehört 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 darauf, dass dieser sich beim Empfänger angesteckt hat.<sup>108</sup> Ein Anscheinsbeweis scheidet jedoch aus, wenn nicht feststeht, dass die verabreichten Blutspenden von einem infizierten Blutspender stammen.<sup>109</sup>

- Allein ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen einer Infektion und einer Injektion stellt noch keinen typischen Geschehensablauf dafür dar, dass die Infektion auf der Injektion beruht. Ein Anscheinsbeweis scheidet daher aus.<sup>110</sup>

- Da das Auftreten eines Gelenkempyems (Eiteransammlung im Gelenk) als typische Komplikation einer intraartikulären Injektion in das Schultergelenk anzusehen ist, besteht ein Anscheinsbeweis für den Ursachenzusammenhang zwischen diesem Eingriff und dem kurz danach eingetretenen Tod des Patienten, wenn Anhaltspunkte für eine andere Ursache des Empyems (und der darauf beruhenden Sepsis [Blutvergiftung]) fehlen.<sup>111</sup>

- Zu den notwendigen Hygienemaßnahmen vor dem Setzen einer Spritze in das Schultergelenk gehört es, dass die Spritze steril aufgezogen wird, dass der

betroffene Hautbereich steril abgerieben wird und dass der Arzt Handschuhe trägt. Allein der Umstand, dass eine Spritze nicht in dem Behandlungsraum selbst, sondern in einem anderen Raum aufgezogen und alsdann in das Behandlungszimmer verbracht wird, führt nicht zu einer Erhöhung der Infektionsgefahr und kann deshalb nicht als fehlerhaft bewertet werden.<sup>112</sup>

- 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.<sup>113</sup>

- 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.<sup>114</sup>

- 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.<sup>115</sup>

## b) Lagerungsschaden, Dekubitus

- Die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und die Beachtung der dabei zum Schutze des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden ärztlichen Regeln sind Maß-

---

durch eine als Keimträger feststehende Arzthelferin; dazu auch oben 4.

<sup>108</sup> BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209; vgl. auch das unter 1. auszugsweise wiedergegebene Urteil des Bundesgerichtshof vom 30. April 1991 - VI ZR 178/90 - BGHZ 114, 284

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 - VI ZR 336/10 - BGHZ 192, 198-204; dort wurde behauptet, die beklagte Behandlerin habe den Patienten im Rahmen einer Eigenbluttherapie durch eine versehentliche Fremdblutinjektion mit dem Hepatitis-C-Erreger infiziert

<sup>110</sup> vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 - VI ZR 336/10 - BGHZ 192, 198; BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140

<sup>111</sup> BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391

---

<sup>112</sup> OLG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2015 - I-5 U 105/13 - MedR 2016, 897

<sup>113</sup> OLG Celle, Urteil vom 12. Juni 1996 - 9 U 204/95 - NJW-RR 1997, 1456

<sup>114</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. Juli 1990 - 8 U 270/88 - VersR 1991, 1136

<sup>115</sup> OLG Hamm, Urteil vom 4. Mai 1987 - 3 U 323/86 - VersR 1988, 807

nahmen, die dem Risikobereich des Krankenhauses und dem ärztlichen Bereich zuzuordnen sind. Sie sind vom Pflegepersonal und den verantwortlichen Ärzten voll beherrschbar. Diese sind, anders als der Patient, in der Lage, den Sachverhalt in dieser Hinsicht aufzuklären. Das rechtfertigt, die Beweislast dafür, dass der Patient auf dem Operationstisch ordnungsgemäß gelagert und dass dies ärztlich überprüft worden ist, dem Krankenhaus und den Ärzten aufzuerlegen.<sup>116</sup> Diese Grundsätze gelten auch für die postoperative Aufwachphase.<sup>117</sup> Anderes kann allerdings bei einer mehrstündigen Operation in Betracht kommen.<sup>118</sup>

- Der Grundsatz, dass sich der Krankenhausträger bei einem Lagerungsschaden von einer Fehlervermutung entlasten muss, gilt nicht, wenn bei dem Patienten eine ärztlicherseits nicht im voraus erkennbare, extrem seltene körperliche Anomalie vorliegt, die ihn für den eingetretenen Schaden anfällig gemacht hat.<sup>119</sup> Nicht abschließend geklärt ist zudem, ob während der Lagerung beim Einsatz von Hochfrequenz-Chirurgie auftretende Verbrennungen dem voll beherrschbaren Risiko zuzurechnen sind.<sup>120</sup>

- Aus dem Entstehen einer Drucknekrose nach einer Operation folgt nicht, dass der Patient falsch gelagert worden ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn es sich bei Lagerungsschäden dieser Art um vollständig

beherrschbare Komplikationen handeln würde, deren Entstehung zwingend auf einen Behandlungsfehler hindeuten würde. Das ist aber bei korrekter, dem medizinischen Stand entsprechender Lagerung und angesichts der Seltenheit von druckbedingten Nekrosen nach Operationen nicht der Fall.<sup>121</sup>

- Das Risiko, während eines stationären Krankenhausaufenthaltes einen Dekubitus zu erleiden, zählt regelmäßig nicht zum sog. voll beherrschbaren Bereich. Es bleibt daher bei der Beweislast der Patientenseite. Beweiserleichterungen wegen eines Dokumentations-mangels können aber nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht kommen, wenn die Dokumentation Indizien für ein nachlässiges Verhalten bei der Erkennung und Behandlung von Druckgeschwüren enthält.<sup>122</sup>

### c) medizinisch-technische Geräte und Ursachen durch Behandler

In zahlreichen Entscheidungen wird ein ordnungsgemäßer Zustand medizinisch-technischer Geräte zu den voll beherrschbaren Risiken gerechnet.<sup>123</sup> Entsprechendes gilt meist auch bei einer Schädigung des Patienten im Zusammenhang mit Pflegemaßnahmen. Kommt es allerdings zu einem Schadensfall, der in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit Behandlungs- oder Pflegemaßnahmen steht, ist die Rechtsprechung mit der Annahme eines voll beherrschbaren Risikos zurückhaltend. Stichwortartig seien genannt:

<sup>116</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 1984 - VI ZR 203/82 - MedR 1985, 2219; in gleicher Weise wurde entschieden in: BGH, Beschluss vom 26. September 2017 - VI ZR 529/16 - MedR 2018, 234; BGH, Urteil vom 24. Januar 1995 - VI ZR 60/94 - NJW 1995, 161

<sup>117</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 22. Oktober 2009 - 5 U 662/08 - NJW 2010, 1759)

<sup>118</sup> so OLG Köln, Beschluss vom 13. Mai 2015 - I-5 U 166/14 - GesR 2015, 725 für laparoskopische, roboterassistierte Myomenucleation [Entfernung von gutartigen Geschwulsten in der Gebärmutter unter Einsatz einer speziellen Kamera]; siehe auch OLG Köln, Beschluss vom 25. Februar 2013 - I-5 U 152/12 - GesR 2014, 345, bei Druckschädigung an dem unter Operationstüchern verborgenem Kopf, der auf einem Kopfring mit Gelkissen gelagert war

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 1995 - VI ZR 60/94 - MedR 1995, 365, für Armplexusparaese nach rund einstündiger Operation bei extrem seltenem und mit vertretbarem Aufwand nicht vorab zu diagnostizierenden Thoracic-Outlet-Syndrom; vgl. auch unter 2.

<sup>120</sup> dazu Nachweise unter Fußnote 87

<sup>121</sup> OLG Oldenburg, Urteil vom 2. August 1994 - 5 U 64/94 - VersR 1995, 1194

<sup>122</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 30. November 2021 - 4 U 1764/21 - juris; die volle Beherrschbarkeit des Dekubitus-Risikos wird auch in folgenden Entscheidungen verneint: OLG Hamm, Urteil vom 9. September 2015 - I-3 U 60/14 - GesR 2015, 688; OLG Braunschweig, Beschluss vom 7. Oktober 2008 - 1 U 93/07 - MedR 2009, 733. Mit der Dekubitus-Prophylaxe und mit der Dekubitus-Behandlung (vor allem bei Risikopatienten) sowie mit den entsprechenden Sorgfalts- und Dokumentationspflichten befassen sich weiterhin: BGH, Urteil vom 2. Juni 1987 - VI ZR 174/86 - MedR 1988, 96; BGH, Urteil vom 18. März 1986 - VI ZR 215/84 - MedR 1986, 324; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Juni 2004 - I-15 U 160/03 - juris

<sup>123</sup> vgl. auch Zusammenstellung im Urteil des Bundesgerichtshofs 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - GesR 2018, 770

medizinisch-technische Geräte:

- der Einsatz eines defekten Röntgentherapiegeräts.<sup>124</sup>
- die unbemerkt gebliebene Entkoppelung eines Infusionssystems.<sup>125</sup>
- die Sterilität der verabreichten Infusionsflüssigkeit.<sup>126</sup>
- die Reinheit des benutzten Desinfektionsmittels.<sup>127</sup>
- die Funktionstüchtigkeit des eingesetzten Narkosegeräts.<sup>128</sup>
- der ordnungsgemäße Zustand eines verwendeten Tubus.<sup>129</sup>
- die Luftfreiheit des Kontrast- und Spülmittelsystems bei einer Herzkatheteruntersuchung.<sup>130</sup>
- der Ausfall einer Herz-Lungen-Maschine bei Bypass-Operation.<sup>131</sup>

Verhalten von Behandlungs- und Pflegepersonal:

- Bekommt ein Patient im Krankenhaus bei einer Bewegungs- und Transportmaßnahme der ihn betreuenden Krankenschwester aus ungeklärten Gründen das Übergewicht und stürzt, so ist es Sache des Krankenhausträgers, aufzuzeigen und nachzuweisen, dass der Vorfall nicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten der Pflegekraft beruht.<sup>132</sup>

- Mit der bloßen Aufforderung an einen im Duschstuhl sitzenden Patienten, einen Augenblick (hier: mit dem Abtrocknen) zu warten, bis sie sich ihm wieder zuwende, genügt eine Pflegekraft, die die nicht unbeachtliche Kippgefahr des Duschstuhles kennt, nicht der ihr obliegenden Sorgfaltspflicht; sie muss den Patienten vielmehr ausdrücklich auf die Kipp- und Sturzgefahr hinweisen.<sup>133</sup>

- Allein der Umstand, dass ein Klinikpatient im Bereich der Klinik gestürzt ist und sich dabei verletzt hat, indiziert nicht eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Pflegepersonals. Kommt es jedoch im Zusammenhang mit einer konkret geschuldeten Hilfeleistung zum Sturz eines Patienten, so hat der Betreiber der Klinik darzulegen und zu beweisen, dass dieser Sturz nicht auf einem Fehlverhalten des mit der Pflege und Betreuung des Patienten betrauten Personals beruht.<sup>134</sup>

- Stößt ein auf einer Liege befindlicher Patient beim Einschleichen in ein Krankentransportfahrzeug zum Zwecke des Liegendtransportes mit dem Kopf an die Oberkante des Fahrzeugs, so spricht nach den Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikos eine tatsächliche Vermutung für ein Verschulden des Begleitpersonals.<sup>135</sup>

- Der Kläger, der das Krankenhaus wegen eines Sturzes aus dem Bett auf Schmerzensgeld in Anspruch nimmt, trägt im Regelfall die volle Darlegungs- und Beweislast für die konkreten Umstände, auf Grund derer die Anbringung von Bettgittern indiziert gewesen wäre.<sup>136</sup>

- Wenn ein 82-jähriger Patient nachts auf einer normalen Station aus dem Krankenbett fällt, verwirklicht sich kein voll beherrschbares Risiko.<sup>137</sup>

<sup>124</sup> BGH, Beschluss vom 13. Februar 2007 - VI ZR 174/06 - VersR 2007, 1416)

<sup>125</sup> BGH, Urteil vom 10. Januar 1984 - VI ZR 158/82 - BGHZ 89, 263

<sup>126</sup> BGH, Urteil vom 3. November 1981 - VI ZR 119/80 - VersR 1982, 161

<sup>127</sup> BGH, Urteil vom 9. Mai 1978 - VI ZR 81/77 - VersR 1978, 764

<sup>128</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 1977 - VI ZR 110/75 - VersR 1978, 82

<sup>129</sup> BGH, Urteil vom 24. Juni 1975 - VI ZR 72/74 - VersR 1975, 952

<sup>130</sup> Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29. August 2014 - 4 U 21/13 - GesR 2014, 671

<sup>131</sup> KG Berlin, Urteil vom 15. Dezember 2005 - 20 U 244/02 - juris

<sup>132</sup> BGH, Urteil vom 18. Dezember 1990 - VI ZR 169/90 - MedR 1991, 139

<sup>133</sup> BGH, Urteil vom 25. Juni 1991 - VI ZR 320/90 - NJW 1991, 2960

<sup>134</sup> KG Berlin, Beschluss vom 10. September 2007 - 12 U 145/06 - juris

<sup>135</sup> OLG Hamm, Urteil vom 1. Februar 2006 - 3 U 182/05 - GesR 2006, 448

<sup>136</sup> OLG Bremen, Urteil vom 22. Oktober 2009 - 5 U 25/09 - MedR 2010, 566

<sup>137</sup> Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 6. Juni 2003 - 4 U 70/02 - NJW-RR 2004, 237

Bleiben nach einer Operation Fremdkörper im Operationsbereich zurück, wird eine volle Beherrschbarkeit des Risikos, und damit eine gesetzliche Vermutung für ein Verschulden, zumindest bei den eingesetzten Instrumenten und bei den Operationstüchern in aller Regel bejaht.<sup>138</sup> Dies rechtfertigt sich bereits daraus, dass die Vollzähligkeit der bei der Operation eingesetzten Instrumente und ggf. auch der sonstigen eingesetzten Hilfsmittel grundsätzlich zu kontrollieren ist.<sup>139</sup> Das Zurückbleiben eines solchen Fremdkörpers ist durch diese Kontrollmechanismen selbst dann vermeidbar, wenn er im Operationsbereich unbemerkt verschwinden können.

Insbesondere beim Zurückbleiben eines Tupfers im Operationsgebiet ist die Rechtsprechung aber nicht einheitlich. Dies beruht mit darauf, dass die von den Gerichten zu Rate gezogenen Sachverständigen zur Beherrschbarkeit und Vermeidbarkeit (mit abhängig von Operationsbereich und Operationssituation) unterschiedliche Einschätzungen abgegeben haben. Hinzu kommt, dass in den Entscheidungen nicht immer klar zwischen der vollen Beherrschbarkeit des Risikos, mithin der gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, und dem Nachweis eines Behandlungsfehlers differenziert wird.

Wegen dieser Unwägbarkeiten der konkreten Operationssituation verlagert die Rechtsprechung die Thematik zumindest tendenziell in organisatorische Vorkehrungen. Als Leitlinie kann folgende Entscheidung des Bundesgerichtshofs dienen:<sup>140</sup>

*„Allerdings hängt es von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab, ob den operierenden Ärzten ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß sie im Operationsgebiet einen Fremdkörper zurückgelassen haben (...). Jedenfalls müssen sie alle möglichen und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen gegen ein solches Mißgeschick treffen, wozu bei textilen Hilfsmitteln deren Kennzeichnung (ggf. mit Röntgenstreifen zur Erleichterung alsbaldiger späterer Auffindung), eine Markierung, das Zählen der verwandten Tupfer und dergl. gehören können. Im Einzelfall kann in der Außerachtlassung solcher gebotenen Maßnahmen auch ein grober Behandlungsfehler liegen.“*

Auf diesen Grundsätzen bauen folgende Entscheidungen auf:

- Das Zurücklassen eines Vaginaltupfers nach Versorgung eines Dammrisses stellt einen Behandlungsfehler dar, wenn vor dem Eingriff nicht alle möglichen und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen gegen ein solches Versäumnis getroffen wurden. Zu diesen Sicherungsvorkehrungen gehört auch das Zählen der eingesetzten Tupfer. Ob es zugleich in den voll beherrschbaren Risikobereich der Arztseite fällt, kann dann offen bleiben.<sup>141</sup>

- Das Zurücklassen eines Vaginaltupfers nach Versorgung einer Episiotomie (Dammchnitt) fällt nicht in den von der Behandlungsseite voll beherrschbaren Risikobereich. Es entspricht nicht dem medizinischen Standard, die im Kreißaal zur Versorgung nach kleineren Eingriffen üblichen Tupfer einer Zählkontrolle zu unterziehen, um ein Zurücklassen zu verhindern.<sup>142</sup>

- Bleibt nach einer Operation im Bereich des Schenkelkopfes ein Tupfer zurück, liegt ein Behandlungsfehler vor.<sup>143</sup>

#### **d) horizontale Arbeitsteilung**

##### **Anders als Fragen des klassischen Organisations-**

<sup>138</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 20. Dezember 2018 - 1 U 145/17 - GesR 2019, 337, für 1,9 cm lange Operationsnadel; OLG München, Urteil vom 22. August 2013 - 1 U 3971/12 - GesR 2013, 620, für Bauchtuch; OLG Hamm, Urteil vom 19. Februar 2010 - 26 U 82/09 - juris; für abgebrochene Öse von Nähnadel; OLG Köln, Urteil vom 13. Dezember 1989 - 27 U 2/89 - juris, für Zurücklassen von Drainage nach Episiotomie (Dammchnitt); zusammenfassend: Lafontaine/K. Schmidt in: Herberger/Martinek/ Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630h BGB (Stand: 01.07.2022) Rn. 77

<sup>139</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 20. Dezember 2018 - 1 U 145/17 - GesR 2019, 337; OLG München, Urteil vom 22. August 2013 - 1 U 3971/12 - GesR 2013, 620; OLG Hamm, Urteil vom 19. Februar 2010 - 26 U 82/09 - juris

<sup>140</sup> BGH, Urteil vom 27. Januar 1981 - VI ZR 138/79 - VersR 1981,

462

<sup>141</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 25. Februar 2019 - 4 U 1616/18 - juris

<sup>142</sup> OLG Köln, Beschluss vom 3. Mai 2017 - I-5 U 147/16 - MedR 2017, 879

<sup>143</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 24. Juni 1998 -1 U 815/97 - juris

**verschuldens, also von Defiziten im klinischen oder sonstigen medizinischen Risikomanagement,<sup>144</sup> werden die mit einem arbeitsteiligen Vorgehen verbundenen Risiken dem Anwendungsbereich von § 630h BGB zugerechnet.<sup>145</sup> Dies beruht auf der Erwägung, dass dem Patienten durch eine horizontale Arbeitsteilung keine Risiken auferlegt werden dürfen, die auf ihm ohne eine Arbeitsteilung nicht lasten würden. Eine horizontale Arbeitsteilung muss daher so ausgestaltet werden, dass die mit ihr strukturell verbundenen Risiken beseitigt werden.**

An dieser Verpflichtung ändert sich nichts dadurch, dass bei einer horizontalen Arbeitsteilung ein gegenseitiger Vertrauensgrundsatz gilt und sich daher jeder Behandler im Regelfall auf die Indikation

und auf ein sachgerechtes Vorgehen des anderen Behandlers verlassen darf.<sup>146</sup> Dieser Vertrauensgrundsatz betrifft nämlich nur Gefahren, die ausschließlich dem Aufgabenbereich eines der beteiligten Behandler zugeordnet sind.<sup>147</sup> Eine horizontale Arbeitsteilung birgt aber als spezifisches Risiko in sich, dass die von den beteiligten Behandlern angewendeten Maßnahmen für sich genommen jeweils beanstandungsfrei sein mögen, sich aber aus der Kombination der beiderseitigen Maßnahmen Risiken ergeben. Um solche aus einer Unverträglichkeit der Behandlungsmethoden resultierenden Gefahren auszuschließen, bedarf es daher einer Koordination des beabsichtigten Vorgehens.<sup>148</sup> Derartige Risiken gelten daher im Sinne von § 630h Abs. 1 BGB als voll beherrschbar.<sup>149</sup>

<sup>144</sup> dazu BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 – MedR 2021, 820, besprochen bei Hagenlocher, *Medizinrecht* 2021, aaO, 2002, ... unter II. 1., dort Rn. 3. bis 6.; zum Verhältnis von Organisationsverschulden und § 630h Abs. 1 BGB ergänzend: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 24

<sup>145</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 33 mwN

<sup>146</sup> (dazu: BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309; OLG Köln, Urteil vom 17. März 2010 - I-5 U 51/09 - GesR 2010, 409; OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343; OLG Zweibrücken, Urteil vom 2. November 1999 - 5 U 12/99 - juris

<sup>147</sup> BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309; selbstverständlich gilt dieser Vertrauensgrundsatz nicht, wenn der weiterbehandelnde Arzt erkennt oder erkennen muss, dass ernsthafte Zweifel an den erhobenen Befunden bestehen, namentlich wenn diese eindeutig lückenhaft sind (vgl. Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 I Rn. I 27 mwN).

<sup>148</sup> BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309

<sup>149</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 33 mwN

# Einige Überlegungen zur Zukunft des Lateinischen Notariats

*Richard Bock*

*Justizrat, Notar a.D., Generalbevollmächtigter der Bundesnotarkammer für internationale Angelegenheiten*

Es gehört zu den vorrangigen Aufgaben der Funktionsträger in den nationalen Notarkammern und in den internationalen Organisationen des Lateinischen Notariats, sich über die Zukunft unseres Berufs Gedanken zu machen. Bis vor ein paar Jahren waren die Entwicklungen im notariellen Berufsrecht, im notarrelevanten materiellen Zivilrecht und im notariellen Verfahrensrecht zumeist extern veranlasst: der Gesetzgeber, aber auch der allgemeine technische Fortschritt zwang die Notariate dazu, ihre Stellung in den nationalen Rechtssystemen zu überdenken und ihr Berufsrecht und ihre Verfahren den politischen Vorstellungen und Interessen anzupassen. Im Regelfall wurde also auf Erfordernisse reagiert, die von außen an die nationalen Notariate herangetragen wurden.

Diese reaktive Vorgehensweise war oftmals nicht in dem wünschenswerten Umfang erfolgreich. Man hat daraus gelernt. Mehr und mehr versuchen die nationalen Kammern heute, ihre aktive Mitwirkung in den das Notariat betreffenden Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen. Das gelingt nicht immer und auch nicht lückenlos, und in den Justizverwaltungen setzen sich solche Neuerungen nicht von heute auf morgen durch. Aber die Kammern können ihrerseits dazu beitragen, indem sie engem Kontakt mit der Verwaltung auf allen Ebenen der ministeriellen Hierarchien pflegen und mit ihnen zusammenarbeiten. Zusätzlich wird in einigen Ländern ein permanentes Normenscreening praktiziert. Man kümmert sich also darum, von allen einschlägigen Gesetzesvorlagen rechtzeitig Kenntnis zu erlangen und Stellungnahmen hierzu abzugeben, auch wenn man nicht darum gebeten wird.

Das genügt aber nicht. Alle der Internationalen Union des Notariats (UINL) über ihre jeweiligen

Kammern angehörenden Berufsträger sind Notare in freier Praxis. Sie können sich nicht darauf verlassen, dass der Gesetzgeber stets und zeitnah diejenigen Schritte ergreift, die zur Modernisierung und Anpassung notarieller Verfahren an die allgemeine technische und gesellschaftliche Entwicklung erforderlich sind. In einigen Ländern geht man daher mehr und mehr dazu über, diese Aufgaben selbst zu übernehmen. Dies betrifft insbesondere die Digitalisierung des Berufsstandes.

Im ersten Teil des Beitrags sollen daher in einem kurzen Überblick einige Projekte im Bereich der Digitalisierung und im Anschluss daran einige Vorschläge für notwendige Veränderungen des notariellen Berufsrechts vorgestellt werden.

## I. Digitalisierung

### 1. Technische Ausstattung und bisherige IT-Projekte

Um IT-Projekte erfolgreich zu planen und umzusetzen, benötigt man entweder geeignete externe Firmen oder eigene Mitarbeiter mit dem entsprechenden technischen Know-how. Man kann sich entweder auf dem Markt der Softwarehäuser umsehen und die Aufträge extern vergeben. Man kann auch eine eigene IT-Abteilung innerhalb der Kammer aufbauen, wobei immer die Möglichkeit besteht, sich einige Komponenten extern zu besorgen oder speziell entwickeln zu lassen.

Sich zu Beginn des Projekts für die richtige Konzeption zu entscheiden ist nicht einfach, aber zentral. Dabei geht es nicht nur um die reine Entwicklung des

Kernprojekts. Das Projekt produziert auch nach seinem Start noch Arbeit und Kosten. So dürfen auch folgende, weitere Gesichtspunkte nicht übersehen werden:

1.1. Nach der Entwicklung eines Projekts verbleibt ein großer Teil der an der Projektentwicklung beteiligten Mitarbeiter im Projektbetrieb. In der Bundesnotarkammer sind das im Durchschnitt 50%. Deren Aufgaben bestehen zunächst in der Beseitigung von Störungen und dem allgemeinen Service für die angeschlossenen Notare sowie für die lineare Weiterentwicklung des Projekts.

1.2. Zumeist ist nach der ersten Inbetriebnahme zusätzlich die Hinzufügung weiterer Funktionen angezeigt, die zwar im System angelegt sind, aber erst entwickelt werden müssen. Aufarbeitung des „backlogs“, wie das in der Fachsprache heißt. Auch hierfür ist geeignetes Personal oder sind geeignete externe Firmen erforderlich.

Die Folgekosten für ein Projekt können daher erheblich sein und sollten in die Kalkulation eingestellt werden.

Man wird nun möglicherweise die Frage stellen, ob es unter Berücksichtigung dieser komplexen Aufgabenstruktur nicht besser ist, die Digitalisierung der notariellen Leistungen der Justizverwaltung zu überlassen, sich also an die staatlichen IT-Systeme anzuschließen. In vielen Ländern wird diese Lösung aus unterschiedlichen Gründen bevorzugt, seien sie finanzieller Art oder herkunftsbedingt. Denn der finanzielle Aufwand für leistungsfähige IT-Systeme ist erheblich und außerdem waren viele Notarsysteme ursprünglich einmal Staatsnotariate.

Man kann nach unseren Erfahrungen jedoch nicht unbedingt damit rechnen, dass nach der ersten Entwicklung eines notarbezogenen IT-Projektes in der Verantwortung der Justizverwaltung diese stets garantieren kann, dass auch die Folgekosten gedeckt werden. Als Angehörige eines juristischen Berufs, zu dessen maßgebenden Aufgaben die Prävention und Vermeidung von Schäden gehört, können sich Notare nicht auf eine nachhaltige finanzielle Unterstützung des Staates verlassen. Man sollte nie vergessen, dass

auf den nationalen Rechtsbesorgungsmärkten auch andere Berufsgruppen mit dem Notariat konkurrieren, die politischen Einfluß ausüben. Es ist daher als Teil berufspolitischer Generalprävention ratsam, sich nicht in finanzielle Abhängigkeiten zu begeben.

Infolgedessen haben einige der in der UINL zusammengeschlossenen Notarkammern bisher ihre gesamte Digitalisierung selbst oder überwiegend selbst finanziert. Den Schwerpunkt der Projekte bilden bisher die elektronischen Verknüpfungen mit den staatlichen Registern, mit dem Ziel, sie uneingeschränkt einsehen zu dürfen und dort auch Eintragungen zu veranlassen. Auch der Informationstransfer zu den Finanzbehörden und weitere Behörden zum Zwecke der Geldwäscheprävention wird bereits vielerorts digital vorgenommen.

Ferner wurden in manchen Kammern eigene elektronische Register geschaffen, beispielsweise eigene Urkundenregister, Register für Testamente und Vollmachten etc. In einigen Ländern ist man darüberhinaus im Begriff, die bisherige Archivierung der notariellen Urkunden zu digitalisieren, indem man entweder die Papierurkunden in elektronische Dokumente umwandelt oder bereits originär elektronische Dokumente herstellt.

Die weltweit wahrscheinlich größte aktuelle Baustelle im Bereich der Digitalisierung im Notariat stellt die Distanzbeurkundung dar. Hier gibt es zahlreiche nationale Entwicklungen mit unterschiedlichen Anforderungen an Funktionalität und Datensicherheit. Als Beispiel wird im Folgenden die deutsche Technologie hierfür vorgestellt, die die Bundesnotarkammer in den letzten Jahren entwickelt hat und die seit August 2022 am Netz ist.

## 2. Distanzbeurkundungen

Unter Distanzbeurkundung versteht man eine Beurkundungsform, bei der die Beteiligten nicht im Notariat erscheinen, sondern mit dem Notar lediglich digital verbunden sind. Es geht also nicht um Beurkundungen mit zwei Notaren an verschiedenen Orten über eine VPN-Verbindung. Ein solches Verfahren ist in Deutschland nicht vorgesehen.



Distanzbeurkundungen werden im deutschen Notariat zunächst nur im Bereich des Gesellschaftsrechts, und zwar bei der Gründung von Gesellschaften praktiziert. Ziel war die Schaffung eines einfachen und zugleich sicheren Verfahrens. Der Bürger benötigt nur einen Ausweis mit eID-Funktion - das haben die meisten heute -, ein übliches Smartphone mit NFC-Technologie - wie beim Bezahlen von Einkäufen - und ein Laptop mit Kamera und Mikrofon.

Das gesamte Verfahren wird über eine eigene digitale Plattform der Bundesnotarkammer abgewickelt. Die Beteiligten loggen sich dort ein und erhalten einen QR-Code, den sie mit ihrem Handy scannen. Es öffnet sich eine App. Die Beteiligten legen ihren Ausweis auf das Smartphone. Die App liest per NFC-Technik die eID aus. Es wird hier also kein unsicheres Video-Ident-Verfahren praktiziert, bei dem man seinen Ausweis in die Kamera hält, sondern die Identifizierung erfolgt ausschließlich über die im Ausweis digital gespeicherten Daten. Damit ist der erste Schritt, die zuverlässige Identifizierung, erledigt.

Im nächsten Schritt wird die qualifiziert elektronische Signatur generiert, die die Unterschrift ersetzt. Sie kann später per sms-PIN auf das Dokument aufgebracht werden.

Sodann beginnt der elektronische Gang zum Notar. Die Beteiligten können einen Notar am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnort eines von mehreren Beteiligten wählen. Der Notar schickt den Beteiligten nach telefonischer Besprechung oder Korrespondenz per Email einen Urkundenentwurf und vereinbart mit ihnen einen Termin zur Beurkundung. Die Beurkundung findet per Videokonferenz über die Plattform der BNotK statt. Die Beteiligten weisen sich erneut mit ihrem QR-Code aus. Das aus den im Ausweis gespeicherten Daten konfigurierte Bild erscheint auf dem Bildschirm. Der Notar vergleicht das Bild mit dem Beteiligten, den er auf dem Bildschirm sieht. So wird sichergestellt, dass niemand sich mit einem fremden Ausweis ausweisen kann. Zum Abschluss der Beurkundung wird elektronisch signiert. Dazu verwenden die Beteiligten den PIN, der ihnen während des Verfahrens aufs Handy gesendet wurde.

Im Ergebnis entsteht durch die Unterschriften eine originär elektronische Urkunde, die im Urkundenarchiv der BNotK hinterlegt und parallel elektronisch an das Handelsregister zwecks Eintragung der Gesellschaft gesandt wird.

Diese Technologie wird bei uns vorerst nur für Gesellschaftsgründungen verwendet. Sie eignet sich aber für alle Arten von Beurkundungen.

### 3. EUdoc

Zum Schluss dieses Ausflugs in die digitale Zukunft unseres Berufs soll im Rahmen dieses Beitrags noch auf EUdoc eingegangen werden, ein europäisches Projekt, das die Bundesnotarkammer zusammen mit der spanischen Notarkammer entwickelt hat. Über die Übernahme dieser Technologie durch die im CNUE zusammengeschlossenen Notariate der EU wird derzeit in den Gremien dieser Vereinigung diskutiert.

In Europa gibt es infolge der zunehmend engeren Verknüpfung der Mitgliedsländer ein Bedürfnis, notarielle Urkunden grenzüberschreitend zu verwenden. EUdoc ist eine IT-Plattform, mit der diese Zielvorstellung realisiert werden soll. Sie verfügt über drei Schlüsselfunktionen:

—Sie ermöglicht die sichere elektronische Übermittlung über eine VPN-Verbindung;

—Sie verifiziert die Authentizität der beteiligten Notare durch Überprüfung der qualifiziert elektronischen Signaturen

—Sie zertifiziert den Status der an der Transaktion Beteiligten als aktive Notare, trotz der europaweit sehr unterschiedlichen technischen Lösungen für die Identifizierung eines Notars.

Die Installation der Plattform erfolgt über die beteiligten Kammern, aber die Kommunikation über die Plattform erfolgt ohne Interferenz durch die Kammern. EUdoc ist eine nutzerfreundliche one-stop-shop-Lösung für sämtliche notariellen grenzüberschreitenden Dokumente und Transaktionen.

In Europa gibt es ein gesteigertes Bedürfnis an einer vereinfachten und sicheren Form des Austausches

notarieller Dokumente, die in dem jeweiligen Zielland ohne weitere Echtheitsprüfung verwendet und anerkannt werden können. Notare werden so zu attraktiven Partnern beim grenzüberschreitenden Versand von wichtigen Dokumenten. Eudoc könnte zudem künftig auch zur Erteilung von Apostillen verwendet werden. Man kann EUDoc sicher nicht weltweit verwenden. Aber für begrenzte Bereiche mit einer überschaubaren Anzahl teilnehmender Länder wie die Europäische Union, gegebenenfalls unter Einschluss von Beitrittskandidaten oder anderer benachbarter Staaten, ist EUDoc eine perfekte Lösung für die Zirkulation notarieller Urkunden.

## II. Berufsrecht

Im zweiten Teil dieses Beitrags soll auf einige Zukunftsaspekte des notariellen Berufsrechts eingegangen werden. Hierbei werden drei Schwerpunkte beleuchtet: Legal Tech, Deregulierung und Kommerzialisierung sowie Geldwäscheprävention und Verbraucherschutz.

### 1. Legal Tech

Im angloamerikanischen, aber zunehmend auch im kontinentaleuropäischen Rechtskreis wird in zivilrechtlichen Verfahren mit Hilfe von sogenanntem „Legal Tech“ gearbeitet. Beispielsweise unterliegen Streitigkeiten aus Einkäufen über das Internet bereits oftmals nicht mehr der allgemeinen Gerichtsbarkeit. Vielmehr erklärt sich der Käufer bei seiner Bestellung damit einverstanden, dass Streitigkeiten über eine digitale Streitschlichtungs-Plattform des Unternehmens, also durch eine Art private Justizinstitution, abgewickelt und entschieden werden.

Von interessierter Seite werden - und das betrifft unseren Beruf - in Bezug auf die Registrierung von Rechten und Rechtsverhältnissen aller Art Vorschläge unterbreitet, staatliche Register, also Immobilien- oder Gesellschaftsregister zu privatisieren, ferner auch die Verwendung von Mustervorlagen für Verträge und Anträge aller Art gesetzlich zu verankern.

In diesem Zusammenhang stellen sich für das

Notariat zwei Fragen:

Erstens: Wird der Staat seine hoheitlichen Aufgaben zur Führung von Registern auf Dauer beibehalten oder werden sie auf private Plattformen übertragen, die sodann für die Registrierung von Rechten zuständig sind?

Ein Gesetz zur digitalen Verbriefung in Liechtenstein beispielsweise gibt uns einen Vorgeschmack dieses Szenarios: Es sieht die Möglichkeit vor, Eigentumsrechte in Form von digitalen Token zu verbrieften, die über die Blockchain gehandelt werden können. Für das Notariat stellt sich angesichts solcher Entwicklungen die Frage: Wird man in der Lage sein, das derzeitige rechtliche Umfeld aufrechtzuerhalten und die Politik davon zu überzeugen, dass das staatliche Immobilienregister und der Notar besser in der Lage sind, Eigentumsrechte zu wahren, als jeder private Betreiber einer Online-Plattform?

Zweitens: Kann man die Kompetenz, Verträge zu gestalten und individuelle Beratung anzubieten, auch im Zeitalter der Digitalisierung bewahren? Oder droht generell eine Primitivierung der Rechtssysteme durch gesetzlich für alle Arten von Rechtsgeschäften vorgeschriebene Online-Mustervorlagen?

Wenn sich das regulatorische Umfeld ändert, ist es denkbar, dass Legal-Tech-Unternehmen oder Internet-Giganten die zentralen notariellen Tätigkeitsfelder übernehmen und Online-Musterlösungen anbieten. Man stelle sich vor, Amazon und Google würden mithilfe von Mustervorlagen eine Vorauswahl von 90 % aller Anträge oder Klagen treffen, die bei staatlichen Registern oder Gerichten eingereicht werden. In diesem Fall würden nicht nur die Anwaltschaft und das Notariat, sondern auch das Grundrecht auf rechtliches Gehör verschwinden.

Was das Notariat betrifft,, so gehört es zu dessen permanenten Aufgaben, sozusagen zum Hintergrund aller berufspolitischer Aktivitäten, der Allgemeinheit den Wert der individuellen Beratung und der individuellen Vertragsgestaltung und damit die Bedeutung dieses Berufs für die Erhaltung des Rechtsstaates zu demonstrieren.

## 2. Deregulierung und Kommerzialisierung

Dies kann man jedoch nur dann glaubwürdig tun, wenn man sich auf die eigenen Grundprinzipien besinnt und diese erfolgreich verteidigt. Ein wesentliches Merkmal des kontinentaleuropäischen Notars ist sein Status als vom Staat ernannter Amtsträger. Nur die Ernennung durch den Staat, die staatliche Regulierung und Kontrolle des Berufs garantieren seine Objektivität und Neutralität. Und nur sein Status als Träger eines öffentlichen Amtes rechtfertigt die Beweiskraft und Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunden. Dieser Status und die damit verbundenen ausschließlichen Kompetenzen zur Beurkundung von Rechtsgeschäften würde man selbst zur Disposition stellen, wenn man eine zunehmende Deregulierung und Kommerzialisierung des Berufs auf die berufspolitische Agenda setzt.

Die zweite ständig zu bewältigende Daueraufgabe bei der Gestaltung künftigen Berufsrechts resultiert daher, dass der Status der Notare als öffentliche Urkundspersonen von anderen interessierten Berufsgruppen und Institutionen in Frage gestellt wird. Hier arbeiten zwei gesellschaftspolitische Bewegungen Hand in Hand in dem vorgeblichen Bemühen, den Wettbewerb zu fördern und das Investitionsklima zu verbessern:

Zum einen wird hierbei das notarielle Beurkundungsverfahren mit dem Ruf nach Vereinfachung und der Reduktion von Komplexität zugunsten schlanker Prozesse in Frage gestellt. Unter dem Druck besseren Rankings im Doing-Business Report der Weltbank, der vorerst wegen missbräuchlicher Einflussnahme maßgeblicher Personen eingestellt wurde, haben zahlreiche Länder Kernkompetenzen der Notare zugunsten anderer Player auf dem Rechtsbesorgungsmarkt abgeschafft. Oftmals wurden zusätzlich die qualitativen Zugangsvoraussetzungen zum Beruf herabgesetzt. Damit wurde ein Doppeleffekt erzielt: Notarielle Dienstleistungen zur Gestaltung von Rechtsbeziehungen konnten seitdem teilweise von der Anwaltschaft übernommen werden, die auf dem deregulierten Markt mit den Notaren konkurriert. Gleichzeitig wird infolge der Verminderung der durch das Notariat von Amts wegen zu gewährleistenden Schadensprävention der Aktionsradius für die Anwaltschaft zur Prozessführung

geräumiger.

Zum anderen bemühen sich auch teilweise öffentliche Institutionen, unsere beruflichen Strukturen unter dem Vorwand, wir seien überreguliert, zu deregulieren und zu kommerzialisieren.

Die Europäische Kommission arbeitet seit Jahren an einer Deregulierung des Notarberufs. Den letzten Versuch, das Notariat in einen europäischen Regulierungsindex für freie Berufe aufzunehmen, konnte von der Bundesnotarkammer in gemeinsamer Anstrengung mit dem französischen Conseil Supérieur du Notariat und den Justizministerien beider Länder im vergangenen Jahr verhindert werden. Es wird nicht der letzte gewesen sein.

Auch die OECD arbeitet fleißig an einem Rückbau notarieller Kompetenzen und der Liberalisierung des Berufsrechts. Bisher ohne Erfolg.

## 3. Geldwäscheprävention und Verbraucherschutz

Abschließend soll noch auf zwei positive Gesichtspunkte eingegangen werden, die die Zukunft des Notariats aller Voraussicht nach noch eine Weile bestimmen werden, nämlich die globale Zuweisung von Aufgaben im Rahmen der Geldwäscheprävention und im Verbraucherschutz.

Durch Mitwirkung bei Immobilientransfers und im Gesellschaftsrecht haben Notare einen guten Einblick in besonders geldwäscherelevante Bereiche. Die Geldwäsche-Richtlinien der Europäischen Union legen den Notaren daher umfangreiche Mitwirkungspflichten bei der Verhinderung und Aufdeckung der entsprechenden Straftaten auf. Die berufspolitische Aufgabe wird, insbesondere auch außerhalb der EU, darin bestehen, den Gesetzgebern und Justizverwaltungen klarzumachen, dass Notare die Erfüllung von Amtspflichten zur Geldwäscheprävention nur gewährleisten können, wenn ihnen die entsprechenden Beurkundungskompetenzen übertragen und sie unter Berücksichtigung ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit disziplinarisch überwacht werden.

Eine weitere Aufgabe wird es sein, den Gesetzgeber vom Nutzen der Wahrnehmung von

verbraucherschützenden Funktionen durch das Notariat zu überzeugen. Es gibt gute Argumente dafür, dass das langfristige Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung von Immobilientransaktionen nur bis zu einem gewissen Punkt wünschenswert ist - sowohl aus der Sicht des Verbraucherschutzes als auch der allgemeinen Verhaltensökonomie. Für den Durchschnittsbürger sollten dem Verkauf und dem Erwerb einer Immobilie Entscheidungen zugrundeliegen, die nicht unter Zeitdruck, sondern erst nach sorgfältiger Überlegung und unter Hinzuziehung kompetenter Berater getroffen werden. Keinem Verbraucher ist damit gedient, wenn er einen Kaufvertrag über eine Immobilie kurzfristig online abschließen kann, und sich erst nach dem Verstreichen einer zumeist nicht genutzten Frist zum Widerruf darüber klar wird, welche Nachteile und Risiken er sich damit eingehandelt hat. Immobilien gehören zu den zentralen Ressourcen jeder Volkswirtschaft und stellen für den Normalbürger in der Regel den wesentlichen Teil seines Vermögens dar. Niemandem ist

damit gedient, wenn sie innerhalb von Minuten oder Sekunden wie Wertpapiere an der Börse gehandelt werden können. Für die Transaktion von Immobilien werden weiterhin vertrauenswürdige neutrale Dritte benötigt, die über eine exzellente fachliche Ausbildung verfügen und ihren Beruf in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit ausüben.

Eine gleichzeitig sozialverträgliche und die öffentlichen Interessen wahrende Digitalisierung, Liberalisierung und Vereinfachung rechtlicher und justizieller Verfahren wird künftig nicht nur ein permanentes Arbeitsfeld der beruflichen Institutionen des Notariats sein. Hier handelt es sich in erster Linie um einen Aufgabenbereich der Gesetzgebungsorgane und Justizverwaltungen, die nach ihrer jeweiligen Verfassung zur Erhaltung des staatlichen Rechtssetzungsmonopols, zur Aufrechterhaltung einer funktionellen staatlichen Rechtsprechung, zur Förderung des Rechtsfriedens und zum Schutz der vermögensrechtlichen Interessen ihrer Bürger verpflichtet sind.

## Zwei Gesetzesfehler in den Pachtvorschriften des georgischen Zivilgesetzbuchs

David Maisuradze

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem Tinatin-Tsereteli-Institut für Staat und Recht; Hauptspezialist der Juristischen Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

### I. Einführung

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit zwei gesetzlichen Fehlern in Kapitel V des besonderen Teils des Vertragsgesetzes des georgischen Zivilgesetzbuchs (ZGB). Zwischen diesen beiden Fehlern besteht kein sachlicher Zusammenhang, außer dass sie beide den Pachtvertrag betreffen.

Der erste Fehler hängt mit der 2011 vorgenommenen Änderung von Art. 582 ZGB zusammen. Der zweite Fehler wurde durch die falsche systematische Einordnung von Art. 583 III ZGB verursacht und besteht seit der ursprünglichen Ausgabe des Gesetzbuchs. Dieser Aufsatz schlägt Gesetzesänderungen vor, um diese Fehler zu beheben; sowie teleologische Definitionen, die, wenn sie in der Rechtspraxis geteilt werden, die negativen Folgen der Gesetzesfehler zumindest teilweise vermeiden können.

### II. Art. 582 ZGB: Das Gesetz schützt nur dann vor unvorhersehbaren Risiken, wenn das Risiko vorhersehbar ist

Art. 582 ZGB sieht die Möglichkeit vor, den Pachtvertrag, der für einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren abgeschlossen wurde, nach Ablauf von zehn Jahren gemäß dem in Art. 561 ZGB festgelegten Verfahren zu kündigen. Danach haben beide Parteien nach Ablauf von zehn Jahren das Recht, das Pachtverhältnis ohne weitere Voraussetzungen mit einer Frist von drei Monaten zu kündigen. Im Jahr 2011 wurde der Text von Art. 582 ZGB wie folgt geändert:

*Die ursprüngliche Fassung:*

#### **Artikel 582. Kündigung eines für eine längere Zeit als zehn Jahre geschlossenen Pachtvertrages**

*Wird ein Pachtvertrag für eine längere Zeit als zehn Jahre geschlossen, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Frist das Pachtverhältnis in einer im Artikel 561 bestimmten Frist kündigen.*

*Nach den Änderungen von 2011:*

#### **Artikel 582. Kündigung eines für eine längere Zeit als zehn Jahre geschlossenen Pachtvertrages**

*Wird ein Pachtvertrag für eine längere Zeit als zehn Jahre geschlossen, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Frist das Pachtverhältnis in einer im Artikel 561 bestimmten Frist kündigen, wenn die genannte Bedingung im Pachtvertrag festgelegt ist.*

Die ursprüngliche Fassung des Artikels, in der die Worte „wenn die genannte Bedingung im Pachtvertrag festgelegt ist“ fehlte, sollte die Parteien vor einer unangemessen langen Vertragsbindung schützen. Dieser Artikel war jedoch gesetzgebungstechnisch überflüssig, weil Art. 570 ZGB eine inhaltlich und wortlaut-ähnliche Norm für den Mietvertrag aufstellt, die gemäß Art. 581 II ZGB auch für den Pachtvertrag gelten würde. Der Gesetzgeber hat somit durch die Wiederholung identischer Texte gewissermaßen die große Bedeutung dieser Norm und ihres Zwecks – Schutz vor

unangemessen langer Bindung – im Pachtverhältnis betont.

Nach der Gesetzesänderungen im Jahr 2011 wurde am Ende des Artikeltextes eine Bedingung hinzugefügt: „wenn die genannte Bedingung im Pachtvertrag festgelegt ist“. Diese Änderung veränderte den Inhalt der Norm und machte das Ziel des Gesetzgebers völlig unklar. Betrachtet man den Normwortlaut grammatikalisch, vermittelt er eine praktische Absurdität: Wenn die Parteien nicht berücksichtigt haben, dass sich ihre Interessen nach zehn Jahren ändern können, schützt das Gesetz sie nur, wenn die Parteien dieses Risiko vorhergesehen haben.

Betrachtet man die Norm systematisch, stellt sich heraus, dass der Gesetzgeber das ursprüngliche Ziel der Norm zu Unrecht um 180° gedreht hat: Die gegenwärtige Fassung von Art. 582 ZGB stellt eine Norm zum Schutz der Parteien vor einer langen Vertragsbindung nur dann auf, wenn die Parteien diese Norm selbst im Vertrag berücksichtigt haben. Der Artikel sagt nicht, was passiert, wenn diese Bedingung nicht im Vertrag enthalten ist. In einem solchen Fall können die Bestimmungen des Art. 570 ZGB nicht auf den Pachtvertrag angewendet werden, da Art. 581 II ZGB die Anwendung der Mietordnung nur zulässt, wenn die Pachtordnung nichts anderes vorsieht. Damit wird der derzeitige Wortlaut des Artikels in Verbindung mit den Art. 581 II und 570 ZGB dahingehend gelesen, dass der Gesetzgeber versucht, den Parteien des Pachtvertrags andere Bedingungen als die des Mietvertrags aufzuerlegen und sie nicht vor einer unangemessen langen Vertragsbindung zu schützen.

Ein solches Ziel kann der Gesetzgeber nicht haben, denn eine unangemessen lange Vertragsbindung gilt allgemein als sittenwidriger Vorbehalt und ist nach Art. 54 ZGB nichtig. Aus diesem Grund haben die Parteien des Pachtvertrags weiterhin die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen. All dies macht den derzeitigen Wortlaut von Art. 582 ZGB bedeutungslos. Es ist besser, diesen Artikel in seine ursprüngliche Fassung zurückzusetzen oder ihn im Extremfall vollständig aus dem ZGB zu entfernen.

### III. Art. 583 III ZGB: Falscher systemischer Standort der Norm

#### 1. Wörtliche und teleologische Widersprüchlichkeit

Art. 583 ZGB regelt den besonderen Pachtfall, wenn Inventar zusammen mit dem Grundstück verpachtet wird. Der erste Absatz verpflichtet den Pächter, das Inventar pfleglich zu behandeln, während der zweite Absatz den Verpächter auf die Gefahr des zufälligen Untergangs des Inventars setzt, indem er ihn verpflichtet, den ohne Verschulden des Pächters unbrauchbar werdenden Teil des Inventars zu ersetzen. Zudem enthält der zweite Absatz einen Vorbehalt, dass sich bei Tieren diese Ersatzpflicht zwischen Pächter und Verpächter umkehrt.

Art. 583 III 1 ZGB bestimmt die umgekehrte Verpflichtung der durch Art. 583 II 1 begründeten Verpflichtung. Insbesondere, wenn nach Art. 583 II 1 ZGB die Gefahr des zufälligen Untergangs des Inventars und die Ersatzpflicht beim Verpächter zu tragen sind, trifft Art. 583 III 1 ZGB die gleiche Verpflichtung auf den Mieter, ohne dass für diese umgekehrte Rechtsfolge abweichende Voraussetzungen genannt werden. Ein solcher widersprüchlicher Vorbehalt macht die vorhergehenden Teile des Artikels völlig sinnlos und macht die Absicht des Gesetzgebers unverständlich. Eine harmonische Auslegung der Absätze II und III von Art. 583 ZGB ist sowohl mit teleologischen als auch mit systematischen und grammatikalischen Methoden unmöglich.

Das Vorhandensein von Art. 583 III ZGB sollte als Fehler des Gesetzgebers angesehen werden. Vor einer Gesetzesänderung kann dieser Rechtsmangel nur durch richterliche Rechtsfortbildung behoben werden. Der Irrtum des georgischen Gesetzgebers wird deutlich, wenn man sich die §§ 582 und 582a des deutschen BGB anschaut:

Georgische Vorschriften	Deutsche Vorschriften
<p><b>Artikel 583. Pacht eines Grundstücks mit Inventar</b></p> <p>(1) Wird ein Grundstück mit Inventar verpachtet, so hat der Pächter für die Erhaltung jedes Inventarstückes zu sorgen.</p> <p>(2) Der Verpächter ist verpflichtet, Inventarstücke zu ersetzen, die infolge der vom Pächter nicht zu vertretenden Umstände unbrauchbar geworden sind. Unabhängig von der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung, hat der Pächter den Verlust der zum Inventar gehörenden Tiere zu ersetzen.</p> <p><u>(3) Der Pächter hat das Inventar in dem Zustand zu erhalten und im Laufe der Pachtzeit in dem Umfang zu ersetzen, der einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entspricht. Die von ihm angeschafften Inventarstücke werden mit der Integrierung in das Inventar Eigentum des Verpächters.</u></p>	<p><b>§ 582 Erhaltung des Inventars</b></p> <p>(1) Wird ein Grundstück mit Inventar verpachtet, so obliegt dem Pächter die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke.</p> <p>(2) Der Verpächter ist verpflichtet, Inventarstücke zu ersetzen, die infolge eines vom Pächter nicht zu vertretenden Umstands in Abgang kommen. Der Pächter hat jedoch den gewöhnlichen Abgang der zum Inventar gehörenden Tiere insoweit zu ersetzen, als dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.</p>
<p><b>Artikel 584. Gefahr des zufälligen Untergangs des Inventars</b></p> <p>(1) Übernimmt der Pächter eines Grundstücks das Inventar zum Schätzwert und verpflichtet sich, es bei Beendigung des Pachtvertrages auch zum Schätzwert zurückzugewähren, so trägt er die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des Inventars. Innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft kann er über die einzelnen Inventarstücke verfügen.</p> <p>(2) Bei Ablauf der Pachtvertragszeit hat der Pächter das Inventar dem Verpächter zurückzugewähren. Der Verpächter kann die Übernahme des vom Pächter angeschafften Inventars ablehnen, wenn es für die Führung einer ordnungsgemäßen Wirtschaft auf dem Grundstück überflüssig oder zu wertvoll ist; mit der Ablehnung geht das Eigentum am nicht übernommenen Inventar auf den Pächter über. Besteht zwischen den Schätzwerten des übernommenen und des zurückgewährten Inventars eine Differenz, so ist diese in Geld auszugleichen. Den Schätzwerten sind die Preise im Zeitpunkt der Beendigung der Pacht zugrunde zu legen.</p>	<p><b>§ 582a Inventarübernahme zum Schätzwert</b></p> <p>(1) Übernimmt der Pächter eines Grundstücks das Inventar zum Schätzwert mit der Verpflichtung, es bei Beendigung des Pachtverhältnisses zum Schätzwert zurückzugewähren, so trägt er die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des Inventars. Innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft kann er über die einzelnen Inventarstücke verfügen.</p> <p><u>(2) Der Pächter hat das Inventar in dem Zustand zu erhalten und in dem Umfang laufend zu ersetzen, der den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters.</u></p> <p>(3) Bei Beendigung des Pachtverhältnisses hat der Pächter das vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren. Der Verpächter kann die Übernahme derjenigen von dem Pächter angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken auf den Pächter über. Besteht zwischen dem Gesamtschätzwert des übernommenen und dem des zurückgewährenden Inventars ein Unterschied, so ist dieser in Geld auszugleichen. Den Schätzwerten sind die Preise im Zeitpunkt der Beendigung des Pachtverhältnisses zugrunde zu legen.</p>

Insbesondere der Wortlaut des § 582 BGB stimmt genau mit dem Wortlaut des Art. 583 georgischen ZGB überein, mit dem einzigen Unterschied, dass der entsprechende deutsche Paragraph überhaupt keinen Absatz III hat. Stattdessen stimmt der Wortlaut von Art. 583 III ZGB genau mit § 585a II BGB überein, der die Inventarübernahme zum Schätzwert regelt, und steht im inhaltlichen Einklang mit Art. 584 des georgischen Zivilgesetzbuchs.

So hat der georgische Gesetzgeber aus nicht nachvollziehbaren Gründen die Norm, die sowohl inhaltlich als auch systemseitig Teil des Artikels 584 ZGB hätte sein sollen, dem Artikel 583 ZGB zugeordnet. Ursächlich hierfür war höchstwahrscheinlich, dass der georgische Gesetzgeber bei der Übersetzung des Textes aus der deutschen Originalquelle den besonderen Charakter der Regelung des Art 584 ZGB (bzw. § 582a) nicht richtig verstanden und als allgemeine Bestimmung des Pachtvertrages aufgefasst hat, was auch in der georgischen Überschrift dieses Artikels zum Ausdruck kam. Insbesondere die Überschrift von Art. 584 ZGB erweckt den falschen Eindruck, als beziehe sie sich auf die allgemeine Regelung des Pachtvertrags zur Verteilung des Risikos des zufälligen Untergangs von Inventar zwischen den Parteien. Tatsächlich bezieht sich nur der erste Absatz des Artikels auf die Verteilung dieses Risikos, und selbst dann ist es keine allgemeine Regel für den Pachtvertrag, sondern bezieht sich nur auf den besonderen Fall des Pachtvertrags, wenn das Inventar vom Pächter eines Grundstücks zum Schätzwert übernommen wird.

Der Hauptzweck dieses Artikels ist es, die Inventarübernahme zum Schätzwert zu regeln, daher wäre es besser, wenn dies auch in der Überschrift zum Ausdruck kommt (vgl. die Überschrift des entsprechenden deutschen Paragraphs).

## **2. Integration des Wortlauts von Art. 583 III ZGB in Art. 584 ZGB**

Daher ist die einzig richtige Auslegung von Art. 583 III ZGB möglich, indem seine derzeitige systemische

Stellung ignoriert und seine Bestimmung auf den durch Art. 584 ZGB geregelten Bereich ausgedehnt wird.

Art. 584 ZGB regelt den besonderen Fall des Pachtverhältnisses, wenn der Pächter des Grundstücks das Inventar zum Schätzwert übernimmt und sich verpflichtet, es bei Beendigung des Pachtverhältnisses zum Schätzwert zurückzugewähren. Im Rahmen einer solchen Vereinbarung tritt die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Inventars nach Art. 584 I ZGB auf den Pächter ab. Der zweite Teil befasst sich mit den Regeln für die Rückgabe des Inventars am Ende des Pachtvertrags. Artikel 584 ZGB ist in seiner jetzigen Fassung lückenhaft, es fehlt eine Norm, die die Regeln der Bestandspflege und des Verlustausgleichs bei dieser Art von Pachtvertrag regelt. Artikel 583 III ZGB befasst sich genau mit dieser Frage, dessen Ort geändert und systematisch in Artikel 584 ZGB integriert werden sollte. Nach Korrektur dieses Fehlers wird eine logische Verbindung zwischen den Inhalten der Artikel 584 I und 583 III ZGB hergestellt: Die Verlagerung des Risikos eines zufälligen Untergangs des Inventars auf den Mieter bedeutet logischerweise, dass der Mieter verpflichtet ist, das Inventar pfleglich zu behandeln und seine zufällig untergegangenen oder beschädigten Teile zu ersetzen.

Die in Art. 583 III 1 ZGB vorgesehene Unterhalts- und Ersatzpflicht ist weiter gefasst als die Unterhalts- und Ersatzpflichten der Artikel 583 I und II ZGB. Es umfasst nicht nur die Reparatur und den Ersatz von Inventar, das durch den ordnungsgemäßen Betrieb beschädigt oder abgenutzt ist, sondern verpflichtet den Pächter auch, dafür zu sorgen, dass sich das Inventar während der gesamten Pachtdauer in einem ordnungsgemäßen Zustand befindet. Das bedeutet, dass der Pächter auch das ihm bereits beschädigt übergebene Inventar reparieren muss. In einem solchen Fall hat der Pächter den anfänglichen Mangel nicht zu vertreten, aber nach Ablauf der Pachtzeit erfolgt ein Ausgleich gemäß den Regeln des Art. 584 II ZGB.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Harke, in MüKo BGB Kommentar, 8. Aufl. 2020, BGB § 582a, Rn. 3.



#### IV. Schlussfolgerungen

[1] Im Jahr 2011 war die Änderung des Textes von Artikel 582 ZGB, die die Lage der geschützten Interessen vollständig änderte, ohne den Zweck der Norm zu verstehen, unangemessen. Es ist nicht möglich, die negativen Folgen dieses Fehlers durch Auslegung der aktuellen Fassung zu vermeiden.

[2] Artikel 582 ZGB sollte in seine ursprüngliche Fassung zurückversetzt werden; d.h. seine letzten Worte - „Wenn die genannte Bedingung im Mietvertrag festgelegt ist“ - sollten gestrichen werden. Alternative Lösung: Art. 582 ZGB sollte aus dem Gesetzbuch gestrichen werden, was die

Ausweitung von Art. 570 ZGB (i.V.m. Art. 581 II ZGB) auf den Pachtvertrag ermöglicht.

[3] Absatz III von Artikel 583 ZGB wird an der falschen systematischen Stelle platziert. Aufgrund seines Inhalts sollte er Teil von Artikel 584 ZGB sein. Die Platzierung dieser Norm an der falschen Stelle führt zu Widersprüchen im Gesetzestext.

[4] Dieser Fehler kann nur durch teleologische Auslegung und völlige Missachtung der systemischen Stelle der Norm beseitigt werden. Ein alternativer und gerechtfertigter Weg ist eine Gesetzesänderung, durch die der Absatz III des Artikels 583 ZGB gestrichen und sein Text zu Artikel 584 ZGB in Abs. III hinzugefügt wird.

# Analysis of models of legal regulation of insolvency of natural persons

*Razhden Kuprashvili*

*Director Legal Aid Service, PhD Student of Ivane Javakishvili Tbilisi State University*

## Introduction

Nowadays, in Georgia, there is no possibility of conducting insolvency proceedings for natural persons. Consequently, natural persons who fail to pay their matured liabilities are left without a solution.

The first legislative act in Georgia in this field was the Law of Georgia “on Bankruptcy Proceedings”, which came into force in 1996. According to this law, natural persons and legal entities could use the bankruptcy regime.

As a result of the changes implemented in 2007, the Law of Georgia “on Bankruptcy Proceedings” was replaced by the Law “on Insolvency Proceedings” of Georgia, which allowed only legal entities and individual entrepreneurs to use the special regime.

Today, the law “On Rehabilitation and the Collective Satisfaction of Creditors’ claims” is already applicable, which allows only legal entities to use the bankruptcy regime.

It is clear that a natural person is deprived of the possibility of conducting insolvency proceedings. This, with many other factors can be considered one of the significant causes of over-indebtedness in the country. The only way to eliminate the existing problem is to implement the appropriate legal regulation.

Legislative reform should be implemented in such a way as to ensure that the debtor has the opportunity for a fresh start to reintegrate into the economic and social sphere of society. It will not only lead to a change in the law but also requires readiness from the state and society. It is true that eliminating the problem of over-indebtedness will have a positive effect on the economy, but the consequences must be considered. The subsequent success of the legislative reforms depends on these accompanying factors. It is noteworthy that there is no single optimal model which will work equally in all countries.<sup>1</sup>

The Committee of Ministers of the Council of Europe recognizes that nowadays, countries are in a period where taking credit for the population has become an integral part of life. Accordingly, with the increased number of credits, over-indebtedness also increases.<sup>2</sup> The Council of Europe indicates that it is essential that member states will take appropriate political, legislative, and practical measures to prevent and eliminate over-indebtedness effectively.

The mentioned problem affects not only a specific individual, but ultimately society. A special regime for the insolvency of natural persons is necessary based on the rights of equality, justice, and dignified life. There is no doubt that the burden of over-indebtedness causes not only psychological but also physical problems in a person. According to empirical studies,

---

<sup>1</sup> Bricongne, Jean-Charles, Demertzis, Maria, Pontuch, Peter and Turrini, Alessandro, Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective, European Commission, Discussion Paper 032, June, 2016, pg. 3,

available at: <https://bit.ly/3pMI0uP>, accessed on February 1, 2021;

<sup>2</sup> Council of Europe, Recommendation Rec (2007)8 and explanatory memorandum on Lega Solutions to Debt Problems, Strasbourg, 2008, 10 (8)

most debtors experience fear, anxiety, and constant worry about the inability to pay their financial obligations.<sup>3</sup>

Moreover, the emotional background caused by pressure from creditors increases the risk of depression in debtors. As a result, a debtor cannot concentrate on work and other responsibilities, and the debtor falls into a situation that ends with self-isolation, depression, and hopelessness. Perhaps this situation intensifies the debtor's loss of motivation concerning work. Moreover, all this may even increase the tendency to commit suicide. Solvency recovery systems offer the debtor an immediate sense of peace to give hope of returning to normal social conditions. According to studies, debtors who participate in the solvency recovery systems feel relief and calmness, which was not familiar to them for a long time.<sup>4</sup>

Georgia harmonizes its legislation with European standards. In this way it tries to create a developed state functioning on democratic concepts. Accordingly, a legal framework for the insolvency of natural persons is essential. Especially in recent years, overindebtedness has increased significantly. Accordingly, it is necessary to introduce the mentioned regulation to give a natural person the opportunity to return to normal social conditions, reintegrate into society, and finally be free from those obligations that have harmed their situation for years.

Several countries, including Germany and the United States of America, are familiar with the legislation on the insolvency of a natural person. The present article will be devoted to the overview of the insolvency system of natural persons operating in

continental Europe and Anglo-American countries and their comparative legal analysis.

## 1. International models of insolvency of natural persons

### 1.1. Anglo-American Model – the doctrine of “Fresh Start”.

Two approaches are highlighted based on the analyses of international experience of the insolvency regulation of natural persons. In particular, first is the Anglo-American “fresh start” shared by US and UK law. The second model is a so-called European “earned fresh start” model, where the debtor's good faith and the created situation are essential.<sup>5</sup>

The main distinguishing sign of the Anglo-Saxon system is that a person can choose his insolvency strategy, while in the German model, a standard rule is determined by law. This is because the Anglo-Saxon model has a liberal approach, where the creditor's risk is higher. Consequently, the insolvency procedure for the debtor is relatively simplified.<sup>6</sup> It should be mentioned, for example, in England and Wales, there is a growing interest in individual voluntary agreements (IVA), which presents an alternative to insolvency proceedings.<sup>7</sup> Comparable alternatives also exist in Canada and Australia. Nevertheless, in the recent period, the countries of the Anglo-Saxon system have been implementing certain aspects of the European model. An example of this is Chapter 13 of the US Bankruptcy Code. This chapter provides for the insolvency plan and the write-off of liabilities remaining after the insolvency period. Also, the USA Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act – BAPCPA of 2005. It promotes the principle of good faith and

<sup>3</sup> Laura Choi, Federal Reserve Bank of San Francisco, Financial Stress and Its Physical Effects On Individuals and Communities, COMMUNITY DEVELOPMENT INVESTMENT REVIEW 120 (2009); AP-AOL/ABT SRBI, Credit Card / Debt Stress Study (2008),

<sup>4</sup> Götz Lechner & Wolfram Backert, Menschen in der Verbraucherinsolvenz: Rechtliche und soziale Wirksamkeit des Verbraucherinsolvenzverfahrens einschließlich Darstellung der Haushaltsstrukturdaten des untersuchten Personenkreises, in BMFSFJ, MATERIALIEN ZUR FAMILIENPOLITIK: LEBENSLAGEN VON FAMILIEN UND KINDERN: ÜBERSCHULDUNG PRIVATER HAUSHALTE 33-54 (2008).

<sup>5</sup> Arvydas, Paškevičius, Neringa, Jurgaitytė, Bankruptcy of Natural Persons in Lithuania: Reasons and Problems, Procedia - Social and Behavioral Sciences, Vol. 213, December 1, 2015, pp. 521-526

<sup>6</sup> Ondersma C., a Human Rights Framework for Debt Relief, 2015, 321 [Available: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1887&context=jil>, Access date: 31/03/2021]

<sup>7</sup> Tolmie F., CORPORATE AND PERSONAL INSOLVENCY LAW , Second Edition, School of Law, Kingston University, 2003, p. 86-87.

balances the legal positions of the creditor and the insolvent debtor.<sup>8</sup>

### The United States of America:

In the United States of America, the insolvency regime of natural persons is governed by the Bankruptcy Code, which provides two regimes. In particular, regulations defined by Chapters 7 and 13 of the Bankruptcy Code.<sup>9</sup> Chapter 7 deals with liquidation proceedings of the debtor's property. However, this property includes property that is not exceptional. Exceptional property is a property that in no case is subject to the liquidation procedure. Under the Bankruptcy Code of the USA, each state can determine which property qualifies as exceptional. As a rule, the exceptional property is the same and is as follows: motor vehicles; reasonably necessary clothes to a certain value; reasonably necessary household items and furniture; household appliances; jewelry; pensions up to a certain limit; trade or professional instruments up to a certain value; part of unearned wages; public benefits, including state aid (welfare), social security, and unemployment compensation accumulated in a bank account; Benefits from personal injury compensation; Examples of non-exceptional properties are as follows: Expensive musical instruments; collectible cards or other valuable family items; cash; bank accounts; stocks, bonds, or other types of investments; a second car or a second house/cottage.<sup>10</sup>

Following Chapter 13 of the Bankruptcy Code, the debtor can be released from obligations and maintain property within the 3-5 years bankruptcy proceedings.

A chapter 7 of the Bankruptcy Code does not involve the filing of a plan of repayment as in chapter 13. Instead, the bankruptcy trustee gathers and sells the debtor's nonexempt assets (non-exceptional

property) and uses the proceeds of such assets to pay holders of claims (creditors) under the provisions of the Bankruptcy Code. After this the debtor is free from all kinds of obligations.<sup>11</sup>

A Chapter 13 - bankruptcy proceeding is often stated as a "wage earner's plan," which allows a person with a stable income to repay all or part of their debts within three to five years under a repayment plan. If the debtor's monthly income is less than the applicable state median, a three-year plan is approved, unless the court deems it necessary to accept a longer-term plan. If the debtor's monthly income is higher than the applicable state median, the plan must be for five years.<sup>12</sup> According to law the plan may not provide for payments over a period that is longer than 5 years.<sup>13</sup> During the plan, a moratorium on the realization of the debtor's property is also announced.<sup>14</sup>

Therefore, Chapter 7 provides the fastest possible fresh start by liquidating the debtor's assets. That is why this chapter is called liquidation.<sup>15</sup> The aim of Chapter 13 is to rehabilitate the debtor through a payment plan. Therefore, Chapter 13 proceedings need time. Instead, the debtor is more likely to keep the property. A more detailed discussion of specific procedures will follow the thematic chapters below. If the entrepreneur decides to stay in business (instead of following the rules stated in Chapter 7), there is an alternative under Chapter 11 apart from Chapter 13. The difference between them is on the part of the trustee. In particular, Chapter 13 defines the rules regarding governing debtors' property by the trustee, and Chapter 11 deals with self-administration. In other words, the functions of the trustee are carried out by the debtor himself, who is allowed to continue business activities and borrow money. The plan of

<sup>8</sup> Iain Ramsay, *Towards an International Paradigm of Personal Insolvency Law: A Critical View*, 17 QUT L. REV. 15 (2017), 25-29, 38.

<sup>9</sup> Braun, *German Insolvency Code - Article-by-Article Commentary Second Edition*, 2017, p.18

<sup>10</sup> Dobbie, Will, Song, Jae, „Debt Relief and Debtor Outcomes: Measuring the Effects of Consumer Bankruptcy Protection“, NBER Working Paper Series, p. 4-5

<sup>11</sup> [Available: <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-7-bankruptcy-basics>

<sup>12</sup> Dobbie, Will, Song, Jae, „Debt Relief and Debtor Outcomes: Measuring the Effects of Consumer Bankruptcy Protection“, NBER Working Paper Series, p.4-5

<sup>13</sup> 11 U.S.C. § 1322(d).

<sup>14</sup> Chapter 13 - Bankruptcy Basics, [Available: <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-13-bankruptcy-basics>

<sup>15</sup> 11 U.S. Code Chapter 7 - LIQUIDATION [Available: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-7>

reorganization is effective after the vote of creditors and its approval by the court.<sup>16</sup>

### The United Kingdom:

Insolvency legislation in the UK includes the provision of special regimes for natural persons and legal entities. In the United Kingdom, the UK Insolvency Law applies directly to corporations, while the so-called Bankruptcy Law applies to natural persons.<sup>17</sup> The primary act of insolvency legislation in Scotland, England, and Wales is the Insolvency Act of 1986, also Companies Act of 2006.<sup>18</sup>

There are three formal insolvency procedures available to insolvent individuals, which are as follows: Bankruptcy, Debt relief orders (DRO) in England and Wales, and individual voluntary arrangements (IVA).<sup>19</sup> Bankruptcy and DRO procedures are statutory, while an IVA depends on an agreement between the debtor and creditor represented by the insolvency practitioner. Therefore, an IVA is a consensual debt restructuring procedure, while bankruptcy and DRO are statutory procedures. DRO is used for no Income, no Assets (NINA) debtors. If the person meets the relevant requirements, after 12 months, his liabilities will be completely cancelled.<sup>20</sup> Therefore, a DRO is conceptually close to Chapter 7 of the US Bankruptcy Code. And the personal bankruptcy proceeding governed by Chapter 9<sup>21</sup> of the Insolvency Act of 1986 is similar to the American model of Chapter 13 proceedings. DRO is applicable if the debtor's liability does not exceed £30,000. Also, if he has no additional income, does not own real estate or a car worth more than £2,000, has lived in England or Wales for the last 3 years, and has not benefited from the DRO procedure for the last 6 years. In this case, the creditors cannot compel the debtor to fulfill the obligation without the court

decision, and the debtor will be fully discharged of his obligations after 12 months. Getting DRO is possible from an officer of the bankruptcy court, but applying through an authorized debt adviser is necessary. The fee for initiating the DRO procedure is £90. DRO does not exempt a person from paying rent or other similar payments, like student loans or court fees. A DRO will be annulled if the debtor's financial situation improves or the debtor fails to properly cooperate with the court officer, such as by failing to provide timely and complete information about his financial situation. If a person takes new debt during the DRO period, bankruptcy proceedings will be initiated against him. And if he does not notify the creditors about the new debt, the debtor may face criminal liability. DRO will stay on the debtor's credit record for 6 years.<sup>22</sup>

The key common feature of the Bankruptcy and DRO procedures is that under both an insolvent individual usually receives a discharge or cancellation of his/her debts. The Bankruptcy procedure involves an insolvent individual surrendering her surplus assets and income, and effectively the control over her financial affairs, in exchange for discharge from her debts. Surplus assets can include income that does not qualify for the subsistence minimum. Both creditors and debtors can initiate bankruptcy proceedings, though the majority of 'petitions' are brought by debtors seeking relief (rather than creditors seeking to collect debts). Bankruptcy is generally an administrative procedure. A natural person applies online (on payment of a £680 fee), and applications are decided and administered by an adjudicator operating under the government's Insolvency Service. The adjudicator will usually declare the applicant bankrupt within a matter of days, unless some exceptional circumstances require otherwise.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Chapter 11 - Bankruptcy Basics, [Available: <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics>]

<sup>17</sup> McKenzie-Skene, *Insolvency Law in Scotland* (T&T Clark, Edinburgh 1999) 23

<sup>18</sup> Tsvetan Petrov, *Harmonising Restructuring Law in Europe: A Comparative Analysis of the Legislative Impact of the Proposed Restructuring Directive on Insolvency Law in the UK and Germany*, University of Edinburgh, 2017, p.135

<sup>19</sup> Braun, *German Insolvency Code - Article-by-Article Commentary Second Edition*, 2017, p.16-17

<sup>20</sup> Tolmie F., *CORPORATE AND PERSONAL INSOLVENCY LAW*, Second Edition, School of Law, Kingston University, 2003, p. 86

<sup>21</sup> CHAPTER A1 Adjudicators: bankruptcy applications by debtors and bankruptcy orders [Available: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/part/IX>]

<sup>22</sup> Available: <https://www.gov.uk/options-for-paying-off-your-debts/debt-relief-orders>

<sup>23</sup> Available: <https://www.law.ox.ac.uk/housing-after-grenfell/blog/2020/07/explaining-personal-insolvency-and-law>

## 1.2. The European model – doctrine of “earned fresh start”

The European models of bankruptcy of natural persons are called as “earned fresh start” models<sup>24</sup>, where unlike the Anglo-American model particular role plays the good faith of the debtor, the insolvency plan, and the insolvency administrator. The debtor will only be discharged of the remaining monetary obligations after the expiration of the established term if he/she fulfills the obligations imposed by the insolvency plan in good faith.<sup>25</sup>

**Germany:** Insolvency proceedings in Germany are regulated by a unified model, which means that the Insolvency Code (InsO) regulates bankruptcy rules for individuals and legal entities.<sup>26</sup> Therefore, except for those legislative cases where the law does not explicitly provide otherwise, the general rules apply to both natural persons and legal entities.<sup>27</sup> Other than insolvency law as enshrined in the InsO, there are few other legal provisions that mainly apply to legal entities and specific cases.<sup>28</sup>

If a debtor finds itself in a position where it is no longer able to satisfy all creditors, collective enforcement takes the place of individual compulsory enforcement. Mentioned Collective enforcement proceedings (i.e. insolvency proceedings) result in interference with the legal positions of both the debtor and the creditors. In order to cover the debtor’s liabilities, its assets are secured for the creditors, and the debtor is deprived of private, autonomous decision-making freedom in respect of those assets. In addition, claims based on the principle of priority of creditors are

suspended. The debtor’s assets are seized for the benefit of all creditors in order to achieve the objective of satisfying them collectively, in a proportional way. This objective can be pursued in two ways: on the one hand, by realizing the debtor’s assets, on the other, through alternative arrangements in an insolvency plan. The aim of these two ways is a rehabilitation of the debtor and protection of him against loss of property. German insolvency proceedings can be described as uniform not only because they combine restructuring and liquidation proceedings, but also because they spread uniformly between the insolvency of companies, individual entrepreneurs, or private persons. This last group is merely subject to the provisions specific to consumer insolvency proceedings in sections 304 to 311, which culminate in the need to attempt to reach a debt settlement with the creditors. For natural persons, insolvency law provides not only for insolvency proceedings but also for the opportunity to be discharged from all unfulfilled liabilities after a period of good conduct for 3 years (sections 286 to 303a). The work of the insolvency courts has an essential role, which provides the final supervision of this process.<sup>29</sup>

### The Baltic States:

Until April 2010, Lithuania did not have an effective modern law on the bankruptcy of natural persons, and until May 2012 there was also no national act regulating the legal dimension of the bankruptcy of natural persons. The common feature of the subjects of insolvency proceedings of natural persons in Lithuania is the absence of the status of a legal personality. Such persons that can apply for the initiation of bankruptcy

<sup>24</sup> Arvydas P., Neringa J., “Bankruptcy of Natural Persons in Lithuania: Reasons and Problems”, *Bankruptcy of Natural Persons in Lithuania: Reasons and Problems*, 522.; Also, Edita Grudyte, Julija Kirsiene, “Application of “Fresh start” Doctrine for Individual Debtors in Lithuania: EU and US perspective”, *Inzinerine Ekonomika-Engineering Economics*, 2010, 21(3), p 266;

<sup>25</sup> Kilborn JJ., *The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law, and Surprising Lessons for the United States*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 24, 2004 [Available: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1576&context=njilb>, date of access: 31/03/2021]

<sup>26</sup> Sections 155-159 Bankruptcy Act 2016;

<sup>27</sup> Petrov T., *Harmonising Restructuring Law in Europe: A Comparative Analysis of the Legislative Impact of the Proposed Restructuring Directive on Insolvency Law in the UK and Germany*, 3 *ANGLO-GER. L.J.* 129, 2017, p. 12;

<sup>28</sup> For example, Limited Liability Companies Act (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) or section 92 of the Stock Corporation Act (Aktiengesetz, AktG); Bond Act (Schuldverschreibungsgesetz, SchVG); Act on the Reorganisation of Credit Institutions (Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten, KredReorgG); the Restructuring and Liquidation Act (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, SAG);

<sup>29</sup> Braun, *German Insolvency Code - Article-by-Article Commentary Second Edition*, 2017, paras. 2-6, [https://www.schultzebraun.de/fileadmin/3en/Schultze\\_Braun\\_German-Insolvency-Code\\_k2.pdf?\\_=1569241778](https://www.schultzebraun.de/fileadmin/3en/Schultze_Braun_German-Insolvency-Code_k2.pdf?_=1569241778);

proceedings are divided into three groups: natural persons, farmers and other natural persons pursuing individual activities, acting in good faith, as defined by the Law of the Republic of Lithuania on Personal Income Tax. Thus, it can be stated that a wide range of unincorporated persons are now able to go bankrupt in Lithuania. According to Lithuania model the subject and the initiator coincide with each other - i.e., personal bankruptcy proceedings can be initiated only by a natural person (BA – section 1(4)).<sup>30</sup>

Law of Latvia on Insolvency Proceedings of a natural person has been in force since the 1st of November 2010. Insolvency Proceedings of a natural person have increased the availability of these proceedings, and substantially enlarged an over indebted consumer's chances of successfully discharging their debts. The subject of the insolvency proceedings of a natural person may be any natural person who has been a taxpayer in the Republic of Latvia in the previous six months and who is in financial difficulty (Article 127). Only the debtors themselves may file for insolvency (Article 133).<sup>31</sup>

Insolvency Legislation of Estonia recognizes two different types of proceedings for natural persons: Restructuring of the debts and Bankruptcy. Proceedings of debts restructuring are regulated by the Debt Restructuring and Debt Protection Act (DRDPA, 2010). The purpose of this act is to facilitate the restructuring of the debts of a natural person having solvency problems (debtor), in order to overcome the solvency problems and avoid bankruptcy proceedings. Bankruptcy proceedings, on the other hand, are regulated by the Bankruptcy Act (BA, 2004) and are used when a debtor is insolvent. According to Article 1 (2) of the BA of Estonia, a debtor is insolvent if he is unable to satisfy the claim of a creditor that has fallen due and such an inability, due to the debtor's financial situation and such kind of situation is not temporary, e. i., There is no prospect of improving the financial situation soon.

According to Article 2 of the Estonian BA, a debtor who is a natural person is also allowed to be discharged from obligations through bankruptcy proceedings. Applicable bankruptcy legislation of Estonia does not explain who a natural person is and to whom the Estonian BA applies. Only Article 4 (1)-(2) of DRDPA of Estonia elucidates that a debtor is subject to debts restructuring proceedings regardless of their status as an enterprise. Debts restructuring may be applied for by a debtor whose place of residence is in Estonia and who has resided in Estonia for a period of no less than two years before submitting the debt restructuring petition.<sup>32</sup>

Discussions on personal bankruptcy regulations are usually focused on effects of leniency on society, economy, financial markets, entrepreneurship and labor supply. The 2021 World Bankruptcy International Survey assessed the legislative systems of 25 EU countries and measured their Leniency index in contrast to US bankruptcy legislation. The index scores were analyzed by region, law origin, and the age of the regime. According to the survey, EU countries' legislation on Insolvency proceedings of natural persons showed high heterogeneity. There is a strong association between leniency and the age of legislation. Results indicate that personal bankruptcy policies in the EU are usually launched as creditor-friendly and are later shifted to a more lenient direction.<sup>33</sup>

States	Leniency index of debtor	state	Leniency index of debtor
The Kingdom of Denmark	1.58	Portuguese Republic	1.12
The Kingdom of Sweden	1.47	The Netherlands	1.11
The Republic of Poland	1.41	Republic of Slovenia	1.11
France	1.38	Republic of Croatia	1.08

<sup>30</sup> Mari Schihalejev et al., Conditions For The Bankruptcy Of Natural Persons: Which Baltic State Is The Most Attractive For Bankruptcy, *International Comparative Jurisprudence 2021 Volume 7 Issue 1*, p. 103 <http://dx.doi.org/10.13165/j.icj.2021.06.008>;

<sup>31</sup> Mari Schihalejev et al., Conditions for The Bankruptcy of Natural Persons: Which Baltic State Is the Most Attractive For

Bankruptcy, *International Comparative Jurisprudence 2021 Volume 7 Issue 1*, p. 105;

<sup>32</sup> *Ibid*, 106;

<sup>33</sup> [Available: [https://www.researchgate.net/publication/354404359\\_The\\_Leniency\\_of\\_Personal\\_Bankruptcy\\_Regulations\\_in\\_the\\_EU\\_Countries](https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries)]

The Grand Duchy of Luxembourg	1.37	The Italian Republic	1.05
Greece	1.29	The Kingdom of Belgium	1.04
Slovakia	1.27	The Republic of Cyprus	0.98
Austria	1.25	The Federal Republic of Germany	0.97
Czech Republic	1.24	Romania	0.97
The Republic of Estonia	1.22	The Republic of Latvia	0.87
Finland	1.19	Hungary	0.87
The Kingdom of Spain	1.16	Lithuania	0.85
Ireland	1.14	USA	1.37

Therefore, as expected, the Leniency Index of the USA is much higher than that of most EU countries. The American model was the first to introduce the idea of debt write-off, which represents a kind of synthesis of the liberal<sup>34</sup> and market<sup>35</sup> camps and prioritizes the interests of the individual.<sup>36</sup> The EU model generally is more protective of the interests of the financial and banking sectors.<sup>37</sup> Although some European countries have already reached the leniency level of the US due to the major reforms, which shifted the leniency up (see Sweden, Denmark, Poland, and France). It also should be considered that with the "Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act," which came into force in 2005, the American

model has become somewhat closer to the European model.<sup>38</sup>

### Conclusion

While discussing the Insolvency proceedings of a natural person, factors such as Social, economic, financial market, entrepreneurship, and labor market should be taken into account. As part of the comparative-legal analysis of insolvency legislation of natural persons operating in continental European countries, we can consider an international study conducted in 2021, which evaluated the legal systems of 25 EU states and measured the Leniency Index of these countries concerning the US bankruptcy legislation. Within the scope of this study the following issues are discussed: legislative models of the countries, the age of the legislation, and the main reasons for adopting the legislation.<sup>39</sup>

The research showed that the legislation of the EU countries on the insolvency of natural persons is very heterogeneous. In the EU countries, the legislation was initially significantly addressed toward the interests of the creditors. However, the priority of the debtor's interests is gradually being brought to the fore.<sup>40</sup>

As the research shows, the Leniency Index of the USA is much higher than the Leniency Index of most EU countries. The American model was the first to introduce the idea of debt write-off, which represents a kind of synthesis of the liberal<sup>41</sup> and market<sup>42</sup> camps

<sup>34</sup> Efrat, Rafael 2002. Global trends in personal bankruptcy. *American Bankruptcy Law Journal* 76: 81–110;

<sup>35</sup> Heuer, Jan-Ocko. 2014. Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief: A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries. Ph.D. thesis, University of Bremen, Bremen, Germany; [Available: [https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/4657/7/PhD-Thesis\\_Jan-OckoHeuer\\_SubmittedVersion.pdf](https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/4657/7/PhD-Thesis_Jan-OckoHeuer_SubmittedVersion.pdf)];

<sup>36</sup> Jia, Ye. 2015. The impact of personal bankruptcy law on entrepreneurship. *Canadian Journal of Economics* 48: 464–93; [Available: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/caje.12133>];

<sup>37</sup> Ramsay, Iain. 2012. Between neo-liberalism and the social market: Approaches to debt adjustment and consumer insolvency in the EU. *Journal of Consum Policy* 35: 421–41;

<sup>38</sup> [Available: [https://www.researchgate.net/publication/354404359\\_The\\_Leniency\\_of\\_Personal\\_Bankruptcy\\_Regulations\\_in\\_the\\_EU\\_Countries](https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries)]

<sup>39</sup> [Available: [https://www.researchgate.net/publication/354404359\\_The\\_Leniency\\_of\\_Personal\\_Bankruptcy\\_Regulations\\_in\\_the\\_EU\\_Countries](https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries)]

<sup>40</sup> [Available: [https://www.researchgate.net/publication/354404359\\_The\\_Leniency\\_of\\_Personal\\_Bankruptcy\\_Regulations\\_in\\_the\\_EU\\_Countries](https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries)];

<sup>41</sup> Efrat, Rafael 2002. Global trends in personal bankruptcy. *American Bankruptcy Law Journal* 76: 81–110;

<sup>42</sup> Heuer, Jan-Ocko. 2014. Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief: A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries. Ph.D. thesis, University of Bremen, Bremen, Germany; [Available: [https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/4657/7/PhD-Thesis\\_Jan-OckoHeuer\\_SubmittedVersion.pdf](https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/4657/7/PhD-Thesis_Jan-OckoHeuer_SubmittedVersion.pdf)];



and prioritizes the interests of the individual.<sup>43</sup>

The EU model generally is more protective of the interests of the financial and banking sectors.<sup>44</sup> Simply, it is very cautious. Although, it should be mentioned that in some European countries such as Sweden, Denmark, Poland, and France, the influence of the American model and the liberal character of the legislative reforms can be observed. On the other hand, it is noteworthy that with the "Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act," which came into force in 2005, the American model has become somewhat closer to the European model.<sup>45</sup>

As can be seen from the legal analysis of continental European and Anglo-American countries, the majority of countries in the world are familiar with the possibility of conducting insolvency proceedings for natural persons, and this, in itself, is regulated at the normative level. Over-indebtedness in our country remains one of the significant challenges even nowadays, so it is necessary to offer society a flexible mechanism that will alleviate the financial burden to a certain extent and give a new opportunity in life and a clear field for future effort. The only optimal way to

ensure this is to develop reforms based on analyzing the best practices of European and Anglo-American countries.

Based on the best practices of Anglo-American and continental European countries, there is a need to create a legal framework that will enable individuals to overcome excessive debt. It will not only be a solution for a particular person, but in the future, it will significantly improve the economic and social circumstances of the country, which is one of the main challenges in the present day.

Georgia is a developed country, gradually improving the legislation of different fields and having the opportunity to create a legal framework based on the best practices of developed states. The direct transfer of the legislation of another state may be not applicable but destructive to our country. The readiness to receive specific changes, society's level of awareness, social background, and even traditions must be considered while making such reforms. Accordingly, we have the privilege in creating synthetic regulations based on the best practices of several countries, which will be fully adapted to our environment.

<sup>43</sup> Jia, Ye. 2015. The impact of personal bankruptcy law on entrepreneurship. *Canadian Journal of Economics* 48: 464–93; Available: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/caje.12133>;

<sup>44</sup> Ramsay, Iain. 2012. Between neo-liberalism and the social market: Approaches to debt adjustment and consumer insolvency in the EU. *Journal of Consum Policy* 35: 421–41;

<sup>45</sup> [Available: [https://www.researchgate.net/publication/354404359\\_The\\_Leniency\\_of\\_Personal\\_Bankruptcy\\_Regulations\\_in\\_the\\_EU\\_Countries](https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries)]

## Der normative Inhalt von Artikel 8 der Verfassung Georgiens: Neutralität und Parität in einem traditionell christlichen Land

David Maisuradze

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem Tinatin-Tsereteli-Institut für Staat und Recht; Hauptspezialist der Juristischen Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

Art. 8 GeoV legt zwei Hauptprivilegien der orthodoxen Kirche gegenüber anderen Religionsgemeinschaften fest: 1. Der Staat erkennt seine besondere Rolle in der Geschichte Georgiens an und 2. die Beziehung zu ihr wird durch eine Verfassungsvereinbarung bestimmt. Die Anerkennung einer besonderen historischen Rolle kann nicht nur als nomineller Vorbehalt angesehen werden, sondern hat auch einen normativen Inhalt. Die Regelung der Beziehungen durch eine Verfassungsvereinbarung ist in zweierlei Hinsicht ein Verfassungsprivileg: Erstens werden die Beziehungen des Staates zu anderen Religionsgemeinschaften durch untergeordnete Gesetzgebungs- oder Untergesetzgebungsakte geregelt. Daher sind die Rechte der orthodoxen Kirche und anderer Religionsgemeinschaften mit demselben Inhalt (z. B. Befreiung vom Militärdienst, Schutz des kirchlichen Eigentums, Steuervorteile) in unterschiedlichem Grad geschützt: Die Änderung eines niederrangigen Gesetzgebungsakts erfolgt durch ein viel einfacheres Verfahren als die der Verfassungsvereinbarung. Zweitens ist Verfassungsvereinbarung eine Vereinbarung, d. h. die aktive Beteiligung der orthodoxen Kirche selbst an der gesetzgeberischen Regelung der Beziehungen ist gesetzlich vorgesehen, was bei anderen Religionsgemeinschaften nur vom guten Willen des Staates abhängt. Ein solches Privileg der Kirche an sich verstößt weder gegen die

Verfassung (die Verfassung selbst kann nicht gegen die Verfassung verstoßen) noch gegen das Völkerrecht, da es die grundlegenden Menschenrechte nicht direkt berührt.<sup>1</sup> Dagegen ist es durchaus möglich, dass einzelne Normen des Verfassungsvereinbarung sowohl der Verfassung als auch dem Völkerrecht doch widersprechen, was einer gesonderten Prüfung bedarf.

Darüber hinaus erkennt Art. 8 GeoV die besondere Rolle der orthodoxen Kirche in der Geschichte Georgiens an. Nach der Präambel der Verfassungsvereinbarung hat das „orthodoxe Christentum eine jahrhundertalte georgische Kultur, nationale Weltanschauung und Werte geprägt.“ Fraglich ist, ob diese Vorbehalte in den höchsten Gesetzgebungsakten nur symbolischen, deklaratorischen Charakter haben oder ob sie auch bestimmte normative Inhalte enthalten. Um diese Frage zu beantworten, kann man auch die in der deutschen rechtlichen Literatur geäußerten Ansichten berücksichtigen.

Im Allgemeinen stellt die Prägung und die besondere historische Rolle jeder Religion bei der Gestaltung der kulturellen Werte eines Landes eine Herausforderung für den Staat dar, die Grundsätze der Neutralität und Parität ordnungsgemäß umzusetzen.<sup>2</sup> Wie Georgien baut auch die Bundesrepublik Deutschland

---

<sup>1</sup> Vgl. EKMR, DR 5, 157; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22, Rn. 96; *Charrier*, Code de la CEDH, 2005, Art. 9, Rn. 0536; *Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 55.

<sup>2</sup> *Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 65.

mit ihrer Kultur, ihrem Recht und ihrer Ordnung auf christlichen Ursprüngen auf. Die heutigen sozialen Werte in beiden Ländern werden weitgehend von der christlichen Tradition bestimmt. Darüber hinaus wäre sowohl die deutsche als auch die georgische Geschichte oder Literatur ohne Kenntnis der christlichen Traditionen schwer zu verstehen.<sup>3</sup> Daher kann auch das Bildungssystem nicht völlig frei von religiösen Inhalten sein.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht einen ähnlichen Wortlaut wie Art. 8 GeoV anbietet und der Ansicht ist, dass der Staat die kulturellen Werte und Ansichten, auf die der christliche Glaube und die christlichen Kirchen historisch einen entscheidenden Einfluss hatten, nicht ignorieren sollte.<sup>4</sup> Die rechtliche Konsequenz der Anerkennung dieser historisch-kulturellen Rolle bestehe nach dem deutschen Bundesverfassungsgericht darin, dass ein bestimmtes Privileg des christlichen Elements im öffentlichen Leben nicht nur zulässig, sondern auch notwendig sei, dies jedoch nur insoweit, als dieses Privileg auch auf religiös neutraler Basis legitimiert werden könne.<sup>5</sup> Eine solche neutrale Grundlage liegt dann vor, wenn eine christliche Tradition Teil des nationalen Kulturerbes geworden ist und nicht mehr nur eine religiöse Bedeutung hat.

Christliche Ursprünge sind auch im Gesetz ersichtlich. Das deutsche Grundgesetz beginnt mit der Erklärung, dass dieser grundlegende Akt vom deutschen Volk „im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen“ verfasst wurde. Auch die Verfassung Georgiens wird laut Präambel „vor Gott und dem Land“ verkündet. Sowohl der georgische<sup>6</sup> (Art. 51 I GeoV) als auch der deutsche Präsident<sup>7</sup> (Art. 56 GG) schwören vor ihrem Amtsantritt den Eid religiösen Inhalts. Es ist wahr, dass der Text des Eides keine konkrete Religion hervorhebt, aber es ist klar, dass dieser symbolische Eid in beiden Fällen den christlichen Geist trägt. In Deutschland heißt es in einigen

Landverfassungen ausdrücklich, dass der Zweck der Kindererziehung darin bestehe, christliche Werte zu vermitteln.<sup>8</sup>

Der Einfluss des Christentums macht sich insbesondere bei der gesetzlichen Feststellung von Feiertagen bemerkbar. 7 von 13 Feiertagen gemäß Art. 20 des georgischen Arbeitsgesetzbuchs sind christlich. Eines der verbleibenden sechs ist das neue Jahr, dessen Datum historisch auch mit christlichem Weihnachten verbunden ist. Mit Ausnahme des Neujahrs, des 1. Mai (Tag der Arbeit) und des 3. Oktober (Tag der Einheit) ist jeder Feiertag auch in Deutschland ein traditioneller christlicher Feiertag.<sup>9</sup> Obwohl das Gesetz keine Feiertage anderer Religionen enthält, kann es nicht als Verstoß gegen die Parität angesehen werden, da alle diese gesetzlich festgelegten religiösen Feiertage gleichzeitig nationale Feiertage sind und sowohl in Georgien als auch in Deutschland nicht nur eine kirchliche Bedeutung haben. Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer gemäß Art. 20 II des georgischen Arbeitsgesetzbuchs berechtigt, anstelle der gesetzlich vorgeschriebenen freien Tage andere freie Tage zu beantragen, was auch den angemessenen Schutz der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit gewährleistet.

Die Anerkennung religiöser Feiertage als staatliche Feiertage ist auch im Hinblick auf die gegenseitige Unabhängigkeit von Staat und Religionsgemeinschaften interessant. Der Staat hat kein Recht, einen religiösen Feiertag oder sein Datum festzulegen. Nur eine Religionsgemeinschaft hat die Befugnis dazu. Daher legt der Staat bei religiösen Feiertagen nicht einmal gesetzlich freie Tage fest, sondern erkennt einen bereits bestehenden Nationalfeiertag an und ist mit dieser Anerkennung tatsächlich von der religiösen Vereinigung abhängig. Diese Abhängigkeit zeigt sich besonders bei Ostern, das sich bewegt und dessen Datum jährlich von der orthodoxen Kirche festgelegt wird. Trotz der Abweichung vom Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit ist die gesetzliche Anerkennung von Ostern als Feiertag nicht nur wegen der großen religiösen

<sup>3</sup> ebd.

<sup>4</sup> BVerfGE 93, 1 (22).

<sup>5</sup> BVerfGE 93, 1 (19).

<sup>6</sup> „Ich schwöre vor Gott und Volk...“

<sup>7</sup> „So wahr mir Gott helfe.“

<sup>8</sup> Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 67.

<sup>9</sup> Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 66.

Bedeutung dieses Feiertags, sondern auch wegen seiner besonderen sozialen Bedeutung in Georgien immer noch legitim.

Eine christliche Grundlage hat auch die Erklärung des Sonntags als Ruhetag. Das Recht, sich am Sonntag auszuruhen, ist in Deutschland durch Art. 139 WRV auf verfassungsrechtlicher Ebene geschützt. Gemäß Art. 1 VI der Verfassungsvereinbarung wird der Sonntag auch in Georgien zum Ruhetag erklärt. Somit sind Personen anderen Glaubens tatsächlich benachteiligt:<sup>10</sup> Für einen Juden zum Beispiel ist der Samstag, und für einen Muslim der Freitag ein heiliger Tag, und es ist für sie viel schwieriger, Arbeit und religiöses Bekenntnis zu verbinden, als für jeden Christen. Dennoch gibt es auch in diesem Fall keine Diskriminierung. Die Erklärung eines anderen Wochentags als Ruhetag würde das gleiche Problem verursachen. Der einzig gerechtfertigte Weg besteht daher darin, die religiösen, kulturellen und sozialen Traditionen des Landes zu berücksichtigen, die eindeutig für den Sonntag sprechen.

Das sichtbarste Beispiel für Nationalisierung christlicher Inhalte sind die Staatssymbole Georgiens. Auf der georgischen Flagge sind fünf Kreuze abgebildet,<sup>11</sup> und das Wappen zeigt das Bild des heiligen Georg in der traditionellen christlichen Ikonographie. Das Wappen ist mit einer Kreuzkrone gekrönt.<sup>12</sup> In Analogie zu den Staatssymbolen wiederholen sich das Kreuz, Heiligenbilder oder andere christliche Symbole auf den Flaggen und Wappen fast aller Munizipalitäten,<sup>13</sup> selbstverwaltenden Städte<sup>14</sup> und autonomen Republiken<sup>15</sup> Georgiens. Die Insignien des Präsidenten Georgiens<sup>16</sup> und militärischen Symbole<sup>17</sup> sind ebenfalls mit christlichen Symbolen ausgestattet. Eine solche Repräsentation des Staates im Fall Georgiens kann nicht

als rechtswidrige Identifikation mit der christlichen Religion oder Religionsgemeinschaft angesehen werden, weil all diese christliche Symbole historisch Teil der nationalen Identität und Kultur geworden sind und auch heute noch nicht als Zeichen ausschließlich religiöser Bedeutung wahrgenommen werden. Es ist bemerkenswert, dass es in der Rechtspraxis Georgiens kein einziges Beispiel dafür gibt, dass eine solche Darstellung Staates von einem Anhänger einer anderen Religion als Einschränkung seiner Religions- und Glaubensfreiheit angesehen wird.

Die führende Rolle jeder Religion in der Geschichte, Kultur und im öffentlichen Leben des Landes beeinflusst natürlich auch politische Entscheidungen. In Ländern mit jahrhundertealten christlichen Traditionen, in denen diese Traditionen bereits Teil der Kultur geworden sind, werden bestimmte politische Entscheidungen unweigerlich den christlichen Ansichten näher stehen als den Weltanschauungen anderer Religionen.<sup>18</sup> Solange dies unwissentlich geschieht und die Rechte anderer nicht einschränkt, werden solche Entscheidungen auch durch den demokratischen Prozess legitimiert.<sup>19</sup>

Die Anerkennung einer besonderen historischen Rolle der orthodoxen Kirche in der Geschichte Georgiens durch Art. 8 GeoV hat daher einen normativen Inhalt, der dem Staat erlaubt, von den Grundsätzen der Neutralität und Parität insoweit abzuweichen, als es die Verwandlung christlicher Traditionen in einen Teil der nationalen Kultur und der sozialen Werte rechtfertigt. Dieses Prinzip gilt, unabhängig davon, ob es ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, tatsächlich in allen Ländern, die historisch christlich geprägt sind.

<sup>10</sup> Sacksofsky, Religiöse Freiheit als Gefahr? VVDStRL 68, 2009, 7 (36).

<sup>11</sup> Georgisches Organgesetz über die Staatsflagge Georgiens, Art. 2.

<sup>12</sup> Georgisches Organgesetz über die Staatswappen Georgiens, Art. 3.

<sup>13</sup> Siehe Wappen und Flaggen der Munizipalitäten auf der offiziellen Website des National Council of Heraldry of Georgia: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=41> <06.01.2023>.

<sup>14</sup> Siehe ebd., Symbolik selbstverwaltender Städte: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=42> <06.01.2023>.

<sup>15</sup> Siehe ebd., Symbolik der Autonomen Republiken: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=43> <06.01.2023>.

<sup>16</sup> Siehe ebd., Insignien: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=32> <06.01.2023>.

<sup>17</sup> Siehe ebd., Militärische Symbole: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=31> <06.01.2023>.

<sup>18</sup> Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 67.

<sup>19</sup> Möllers, Religiöse Freiheit als Gefahr? VVDStRL 68, 2009, 47 (57).

## Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021

Ulrich Hagenloch

Ehemaliger Präsident des Oberlandesgerichts Dresden

### I. Einleitung

Wie bereits mitgeteilt (vgl. Hagenloch in: Neues zum Medizinrecht in Deutschland -Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2022, Medizinrecht und Medizinmanagement 2022, .... unter I. 1.), ist beabsichtigt, in der vorliegenden Zeitschrift ab dem Jahr 2022 halbjährig eine Zusammenfassung über die Entwicklungen im deutschen Medizinrecht zu veröffentlichen. Auf diese Weise soll im Laufe der Zeit ein Gesamtüberblick über die medizinrechtlichen Fragen geschaffen werden. Ein Schwerpunkt liegt dabei im Recht der Arzthaftung. Um diesen Gesamtüberblick auf eine breitere Grundlage zu stellen, werden die wesentlichen Entwicklungen des Jahres 2021 nachgereicht.

### II. Wesentliche Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Zu den nachfolgend besprochenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sei vorab angemerkt, dass der Bundesgerichtshof Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts und richterliche Bewertungen, wie etwa die Frage, ob ein ärztlicher Behandlungsfehler als „grob“ fehlerhaft einzustufen ist, aus Gründen des deutschen Verfahrensrechts nur auf Rechtsfehler hin überprüfen darf. Dieser sog. revisionsrechtliche Prüfungsmaßstab erschwert Lesern ohne juristische Ausbildung das Verständnis der medizinrechtlichen Problemstellungen. Aus diesem Grunde werden die Entscheidungen so dargestellt, als ob der Bundesgerichtshof die Tatsachenfeststellungen selbst getroffen habe. Zum besseren Verständnis der Entscheidungen sei

zudem dadurch hingewiesen, dass die in den besprochenen Entscheidungen genannten Regelungen des deutschen Rechts der medizinischen Behandlung (§§ 630a ff. BGB; abgedruckt bei Hagenloch, aaO., 2022, ... unter I. 2.) weitgehend nur die bisherige Rechtsprechung kodifiziert haben. Die bis zum Inkrafttreten dieser gesetzlichen Regelung im Februar 2013 von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gelten daher in aller Regel fort.

#### 1. BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820

Leitsatz:

Zur Frage der Arzthaftung bei einer elektiven sekundären Sectio.

Sachverhalt:

*Die mit dem Kläger zu 1 verheiratete Kindesmutter hatte im Jahr 2005 in der Klinik der Beklagten zu 1 den Kläger zu 2 geboren; dieser war auf Grund eines Geburtsstillstands und eines Missverhältnisses zwischen mütterlichem Becken und Kopfumfang des Kindes im Wege der sekundären Sectio entbunden worden war. Am 21. Juni 2012 um 10 Uhr stellte sich die mit dem Kläger zu 3 erneut schwangere Kindesmutter nach unauffälligem Schwangerschaftsverlauf mit Verdacht auf einen vorzeitigen Blasensprung und wegen leichter vaginaler Blutungen in der Frauenklinik der Beklagten zu 1 vor. Nach ersten Untersuchungen wurde die Kindesmutter mit dem Ziel einer vaginalen Geburt stationär aufgenommen. Über eine erneute Sectio wurde nicht gesprochen. Nachdem verstärkt Wehen aufgetreten*

waren, wurde die Kindesmutter um 22.30 Uhr in den Kreißsaal verlegt. Gegen 23 Uhr war der Muttermund bereits 6 cm eröffnet; die Wehen wurden deutlich kräftiger. Zu diesem Zeitpunkt äußerte die Kindesmutter den Wunsch nach einer Sectio. In der Krankenblatt dokumentation ist hierzu für 23.00 Uhr folgendes vermerkt:

*"Gespräch mit Grav. (Hinweis: Schwangere), Wehen werden deutlich kräftiger, Grav. wünscht auf jeden Fall eine primäre Re-Sectio, möchte auf keinen Fall spontan gebären und gibt an, diesen Wunsch schon lange zu haben, hat sich jedoch heute früh bei der Aufnahme noch nicht dazu geäußert, sei auch nicht dazu befragt worden. à Info Dr. B. [Beklagte zu 2]"*

*Nach weiteren internen Gesprächen und einem Aufklärungsgespräch mit dem Beklagten zu 3, dem diensthabenden Assistenzarzt, wurde die Kindesmutter um 23.28 Uhr in den Operationssaal verlegt. Nach sich zunächst unauffällig gestaltender Sectio, die in Vollnarkose durchgeführt wurde, wurde um 23.44 Uhr der Kläger zu 3 entwickelt; die Sectio wurde um 00.08 Uhr beendet. Unmittelbar danach zeigte sich eine massive Uterusatonie mit dem Verlust von 1.200 ml teilkonagierten Blutes. In der Folge konnten die massiven Blutungen durch die Beklagten zu 2 und 3 sowie die anwesende Hebamme nicht gestoppt werden. Bei einer Re-Laparotomie um 00.45 Uhr zur Anlegung von B-Lynch-Nähten zeigten sich arterielle Blutungen und ein Hämatom, so dass der Chefarzt der Frauenklinik und der Oberarzt der Gefäßchirurgie hinzugezogen wurden, um den Uterus zu exstirpieren. Die Patientin musste während der Operation mehrfach reanimiert werden. Nach nochmaliger Re-Laparotomie am Folgetag verstarb die Kindesmutter in der Nacht auf den 23. Juni 2012 an Multiorganversagen.*

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich für den Behandlungspflichtigen bei einer electiven sekundären Sectio sowie mit Fragen des Übernahmeverschuldens und des Organisationsverschuldens bei einem operativen Eingriff.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Einleitend stellt der Bundesgerichtshof fest, dass sich die behandelnden Ärzte auf die von der Kindesmutter gewünschte sekundäre Sectio einlassen durften, falls diese in der konkreten Situation bei einer Betrachtung ex ante und unter Berücksichtigung der Konstitution und der Befindlichkeit der Mutter eine medizinisch vertretbare Alternative zur Vaginalgeburt dargestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 1993 - VI ZR 60/92 – NJW 1993, 1524). Dies könne aber auf Grund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht beantwortet werden.

Dessen ungeachtet hätte der Bundesgerichtshof aber das Verfahren nur dann an das Berufungsgericht zurückverweisen dürfen, wenn der Rechtsstreit im Revisionsverfahren nicht aus anderen Gründen entscheidungsreif gewesen wäre (vgl. zu dieser verfahrensrechtlichen Problematik: Hagenlocher, aaO., 2002 ... unter Ziffer II.2., dort Rn. 6). Der Bundesgerichtshof hatte daher vorab zu prüfen, ob den Ärzten bzw. dem Träger der Klinik als ein sog. Übernahmeverschulden oder als ein sog. Organisationsverschulden anzulasten ist, dass ohne medizinische Indikation auf Wunsch der Mutter kurzfristig von einer Vaginalgeburt auf eine Sectio umgestellt wurde bzw. dass für eine solche das Geburtshelferteam personell nicht in hinreichender Stärke präsent war.

2. Von einem Übernahmeverschulden spricht man, wenn für den Arzt vor Durchführung der Behandlung oder des Eingriffs erkennbar ist, dass die Behandlung die Grenzen seines Fachbereichs, seiner persönlichen Fähigkeiten oder der ihm zur Verfügung stehenden technisch-apparativen Ausstattung überschreitet und/oder er durch die vorgesehene Behandlung möglicherweise überfordert ist. Er hat dann entweder einen anderen Arzt hinzuzuziehen oder den Patienten an einen Facharzt bzw. an ein spezialisiertes Krankenhaus zu überweisen. Andernfalls liegt ein sog. Übernahmeverschulden vor (Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630a Rn. 140; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. September 1987 - VI ZR 238/86 - BGHZ 102, 17; vgl. auch Art IV.C. - 8:104 para 2 Draft Common Frame of Reference: „If the treatment provider lacks the experience or skill to treat the patient with the required degree of skill and care, the treatment provider must refer the

patient to a treatment provider who can“, dazu näher: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630a Rn. 211). Gleiches gilt, wenn ein Arzt bei Übernahme der Behandlung zwar davon ausgehen durfte, dass er über die für diese notwendige Befähigung und technisch-apparative Ausstattung verfügt, dann aber eine Entwicklung eintritt, die dies in Frage stellt.

Maßstab für diese Prüfung ist aber nicht, ob es andere Kliniken oder andere Ärzte mit noch besserer apparativer Ausstattung oder noch höherer Sachkunde gibt. Der Behandler schuldet nämlich im Regelfall nicht den sog. Goldstandard, sondern was nach allgemein anerkannter fachärztlicher Meinung und nach anerkanntem Stand der Wissenschaft im Normalfall geschuldet wird (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 17. März 2022 - 4 U 2276/21 - juris, besprochen bei Hagenloch, aaO., 2022 ... unter III. 2.). Jede andere Sicht würde letztlich dazu führen, dass bei jeder - vermeintlich „normalen“ - medizinischen Behandlung von vornherein der höchstmöglich Standard an medizinischer Technik und ärztlichem Know-how bereit gehalten werden müsste; dies ist aber gesetzlich nicht gefordert ist und würde faktisch auch ein effektives Gesundheitssystem lahmlegen. Hiervon zu trennen ist allerdings die (in der deutschen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nicht ganz einheitlich beantwortete) Frage, welcher Handlungskorridor dem Behandler in Folge seiner Therapiefreiheit innerhalb des Spektrums von vertretbaren Behandlungsmethoden im Regelfall zur Verfügung steht (dazu umfassend: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630a Rn. 129 ff.; siehe auch: Rehborn/Gescher in: Erman BGB, Kommentar, § 630a Rn. 40; vgl. zu den Folgen bei der Aufklärungspflicht: OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW- RR 2022, 818, besprochen bei Hagenloch, aaO., 2022 ... unter III. 1, dort Rn. 1.).

3. Ein Organisationsverschulden liegt vor, wenn eine medizinische Behandlung sowohl unter organisatorischen als auch unter personellen Gesichtspunkten nicht mit maximaler Sorgfalt vorbereitet wird. Bei dem Organisationsverschulden liegt der Schwerpunkt des Vorwurfs also darin, dass die an sich erfüllbaren Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Behandlung nicht gegeben waren, weil die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen im Vorfeld nicht oder nicht

rechtzeitig getroffen wurden (vgl. Lafontaine in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630a BGB (Stand: 05.07.2022) Rn. 401). Letztlich geht es hier also um Aspekte des medizinischen und klinischen Risikomanagements.

4. Von diesen Prämissen ausgehend hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung ein Übernahmeverschulden verneint. Als Frauenklinik war das Krankenhaus offenkundig für die Entbindung apparativ und personell hinreichend ausgestattet, so dass die Kindesmutter zur stationären Behandlung aufgenommen werden durfte. Kurz vor der Entbindung kam eine Verlegung in eine andere Klinik bereits wegen des fortgeschrittenen Geburtsverlaufs nicht mehr in Betracht. Erst recht galt dies, nachdem sich unmittelbar nach der Geburt die gesundheitliche Lage der Kindesmutter dramatisch verschlechtert hatte.

5. Mangels hinreichender Feststellungen durch das Berufungsgericht konnte der Bundesgerichtshof nicht abschließend entscheiden, ob ein Organisationsfehler vorlag.

Die besondere rechtliche Problematik bestand dabei darin, dass in der Frauenklinik der Beklagten zu 1 zeitgleich ein weiterer medizinischer Notfall auftrat (parallel laufende Risikogeburt mit Geburtsstillstand und pathologischem Computertomogramm sowie Vakuumextraktion) und hierdurch die Beklagte zu 2 (diensthabende Oberärztin) die Kindesmutter nicht durchgängig selbst behandeln konnte. Das Berufungsgericht hat deshalb einen Organisationsfehler bejaht und dazu ausgeführt, es hätte trotz der Nachtzeit sichergestellt werden müssen, dass das am besten geschulte ärztliche Personal ausreichend zur Verfügung stehe. Daran fehle es, weil die Beklagte zu 2 trotz bestehender Nachblutung den Operationssaal wegen einer parallel laufenden Risikogeburt hätte verlassen müssen und zusätzliche Ärzte, einschließlich des Chefarztes, erst hätten herbeigerufen werden müssen.

Aus Sicht des Bundesgerichtshofs tragen diese Feststellungen den Vorwurf eines Organisationsverschuldens nicht. Es hätte vielmehr aufgeklärt werden müssen, ob absehbar gewesen sei, dass es parallel zu zwei Risikosituationen kommen könne, wann die

Schwierigkeiten bei der parallel laufenden Geburt eingetreten seien und ob und gegebenenfalls ab wann die insoweit zutage getretenen Risiken für die Beklagten erkennbar gewesen seien. Es könne auch nicht darauf ankommen, ob weitere Ärzte von vornherein bereitstehen oder erst herbeigerufen werden müssten. Entscheidend sei vielmehr, wie schnell nach der Struktur des Bereitschaftsdienstes der Beklagten zu 1 das Geburtshelferteam in der gebotenen Weise verstärkt werden könne (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2014 - VI ZR 382/12 - NJW-RR 2014, 1053).

6. Danach befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen einem etwaigen Behandlungsfehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden. Er bekräftigt seine ständige Rechtsprechung, nach der ein Behandlungsfehler grundsätzlich vom Patienten darzulegen und zu beweisen ist; es sei denn, dass es - etwa wegen eines groben Behandlungsfehlers - zu einer Beweislastumkehr komme (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - NJW 2015, 1601; BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298; zum groben Behandlungsfehler BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, besprochen bei Hagenlocher, aaO., 2022 ... unter III. 2., dort Rn. 3 ff.). Dies gelte auch im Falle eines Organisationsfehlers (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 1994 - VI ZR 65/93 - NJW 1994, 1594) und eines Unterlassens (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298). Maßgeblicher zeitlicher Bezugspunkt sei hierbei, wann die im Zusammenhang mit der Durchführung der Sectio geschuldeten organisatorischen Maßnahmen hätten ergriffen werden müssen. Ein Ursachenzusammenhang liege deshalb nur vor, wenn der hier eingetretene Schaden bei optimaler Planung und Vorbereitung der Sectio verhindert worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298).

Ergänzend sei angefügt, dass diese Beweisgrundsätze nur das Organisationsverschulden betreffen. War ein Behandelnder hingegen für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, liegt also ein Übernahmeverschulden vor, wird gemäß § 630h Abs. 4 BGB vermutet, dass die mangelnde Befähigung für

den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.

## **2. BGH, Urteil vom 14. Januar 2021 - III ZR 168/19 - BGHZ 228, 122**

Leitsatz (sprachlich modifiziert):

1. Ob Vorkehrungen dagegen zu treffen sind, dass sich der Bewohner eines Pflegeheims selbst schädigt, hängt davon ab, ob aus der ex-ante Sicht wegen der körperlichen oder geistigen Verfassung des Bewohners ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass er sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst schädigen könnte. Auch eine Gefahr, deren Verwirklichung nicht sehr wahrscheinlich ist, vermag Sicherungspflichten des Heimträgers zu begründen, sofern sie zu besonders schweren Folgen führen kann.

2. Bei erkannter oder erkennbarer Selbstschadungsgefahr darf ein an Demenz erkrankter Heimbewohner, bei dem unkontrollierte und unkalkulierbare Handlungen jederzeit möglich erscheinen, nicht in einem - zumal im Obergeschoss gelegenen - Wohnraum mit unproblematisch erreichbaren und einfach zu öffnenden Fenstern untergebracht werden. Ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Selbstgefährdung besteht hingegen keine Pflicht zu besonderen (vorbeugenden) Sicherungsmaßnahmen.

Sachverhalt:

Der Erblasser war Bewohner eines von der Beklagten betriebenen Alten- und Pflegeheims. Er war hochgradig dement und litt unter Gedächtnisstörungen sowie psychisch-motorischer Unruhe. Ausweislich eines Verlegungsberichts war er örtlich, zeitlich, räumlich und situativ sowie zeitweise zur Person desorientiert; im Hinblick auf Bewegungsdrang, Selbstgefährdung, nächtliche Unruhe und zeitweise Sinnestäuschungen wurde eine besondere Betreuung für notwendig erachtet.

Die Beklagte brachte den Erblasser in einem Zimmer im dritten Obergeschoss (Dachgeschoss) unter, das über zwei große Dachfenster verfügte, die gegen unbeaufsichtigtes Öffnen nicht gesichert waren. Der Abstand zwischen dem Fußboden und den Fenstern



betrug 120 Zentimeter. Vor den Fenstern befanden sich ein 40 Zentimeter hoher Heizkörper sowie in 70 Zentimetern Höhe eine Fensterbank, über die man gleichsam stufenweise zur Fensteröffnung gelangen konnte. Der Erblasser stürzte aus einem der beiden Fenster und erlitt dabei tödliche Verletzungen.

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich mit den Schutzpflichten bei der Heimunterbringung von Demenzkranken.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Einleitend legt der Bundesgerichtshof dar, dass durch den Heimvertrag Obhutspflichten der Beklagten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des ihr anvertrauten Erblassers begründet wurden. Ebenso habe eine inhaltsgleiche allgemeine Verkehrssicherungspflicht zum Schutz der Bewohner vor gesundheitlichen Schädigungen bestanden, die ihnen wegen Krankheit oder sonstiger körperlicher oder geistiger Einschränkungen durch sie selbst oder durch die Einrichtung und bauliche Gestaltung des Heims drohten. Eine schuldhaft Verletzung dieser Pflichten sei geeignet, sowohl einen Schadensersatzanspruch wegen vertraglicher Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1, § 278 Satz 1 BGB - inhaltlich vergleichbar mit Art. 405 ZGB) als auch einen damit korrespondierenden deliktischen Anspruch aus §§ 823, 831 BGB (inhaltlich in der vorliegenden Konstellation mit Art. 992, 997 ZGB vergleichbar) zu begründen (ebenso: BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 399/04 - BGHZ 163, 53; BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95).

2. Sodann legt der Bundesgerichtshof u.a. dar (die Zitate sind leicht modifiziert).

*„Das Berufungsgericht hat ... gesehen, dass diese Pflichten auf die in vergleichbaren Heimen üblichen gebotenen Maßnahmen begrenzt sind, die mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisierbar sind. Maßstab ist das Erforderliche und das für die Heimbewohner und das Pflegepersonal Zumutbare. Dabei ist insbesondere auch zu beachten, dass beim Wohnen in einem Heim die Würde sowie die Interessen und Bedürfnisse der Bewohner vor Beeinträchtigungen zu schützen und die Selbständigkeit, die*

*Selbstbestimmung und die Selbstverantwortung der Bewohner zu wahren und zu fördern sind (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HeimG; BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 399/04 - BGHZ 163, 53; BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95).*

*Welchen konkreten Inhalt die Verpflichtung des Heimträgers hat, einerseits die Menschenwürde und das Freiheitsrecht eines körperlich und geistig beeinträchtigten (demenzkranken) Heimbewohners zu achten und andererseits sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit zu schützen, kann nicht generell, sondern nur aufgrund einer sorgfältigen Abwägung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden (BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 399/04 - BGHZ 163, 53; BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95).*

*Entscheidend ist jeweils, welchen Gefahren der Bewohner auf Grund seiner individuellen körperlichen und geistigen Verfassung ausgesetzt ist. Der Maßstab für die einzuhaltende Sorgfalt und die eventuell zu treffenden Sicherungsvorkehrungen ergibt sich daher aus einer ex-ante-Betrachtung, die sich losgelöst von den abstrakt denkbaren Sicherheitsrisiken an der konkreten Pflegesituation zu orientieren hat (...). Maßgebend ist, ob im Einzelfall wegen der Verfassung des pflegebedürftigen Bewohners aus der ex-ante-Sicht ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass er sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst schädigen könnte (...). Dabei muss allerdings auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bereits eine Gefahr, deren Verwirklichung nicht sehr wahrscheinlich ist, aber zu besonders schweren Folgen führen kann, geeignet ist, Sicherungspflichten des Heimträgers zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95).*

*Erst wenn eine solche Risikoprognose getroffen wurde, aus der sich ergibt, mit welchen - auch unkalkulierbaren - Verhaltensweisen aus medizinischer Sicht auf Grund der geistigen und körperlichen Verfassung des Bewohners zu rechnen ist, können eine etwaige Selbstschädigungsgefahr, die erforderlichen Einschränkungen des persönlichen Freiheitsbereichs des Heimbewohners sowie die personellen und finanziellen*

Möglichkeiten eines Pflegeheims sachgerecht gegeneinander abgewogen werden.

*Entsprechend diesen Grundsätzen hat der Senat in dem Urteil vom 22. August 2019 keine generelle Pflicht angenommen, die Trinkwasserinstallation in den Zimmern der Heimbewohner mit technischen Einrichtungen zur Begrenzung der Wassertemperatur auszurüsten, sondern eine Obhutspflichtverletzung gerade und nur wegen der individuellen Verfassung der Bewohnerin und ihrer Unfähigkeit, die Gefahrenlage zu beherrschen, bejaht (...). Vergleichbar hat der Senat in einem Fall argumentiert, in dem ein Patient auf einer geschlossenen psychiatrischen Station einer Klinik in suicidalen Absicht ein Fenster gewaltsam geöffnet und durch einen Sprung aus dem Fenster schwere Verletzungen erlitten hatte (BGH, Urteil vom 31. Oktober 2013 - III ZR 388/12 - NJW 2014, 539). Der Senat hat keine generelle Pflicht angenommen, sämtliche Räume der Station mit nicht zu öffnenden Fenstern auszustatten, sondern die zugunsten des Patienten bestehende Schutzpflicht nur darin gesehen, ihn bei erkannter oder erkennbarer Suizidabsicht nicht in einem normalen Patientenzimmer mit zu öffnenden oder kippbaren Fenstern unterzubringen. Eine Pflichtverletzung wurde verneint, weil keine konkreten Anhaltspunkte für eine Selbstgefährdung bestanden und der Selbstmordversuch nicht vorhersehbar war (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Juni 2000 - VI ZR 377/99 - NJW 2000, 3425 zu Schutzmaßnahmen in einer offenen Station einer psychiatrischen Klinik gegen einen Sprung vom Balkon).*

*Dementsprechend darf bei erkannter oder erkennbarer Selbstschädigungsgefahr ein (hochgradig) an Demenz erkrankter Heimbewohner, bei dem unkontrollierte und unkalkulierbare Handlungen jederzeit möglich erscheinen, nicht in einem - zumal im Obergeschoss gelegenen - Wohnraum mit unproblematisch erreichbaren und einfach zu öffnenden Fenstern untergebracht werden. Ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Selbstgefährdung besteht hingegen keine Pflicht zu besonderen (vorbeugenden) Sicherungsmaßnahmen.“*

### 3. BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 - VI ZR 44/20 - MedR 2022, 127

Leitsatz:

1. Zur Verletzung rechtlichen Gehörs durch Übergehen eines erheblichen Beweisantrags.

2. Die Frage, welche Maßnahmen der Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachbereich vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten in der jeweiligen Behandlungssituation ergreifen muss, richtet sich in erster Linie nach medizinischen Maßstäben, die der ...Richter mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln hat. Er darf den medizinischen Standard grundsätzlich nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigengutachten oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen.

Sachverhalt (stark verkürzt):

*In dem Verfahren ging es vor allem darum, ob die beklagten Kinderärzte eine bei einem Kleinkind aufgetretene Entwicklungsstörung unter Verletzung ihrer Befunderhebungspflicht vorschnell als ADHS (Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätsstörung - attention deficit hyperactivity disorder) diagnostiziert und behandelt haben und hierdurch die tatsächliche Diagnose FASD (fetales Alkoholsyndrom - Fetal Alcohol Spectrum Disorder) erst mit erheblichen Verzögerungen erkannt und behandelt wurde.*

Rechtliche Problemstellungen:

Schwerpunktmäßig befasst sich diese Entscheidung mit verfahrensrechtlichen Fragen des Arzthafungsprozess, insbesondere der Einholung von Sachverständigengutachten.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Der Bundesgerichtshof hat in der verfahrensrechtlichen Behandlung durch das Berufungsgericht einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gesehen und dazu u.a. ausgeführt (bei den Zitaten leicht modifiziert):

„a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagten sei nicht deshalb ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen, weil sie die beim Kläger festgestellten Auffälligkeiten ... nicht zum Anlass genommen hat, den Kläger zeitnah in einem sozialpädiatrischen Zentrum vorzustellen, beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

aa) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. In diesem Sinne gebietet Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - VI ZR 106/17 - VersR 2018, 1147; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2019 - VI ZR 328/18 - VersR 2020, 317).

bb) So verhält es sich im Streitfall. ... Das Berufungsgericht (hat) sich ... über den ... Antrag des Klägers auf Einholung eines Sachverständigengutachtens hinweggesetzt und die Frage, ob der Beklagten zu 2 ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, verfahrensfehlerhaft ohne die erforderliche Hinzuziehung eines Sachverständigen aus eigener, nicht ausgewiesener Sachkunde beantwortet hat.

(1) Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die unterlassene Vorstellung des Klägers in einem sozialpädiatrischen Zentrum im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Feststellung der ... Auffälligkeiten nur dann als Behandlungsfehler qualifiziert werden kann, wenn sie dem im Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standard zuwiderlief. Der Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs zum Zeitpunkt der Behandlung vorausgesetzt und

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 (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - VersR 2015, 712).

Die Frage, welche Maßnahmen der Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachbereich vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten in der jeweiligen Behandlungssituation ergreifen muss, richtet sich in erster Linie nach medizinischen Maßstäben, die der ... Richter mit Hilfe eines Sachverständigen zu bestimmen hat. Er darf den medizinischen Standard nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigengutachten oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der ... Richter ausnahmsweise selbst über das erforderliche medizinische Fachwissen verfügt und dies in seiner Entscheidung darlegt (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - VersR 2015, 1601). Außerdem muss der ... Richter, wenn er bei seiner Entscheidung eigene Sachkunde in Anspruch nehmen will, den Parteien zuvor einen entsprechenden Hinweis erteilen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 113/17 - BGHZ 221, 43; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - VI ZR 106/17 - VersR 2018, 1147; ...).

Über diese Entscheidung hinaus sei angemerkt, dass auch die Auswahl des Sachverständigen den verfahrensrechtlichen Vorgaben gerecht werden muss. Hierbei ist neben der Fachkompetenz u.a. zu beachten, dass bei der Auswahl des Sachverständigen nicht auf die Sachkunde in dem medizinischen Fachgebiet abzustellen ist, dem der Behandler angehört. Vielmehr ist entscheidend, in welches medizinische Fachgebiet der durchzuführende Eingriff bzw. die zu beurteilende medizinische Frage fallen (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2018 - VI ZR 287/17 - NJW 2018, 3316; BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - VersR 2009, 257). Soweit diese mehrere Fachbereiche berühren, kommt es darauf an, welchem Fachbereich das konkrete Beweisthema zuzuordnen ist (BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 - VI ZR 305/15 - NJW 2016, 3785). Sind verschiedene Fachbereiche betroffen, ist es deshalb

grundsätzlich auch erforderlich, gesonderte Sachverständigengutachten einzuholen.

Es entspricht zudem der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Richter gerade in Arzthaftungsprozessen Äußerungen medizinischer Sachverständiger kritisch auf ihre Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit zu prüfen hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - VI ZR 284/09 - BGHZ 188, 29). Das gilt sowohl für Widersprüche zwischen einzelnen Erklärungen desselben Sachverständigen als auch für Widersprüche zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - VI ZR 284/09 - BGHZ 188, 29; BGH, Urteil vom 21. Januar 2009 - VI ZR 170/08 - VersR 2009, 499; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - VI ZR 157/08 - VersR 2009, 1267).

#### **4. BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331**

Leitsatz:

1. In § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB sind die vom Senat entwickelten Grundsätze zur therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung kodifiziert worden. Diese Grundsätze gelten inhaltlich unverändert fort; neu ist lediglich die Bezeichnung als Informationspflicht.

2. Der Umfang der Dokumentationspflicht ergibt sich aus § 630f Abs. 2 BGB. Eine Dokumentation, die aus medizinischer Sicht nicht erforderlich ist, ist auch aus Rechtsgründen nicht geboten.

3. Einer elektronischen Dokumentation, die nachträgliche Änderungen entgegen § 630f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB nicht erkennbar macht, kommt keine positive Indizwirkung dahingehend zu, dass die dokumentierte Maßnahme von dem Behandelnden tatsächlich getroffen worden ist.

Sachverhalt:

*Am 7. November 2013 wurde der Kläger, der unter plötzlich auftretenden schwarzen Flecken im linken Auge litt, von der beklagten Augenärztin untersucht. Nach Abschluss der Untersuchung erklärte ihm die Beklagte, dass es sich bei den Beschwerden um eine*

*altersbedingte Erscheinung infolge einer Glaskörpertrübung handle. Er müsse sich keine Sorgen machen. Am 14. Februar 2014 stellte ein Optiker bei einem Sehtest einen Netzhautriss fest, weshalb sich der Kläger am 18. Februar 2014 erneut bei der Beklagten vorstellte. Diese diagnostizierte eine Netzhautablösung und wies den Kläger darauf hin, dass er sich sofort ins Krankenhaus begeben müsse. Nach der anschließenden Operation traten Komplikationen auf, in deren Folge der Kläger auf dem linken Auge erblindete.*

*Der Kläger hat der Beklagten vorgeworfen, sie habe bei der Untersuchung am 7. November 2013 den Netzhautriss übersehen. Insbesondere habe sie versäumt, vor der Untersuchung eine Pupillenweitstellung zu veranlassen. Aus diesem Grund sei eine ordnungsgemäße Untersuchung des Augenhintergrunds nicht möglich gewesen. Außerdem habe ihn die Beklagte nicht darauf hingewiesen, dass er sich bei weiteren Beschwerden erneut vorstellen und den Verlauf spätestens nach einem Jahr kontrollieren lassen müsse.*

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich vor allem mit Fragen der therapeutischen Information des Patienten und mit den ärztlichen Dokumentationspflichten.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. In dieser Entscheidung betont der Bundesgerichtshof u.a. den grundlegenden Unterschied zwischen der therapeutischen Information (früher als therapeutische Aufklärung oder als Sicherungsaufklärung bezeichnet) und der Aufklärung über die medizinische Behandlung (teilweise auch als Selbstbestimmungsaufklärung bezeichnet; vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682; BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 - VI ZR 259/06 - MedR 2009, 44).

Die therapeutische Information ist Teil der ärztlichen Behandlungspflicht. Ihre Verletzung stellt einen Behandlungsfehler mit all den hieraus folgenden juristischen Konsequenzen dar. Ziel der therapeutischen Information ist es, den Patienten sachgerecht über jene Obliegenheiten zu unterrichten, die er erbringen muss, um den mit der medizinischen Behandlung erstrebten Erfolg erreichen zu können. Es geht also

darum, dem Patienten zu vermitteln, welche Mitwirkung er zu erbringen hat, um das Ziel der medizinischen Behandlung nicht zu gefährden.

Die in § 630e BGB geregelte „klassische“ Aufklärungspflicht dient hingegen der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten; daher wird sie teilweise auch Selbstbestimmungsaufklärung genannt. Ihre Verletzung stellt keinen Behandlungsfehler dar, sondern bewirkt, dass die Einwilligung des Patienten in die ärztliche Behandlung unwirksam ist und diese hierdurch rechtswidrig wird.

Im Ausgangspunkt sind die Rechtsfolgen bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht damit mit jenen bei der Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht des § 630f BGB (dazu sogleich näher unter 3.) vergleichbar. Beide begründen keinen Behandlungsfehler nach BGB und können damit nicht unmittelbar die Grundlage für eine Haftung sein. Vielmehr führen sie dazu, dass aus der eigentlichen medizinischen Behandlung heraus ein Schadenersatzanspruch entsteht (weil bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht die Wirksamkeit der Einwilligung entfällt) oder leichter zu beweisen ist (weil bei einer Verletzung der Dokumentationspflicht zu unterstellen ist, dass die dokumentationspflichtige Maßnahme nicht ergriffen wurde).

2. Auf das konkrete Verfahren bezogen führt der Bundesgerichtshof aus, dass der Kläger nach Abschluss der augenärztlichen Untersuchung vom 7. November 2013 hätte aufgefordert werden müssen, sich bei einer Verschlechterung seiner Beschwerden sofort, spätestens aber nach Ablauf eines Jahres, zu Kontrollzwecken bei einem Augenarzt vorzustellen. Dies folge daraus, dass der Behandelnde gemäß § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB dem Patienten in verständlicher Weise sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen erläutern müsse. In dieser Bestimmung seien die vom Bundesgerichtshof bereits vor dem Inkrafttreten von § 630c BGB entwickelten Grundsätze zur therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung kodifiziert worden (dazu: BGH, Urteil vom 4. September

2004 - VI ZR 186/03 - VersR 2005, 227; BGH, Urteil vom 16. November 2004 - VI ZR 328/03 - VersR 2005, 228; siehe zeitlich nachfolgend auch BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, besprochen bei Hagenloch, aaO., 2022, ... unter Ziffer II. 2., dort Rn. 1.)

Die in § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB kodifizierte Pflicht zur therapeutischen Information sei Bestandteil der fachgerechten ärztlichen Behandlung. Sie solle den Erfolg der medizinischen Heilbehandlung durch begleitende Maßnahmen, insbesondere durch Information und Beratung des Patienten, sicherstellen (vgl. BGH, Urteile vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - VI ZR 157/08 - VersR 2009, 1267). Hierzu zähle auch die Verpflichtung des Arztes, den Patienten über die Dringlichkeit etwa erforderlicher ärztlicher Maßnahmen in Kenntnis zu setzen und ihn auf die mit ihrem Unterbleiben verbundenen Risiken hinzuweisen (ebenso: BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - VersR 2020, 1052). Versäumnisse auf diesem Gebiet seien Behandlungsfehler und deshalb grundsätzlich vom Patienten zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 2004 - VI ZR 186/03 - VersR 2005, 227; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - VI ZR 157/08 - VersR 2009, 1267).

3. Daher wirke sich zum Nachteil des für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers beweibelasteten Klägers aus, dass sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aufklären lasse, ob die Beklagte den Kläger in der gebotenen Weise informiert habe. Insbesondere führe nicht gemäß § 630h Abs. 3 BGB zu einer Umkehr der Beweislast, dass in der Patientenakte nichts über eine solche therapeutische Information des Klägers dokumentiert sei. Dem Kläger könne nämlich nicht darin gefolgt werden, dass es sich bei der therapeutischen Information um eine Aufklärung im Sinne von § 630f Abs. 2 Satz 1 BGB handele. Sei eine solche Aufklärung nicht in der gebotenen Weise dokumentiert, komme zwar einem Patienten gemäß § 630h Abs. 3 BGB eine Beweislastumkehr unabhängig davon zu Gute, ob die Dokumentation aus medizinischer Sicht erforderlich gewesen sei oder nicht. Mit dem Begriff der Aufklärung im Sinne des § 630f Abs. 2 Satz 1 BGB sei aber lediglich die in § 630e BGB geregelte Selbstbestimmungsaufklärung, nicht hingegen die

bislang als therapeutische Aufklärung oder Sicherungsaufklärung bezeichnete therapeutische Information des Patienten gemeint.

Aus dem Zweck der in § 630f BGB geregelten Aufzeichnungspflicht folge nichts anderes. Die ärztliche Dokumentationspflicht diene in erster Linie dazu, für den weiteren Behandlungsverlauf die wesentlichen medizinischen Daten und Fakten sicherzustellen. Mit der Aufzeichnung des Behandlungsgeschehens solle also die Therapie gesichert und eine sachgerechte Weiterbehandlung gewährleistet werden (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 1987 - VI ZR 174/86 - NJW 1988, 762; BGH Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282). Darüber hinaus solle die Dokumentation - insbesondere im Zusammenspiel mit dem Anspruch des Patienten auf Einsichtnahme in die Krankenunterlagen (§ 630g BGB) - sicherstellen, dass der Arzt seiner Informationspflicht („Rechenschaftspflicht“) genüge, die sich aus seinem Kenntnismessung gegenüber dem Patienten ergebe (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1978 - VI ZR 183/76 - BGHZ 72, 132).

Angesichts dieses Zwecks der Dokumentationspflicht seien diejenigen für die Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, die aus der fachlichen Sicht des Behandelnden für die Sicherstellung der derzeitigen oder einer künftigen Behandlung wesentlich sind bzw. sein können (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 1987 - VI ZR 174/86 - NJW 1988, 762). Hiermit seien solche Maßnahmen und Ergebnisse gemeint, deren Aufzeichnung geboten sei, um Ärzte und Pflegepersonal über den Verlauf der Krankheit und die bisherige Behandlung für ihre künftigen Entscheidungen ausreichend zu informieren (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - VI ZR 71/17 - VersR 2020, 233; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282; BGH, Urteil vom 23. März 1993 - VI ZR 26/92 - VersR 1993, 836).

Nach diesen Grundsätzen führe der Umstand, dass die Beklagte eine Information des Klägers über die Kontrollbedürftigkeit seiner Beschwerden nicht dokumentiert habe, nicht zu einer Beweislastumkehr. Eine Dokumentation der geschuldeten therapeutischen Information sei nämlich im Streitfall aus medizinischer Sicht nicht erforderlich gewesen.

4. Sodann erörtert der Bundesgerichtshof, ob der Beklagten ein Befunderhebungsfehler unterlaufen ist, indem sie es - wie vom Kläger behauptet - unterlassen habe, eine Augenhintergrunduntersuchung unter einer Erweiterung der Pupillen durchzuführen. Hierzu führt der Bundesgerichtshof einleitend aus, dass den Kläger die Beweislast für das Vorliegen eines solchen Befunderhebungsfehlers, also eines Behandlungsfehlers, trage. Verfahrensfehlerhaft habe aber das Berufungsgericht angenommen, der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass die Beklagte den Augenhintergrund nicht in der gebotenen Weise untersucht habe. In diesem Zusammenhang habe das Berufungsgericht dem Umstand indizielle Bedeutung beigemessen, dass der elektronischen Dokumentation der Beklagten zu Folge der Augenhintergrund unter Weitstellung der Pupillen untersucht worden sei. Mit dieser Rechtsauffassung habe sich das Berufungsgericht auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte befunden, die einer - nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden - elektronischen Dokumentation jedenfalls dann einen vollen Beweiswert eingeräumt hätten, wenn die Dokumentation medizinisch plausibel war und der Arzt nachvollziehbar dargelegt hat, keine Änderungen vorgenommen zu haben.

Diese Rechtsauffassung sei aber seit dem Inkrafttreten von § 630f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB nicht mehr aufrecht zu erhalten. Danach seien Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibe, wann sie vorgenommen worden sind. Ziel dieser Neuregelungen sei es, eine fälschungssichere Organisation der Dokumentation sicherzustellen. Deshalb müsse bei einer elektronisch geführten Patientenakte die eingesetzte Softwarekonstruktion gewährleisten, dass nachträgliche Änderungen erkennbar werden.

Die Verwendung einer nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden Software bewirke allerdings nicht die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB, nach welcher eine Beweislastumkehr eintritt, wenn ein dokumentationsbedürftiger Umstand nicht dokumentiert wurde. Eine derartige Beweislastumkehr trete

nur ein, wenn der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder die Patientenakte nicht aufbewahrt habe. Es sei deshalb gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, welche beweisrechtlichen Konsequenzen es habe, dass eine medizinische Maßnahme zwar elektronisch dokumentiert, die Dokumentation aber mit einer nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden Software erstellt worden sei.

Aus Sicht des Bundesgerichtshofs entsteht dann kein (positives) Indizwirkung dafür, dass die dokumentierte Maßnahme von dem Behandelnden tatsächlich getroffen wurde. Anders als bei der herkömmlichen hand- oder maschinenschriftlichen Dokumentation, bei der nachträgliche Änderungen durch Streichung, Radierung, Einfügung oder Neufassung regelmäßig auffielen, biete die mit Hilfe einer - nachträgliche Änderungen nicht erkennbar machenden - Software geführte elektronische Dokumentation jedem Zugriffsberechtigten die Möglichkeit, den bisher aufgezeichneten Inhalt in kurzer Zeit, mit geringem Aufwand und fast ohne Entdeckungsrisiko nachträglich zu ändern. Darüber hinaus bestehe die Gefahr der versehentlichen Löschung oder Veränderung des Inhalts. Einer solchen Dokumentation fehlt es daher an der für die Annahme einer Indizwirkung erforderlichen Überzeugungskraft und Zuverlässigkeit (vgl. auch BGH, Urteil vom 3. Februar 1998 - VI ZR 356/96 - VersR 1998, 634). Das gelte selbst dann, wenn keine greifbaren Anhaltspunkte für eine nachträgliche Veränderung der Dokumentation bestünden. Dies bedeute jedoch nicht, dass eine elektronische Dokumentation, die nachträgliche Änderungen nicht erkennbar macht, bei der Beweiswürdigung vollständig unberücksichtigt zu bleiben habe. Sie bilde vielmehr einen tatsächlichen Umstand, den der Richter bei seiner Überzeugungsbildung einer umfassenden und sorgfältigen, angesichts der fehlenden Veränderungssicherheit aber auch kritischen Würdigung zu unterziehen habe.

## 5. BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897

Leitsatz (auszugsweise)

1. Bei der Anwendung einer (noch) nicht allgemein anerkannten medizinischen Behandlungsmethode sind zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erhöhte Anforderungen an dessen Aufklärung zu stellen. Dem Patienten müssen nicht nur das Für und Wider dieser Methode erläutert werden, sondern er ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist. Eine Neulandmethode darf nur dann am Patienten angewandt werden, wenn diesem zuvor unmissverständlich verdeutlicht wurde, dass die neue Methode die Möglichkeit unbekannter Risiken in sich birgt.

2. Gedankliche Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung ist die Hypothese einer ordnungsgemäßen, insbesondere auch vollständigen Aufklärung. Diese Hypothese ist auch der Beurteilung der Frage zugrunde zu legen, ob der Patient einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hat. Der ...Richter hat dem Patienten vor seiner - zur Feststellung der Frage, ob dieser in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich erforderlichen - Anhörung mitzuteilen, welche Aufklärung ihm vor dem maßgeblichen Eingriff richtigerweise hätte zuteilwerden müssen.

Sachverhalt (verkürzt):

*Der Kläger ließ sich am 2. März 2011 in dem von der Beklagten zu 1 betriebenen Klinikum eine Bandscheibenendoprothese implantieren. Den Eingriff führte der Beklagte zu 2 durch, der damals Chefarzt der Klinik für Wirbelsäulenchirurgie war. Er verwendete eine von der mittlerweile insolventen R. T. Limited (nachfolgend: Fa. R.) hergestellte Bandscheibenendoprothese des Typs "Cadisc-L", die vollständig aus Kunststoff gefertigt war und anders als die übrigen am Markt gebräuchlichen Implantate keinen äußeren Titanmantel aufwies. Im Jahr 2014 traten beim Kläger Schmerzen im Bereich der unteren Lendenwirbelsäule auf. Die daraufhin veranlassten Untersuchungen zeigten, dass sich Teile des Prothesenkerns gelöst hatten, in den Spinalkanal gewandert waren und auf die Wurzel S 1 links drückten.*

Die Prothese wurde deshalb am 30. Juni 2014 durch den Beklagten zu 2 entfernt und durch einen Cage ersetzt.

Der Kläger macht geltend, der Einsatz der Kunststoffendoprothese sei behandlungsfehlerhaft gewesen, weil die Herstellerin bereits im Jahr 2010 sämtliche Kliniken über Probleme mit den Prothesen der betreffenden Charge informiert und Rückrufaktionen durchgeführt habe. Weiterhin sei der Eingriff vom 2. März 2011 mangels Aufklärung über die mit dem Einsatz der neuartigen Kunststoffprothese verbundenen Risiken nicht durch seine Einwilligung gedeckt.

Rechtliche Problemstellungen:

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht bei Neulandmethoden und der hypothetischen Einwilligung. Da die mit der hypothetischen Einwilligung verbundenen Fragen bereits bei der Besprechung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 21. Juni 2022 (VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, besprochen bei Hagenlocher, aaO., 2022, ... unter Ziffer II. 4., dort Rn. 2. f.) behandelt wurden, wird hier nur die Thematik der Neulandmethode näher erörtert.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Zunächst stellt der Bundesgerichtshof fest, dass der Beklagte zu 2 bei dem Kläger ein nicht allgemein anerkanntes Behandlungskonzept angewandt habe. Bei der Implantation einer Kunststoffendoprothese des Systems Cadisc-L der Fa. R. Habe es sich um eine noch nicht etablierte und klinisch noch nicht hinreichend erprobte Neulandmethode gehandelt.

2. Bei der Anwendung einer (noch) nicht allgemein anerkannten medizinischen Behandlungsmethode seien zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erhöhte Anforderungen an dessen Aufklärung zu stellen. Dem Patienten müssten nicht nur das Für und Wider dieser Methode erläutert werden, sondern er sei auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, zur Anwendung einer sog. Außenseitermethode). Wollte der Arzt eine neue

und noch nicht allgemein eingeführte Methode mit noch nicht abschließend geklärten Risiken anwenden, habe er den Patienten weiterhin darüber aufzuklären, dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1). Eine solche unmissverständliche Unterrichtung des Patienten sei erforderlich, um diesem zu verdeutlichen, dass die Neulandmethode die Möglichkeit unbekannter Risiken in sich berge. Nur dann könne der Patient sorgfältig abzuwägen, ob er sich nach der herkömmlichen Methode mit bekannten Risiken behandeln lassen möchte oder nach der neuen Methode unter besonderer Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Vorteile und der noch nicht in jeder Hinsicht bekannten Gefahren.

Diesen Anforderungen habe die dem Kläger zuteil gewordene Aufklärung nicht genügt. Der Kläger sei weder darauf hingewiesen worden, dass die geplante Implantation der Kunststoffendoprothese noch nicht medizinischer Standard gewesen sei, noch darauf, dass sie mit der Möglichkeit unbekannter Risiken verbunden sei.

#### **6. BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31**

Leitsatz (leicht verändert):

Formulare, die eine ärztliche Aufklärung und die Entscheidung des Patienten, ob er eine angeratene Untersuchung vornehmen lassen will, dokumentieren sollen, unterliegen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich nicht einer Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 307 Abs. 1 und 2, §§ 308, 309 BGB), da für die ärztliche Aufklärung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelte eigenständige Regeln gelten, die auch das Folgen für die Beweislast erfassen.

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich schwerpunktmäßig mit Fragen von Formularen und Informationsblättern, die dem Patienten im Zusammenhang mit einer ärztlichen Aufklärung ausgehändigt werden (sog. Aufklärungsbogen).



Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Vorab sei zu dieser Entscheidung darauf hingewiesen, das nach § 307 Abs. 3 BGB eine (in § 307 Abs. 1 und 2, §§ 309, 309 BGB näher geregelte) Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausscheidet, soweit durch Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Eine derartige vorrangige gesetzliche Regelung sieht der Bundesgerichtshof in den im Februar 2013 in Kraft getretenen Regelungen zur ärztlichen Aufklärungspflicht, einschließlich den zu dieser in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Beweislast. Da das georgische ZGB in Art. 343 ff. keine mit § 307 Abs. 3 BGB vergleichbare Regelung enthält und es auch an einer gesetzlichen Regelung zu dem Voraussetzungen einer ärztlichen Aufklärungspflicht bzw. zu den beweisrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung fehlt, dürften die tragenden Erwägungen dieser Entscheidung aber auf das georgische Recht nicht uneingeschränkt übertragbar sein. Aus diesem Grunde werden in dieser Zusammenfassung die Ausführungen des Bundesgerichtshofs nur insoweit angesprochen, als sie sich mit der Frage befassen, welchen Zweck diese Formulare haben und aus welchem Grunde sie nicht nur mit den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich vereinbar, sondern sogar sinnvoll, sind.

2. Nach allgemeiner Auffassung hat eine ärztliche Aufklärung grundsätzlich mündlich zu erfolgen. Die Aushändigung und Unterzeichnung von Aufklärungsbogen kann mithin das notwendige Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient nicht ersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 - I ZR 190/02 - NJW 2005, 2707; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - I ZR 131/02 - NJW 2003, 2012); BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399). Vielmehr soll mit einem (inhaltlich auf seinen spezifischen Befund und auf die konkret geplante Maßnahme zugeschnittenen) Aufklärungsbogen dem Patienten ermöglicht werden, die im Aufklärungsgespräch erfolgten mündlichen Erläuterungen besser verstehen und durch ein nochmaliges Nachlesen (ohne die Belastungssituation des Aufklärungsgesprächs) in Ruhe das Für und Wider des geplanten Eingriffs gegeneinander abwägen zu können.

Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB die Aufklärung über die Risiken einer Operation so rechtzeitig zu erfolgen hat, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann. Die Einwilligung ist daher im Regelfall unwirksam, wenn der zeitliche Ablauf dem Patienten nicht die Möglichkeit eröffnet, Verlauf und Inhalt des Aufklärungsgesprächs - ggf. unterstützt durch Aufklärungsbogen - zu verarbeiten und sich erst nach sorgfältigem Nachdenken zu entscheiden (vgl. dazu OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, nachfolgend unter Ziffer IV. 3. näher dargestellt). Zudem kann der Aushändigung derartiger Aufklärungsbogen, erst recht wenn sie auch eine schriftliche Einwilligungserklärung enthalten, eine gewisse indizielle Bedeutung dafür zukommen, dass es zu einer mündlichen Aufklärung gekommen ist (dazu sogleich unter 3.).

3. Von diesen Grundsätzen ausgehend führt der Bundesgerichtshof aus, dass die richterliche Überzeugungsbildung zu Inhalt und Verlauf des Aufklärungsgesprächs einer verständnisvollen und sorgfältigen Abwägung der tatsächlichen Umstände bedürfe (vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399). Zu den hierbei zu berücksichtigenden Umständen gehöre etwa eine ständige oder übliche Beratungspraxis. Könne der Arzt eine solche darlegen und gegebenenfalls beweisen, solle im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen sei (vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527). Zudem könnten die Aufzeichnungen des Arztes im Krankenblatt (Patientenakte) herangezogen werden (vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527). Einen wesentlichen Anhaltspunkt für den Inhalt der dem Patienten erteilten Aufklärung stelle - in positiver wie auch in negativer Hinsicht - schließlich ein dem Patienten zur Verfügung gestelltes oder von diesem unterzeichnetes Aufklärungs- oder Einwilligungsformular (Aufklärungsbogen) dar (ebenso: BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJWR 2017, 533; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527).

## 7. BGH, Beschluss vom 9. November 2021 - VIII ZR 362/19 - MedR 2022, 576

Orientierungssatz (auszugsweise):

1. Nach § 8 Abs. 5 der Berufsordnung für die Bayerischen Zahnärzte ist es dem Zahnarzt nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder eine sonstige wirtschaftliche Vergünstigung zu fordern, sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.

2. Die wegen Aufgabe einer Zahnarztpraxis vereinbarte Veräußerung des Patientenstamms verstößt gegen dieses standesrechtliche Verbot entgeltlicher Zuweisungen, wenn sich der Zahnarzt gegen Entgelt dazu verpflichtet, seine Patienten zur Fortsetzung der Behandlung durch den Erwerber zu bewegen, insbesondere eine Rufumleitung für Anrufe einzurichten und den anderen Zahnarzt auch ausdrücklich zu empfehlen. Diese Vereinbarung ist damit nichtig.

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung behandelt die Frage, ob und inwieweit bei Ärzten oder Zahnärzten eine Übernahme des Patientenstammes möglich ist.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Das Verständnis dieser Entscheidung setzt gewisse Grundkenntnisse über das deutsche Recht der ärztlichen und zahnärztlichen Selbstverwaltung voraus.

Im Gegensatz zu anderen Ländern gilt bei der Gesundheitsversorgung in Deutschland das Prinzip der Selbstverwaltung. Das heißt, dass der Staat zwar die gesetzlichen Rahmenbedingungen vorgibt. Innerhalb dieses Rahmens organisieren sich die Träger des Gesundheitswesens aber selbst.

Für das vorliegend relevante ärztliche Berufsrecht kommt den Ärzte- und Zahnärztekammern eine zentrale Bedeutung zu; sie sind die Träger der berufsständischen Selbstverwaltung der Ärzte und Zahnärzte in Deutschland. Ihnen gehören als Pflichtmitglieder alle

in ihrem Bezirk als Pflichtmitglieder zur Berufsausübung berechtigten Ärzte und Zahnärzte an. Den Ärzte- und Zahnärztekammern werden in den landesrechtlichen Heilberufekammergesetzen Aufgaben zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen (vgl. etwa das Sächsische Heilberufekammergesetz - <https://www.revosax.sachsen.de/vorschrift/3941-Saechsisches-Heilberufekammergesetz>). Hierunter fallen vor allem auch der Erlass von Berufsordnungen, welche die für den einzelnen Arzt oder Zahnarzt geltenden standesrechtlichen Pflichten gegenüber den Patienten, den Berufskollegen und der Ärztekammer regeln. Bei diesen Berufsordnungen handelt es sich um Selbstverwaltungsrecht (Satzungsrecht; vgl. zu den Regelungsinhalten etwa die von der Bundesärztekammer herausgegebene Musterberufsordnung für Ärzte [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/\\_old-files/downloads/pdf-Ordner/Recht/\\_Bek\\_BAEK\\_MBO-AE\\_Online\\_final.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Recht/_Bek_BAEK_MBO-AE_Online_final.pdf)) oder die im vorliegenden Rechtsstreit maßgebliche Berufsordnung für Bayerische Zahnärzte ([https://www.blzk.de/blzk/site.nsf/gfx/berufsordnung.pdf/\\$file/berufsordnung.pdf](https://www.blzk.de/blzk/site.nsf/gfx/berufsordnung.pdf/$file/berufsordnung.pdf)).

Neben diesen berufsständischen Selbstverwaltungsorganen sind die (von der Thematik des vorliegenden Rechtsstreits nicht berührten) gesetzlichen Krankenkassen und die Kassenärztlichen beziehungsweise Kassenzahnärztlichen Vereinigungen Einrichtungen der Selbstverwaltung im Gesundheitswesen. Die Kassenärztlichen Vereinigungen vertreten in den jeweiligen Bundesländern diejenigen Ärzte und Zahnärzte, die für die Behandlung der in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) versicherten Patientinnen und Patienten zugelassen sind. Die Krankenkassen schließen Verträge mit den sog. Leistungserbringern (Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser und Apotheken usw.), ziehen die Kassenbeiträge von den Mitgliedern sowie von deren Arbeitgebern (welche die Hälfte der Mitgliedsbeiträge zu entrichten haben) ein und regeln unmittelbar untereinander (ohne Beteiligung der Patienten) die Bezahlung der erbrachten Leistungen. Sie sind jeweils hoheitlich handelnde Körperschaften des öffentlichen Rechts und für die sog. vertragsärztliche Versorgung (gemeint: Versorgung der gesetzlich krankenversicherten Patienten) verantwortlich (vgl. kurze

Erläuterung in: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/gesundheitswesensselbstverwaltung.html>). In der GKV sind im Regelfall jene Familienangehörigen mitversichert, die über kein eigenes Erwerbseinkommen verfügen.

Anders als die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung und die in dieser Mitversicherten sind die sog. Privatpatienten „Selbstzahler“. Sie treten selbst in vertragliche Beziehungen zu den Leistungserbringern (Ärzten, Apotheken usw.). Zur Erlangung von Versicherungsschutz müssen sie, wie in Georgien, Krankenversicherungsverträge mit privaten Versicherungsgesellschaften schließen. Zu diesen Privatpatienten zählen vor allem Selbstständige (soweit sie nicht nach einem Wechsel in die Selbstständigkeit als sog. freiwillige Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung verbleiben), Beamte, Richter sowie Arbeitnehmer, deren Jahresarbeitsentgelt einen bestimmten Höchstbetrag übersteigt (sog. Versicherungspflichtgrenze, die im Jahr 2022 bei einem Brutto-Einkommen von 64.350.- € im Jahr liegt) und die nach Überschreiten dieser Grenze nicht als freiwillige Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung verbleiben.

2. Grundlage der Entscheidung des Bundesgerichtshofs war folgende in der Berufsordnung für Bayerische Zahnärzte enthaltene Regelung:

„§ 8

*(5) Dem Zahnarzt ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder eine sonstige wirtschaftliche Vergünstigung zu fordern, sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“*

Unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen sind solche Absprachen sogar wegen eines Verstoßes gegen die § 299a StGB (Bestechlichkeit im Gesundheitswesen) und § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) strafbar.

Des weiteren sei vorab angemerkt, dass Verträge über Praxisübernahmen bei Ärzten und Zahnärzten grundsätzlich zulässig sind. Allerdings sind derartige Vereinbarungen wegen eines Verstoßes gegen ein

gesetzliches Verbot (§ 134 BGB, insoweit vergleichbar mit Art. 54 ZGB) nichtig, soweit sie vorsehen, dass der Veräußerer auch ohne Einwilligung der betroffenen Patienten die Patientendaten (Patientenakten) zu übergeben habe. Derartige Absprachen verletzen nach gefestigter Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 - VIII ZR 4/91 - BGHZ 116, 268; BGH, Urteil vom 11. Oktober 1995 - VIII ZR 25/94 – NJW 1996, 773) das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht (Art. 2 Abs. 1 GG, § 203 StGB). Wird - wie geboten - in dem Vertrag über die Praxisübernahme vereinbart, dass die Patientendaten nur mit Zustimmung der Patienten übergeben werden dürfen, erfordern die Regelung des Datenschutzrechts und das Selbstbestimmungsrecht, dass die Patientendaten zugriffssicher verwahrt werden, solange die Zustimmung nicht vorliegt (vgl. etwa: LG Kiel, Urteil vom 27. Juni 2014 - 5 O 64/14 - juris).

Von einer solchen Praxisübernahme ist aber die (isolierte) Weitergabe des Patientenstammes zu unterscheiden. Sie zielt - vereinfacht gesagt - darauf ab, einem anderen Arzt ohne Übernahme der Praxis die bisherigen „eigenen“ Patienten zuzuführen. Dies ist nach der oben genannten Berufsordnung jedenfalls dann unzulässig - und ggf. sogar nach §§ 299a, 299b StGB strafbar -, wenn ein entgeltlicher „Handel“ mit Patienten erfolgt. Von diesen Prämissen ausgehend, hatte der Bundesgerichtshof daher zu entscheiden, ob eine unzulässige entgeltliche „Zuweisung“ bzw. „Zuführung“ (so der Wortlaut von §§ 299a, 299b StGB) von Patienten darin liegt, dass der übergebende Zahnarzt seine Patienten zur Fortsetzung der Behandlung durch den Erwerber bewegen sollte, insbesondere indem er eine Rufumleitung für Anrufe einrichtet und den anderen Zahnarzt auch ausdrücklich empfiehlt.

3. Dies hat der Bundesgerichtshof bejaht und im Wesentlichen wie folgt begründet:

Bei § 8 Abs. 5 der Berufsordnung handele es sich um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB (ebenso: BGH, Urteil vom 22. Januar 1986 - VIII ZR 10/85 - NJW 1986, 2360). Dessen Zweck liege darin, dass sich der Arzt in seiner Entscheidung, welchem anderen Arzt er Patienten zuweist, nicht von vornherein

gegen Entgelt bindet. Es solle vielmehr sichergestellt werden, dass er eine solche Entscheidung allein aufgrund medizinischer Erwägungen im Interesse des Patienten trifft (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1986 - VIII ZR 10/85 - NJW 1986, 2360). Als Zuweisung im Sinne von § 8 Abs. 5 der Berufsordnung bzw. Zuführung im Sinne von §§ 299a, 299b StGB sei jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht zu verstehen, dessen freie Wahl unter den Ärzten oder den anderen Leistungserbringern zu beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 121/17 - GRUR 2018, 1271). Entscheidend sei deshalb nicht die Handlungsmodalität, das heißt, in welcher Form auf den Patienten eingewirkt werde, sondern mit welcher Intention dies geschehe. Dies gelte auch, wenn der behandelnde Arzt die Zuweisung (Empfehlung) im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Aufgabe seiner Praxis vornehme.

Eine derartige unzulässige Zuweisung (Empfehlung) liege darin, dass sich der seine Praxis aufgebende Zahnarzt gegen Entgelt verpflichtet habe, auf seine Patienten mit der Absicht einzuwirken, diese zu einer Fortsetzung ihrer Behandlung bei einem bestimmten anderen Zahnarzt zu bewegen. Dies sei hier durch die Einrichtung einer dauerhaften Rufumleitung, die Umleitung von Aufrufen der Internetseite und insbesondere durch das vereinbarte Rundschreiben geschehen. In diesem werde den Patienten ausdrücklich empfohlen, ihre Behandlung bei dem Erwerber fortzusetzen. Diese "Werbemaßnahmen" würden in ihrer Wirkung durch die zusätzlich vereinbarte Übergabe der Patientenkartei verstärkt.

### III. Wesentliche Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts:

Kurz vor Beginn des Berichtszeitraumes 2021 ist die folgende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu Fragen der genetischen Präimplantations-tests (PGT, Preimplantation Genetic Testing) ergangen:

#### **BVerwG, Urteil vom 5. November 2020 - 3 C 12/19 - BVerwGE 170, 273**

Leitsatz:

1. Den Ethikkommissionen für Präimplantationsdiagnostik ist in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen des hohen Risikos einer schwerwiegenden Erbkrankheit gemäß § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 ESchG kein Beurteilungsspielraum eingeräumt.

2. Über das Vorliegen der Voraussetzungen des hohen Risikos einer schwerwiegenden Erbkrankheit im Sinne von § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 ESchG ist in jedem Einzelfall gesondert zu entscheiden. Schwerwiegend ist eine Erbkrankheit insbesondere, wenn sich die Erkrankung durch eine geringe Lebenserwartung oder Schwere des Krankheitsbildes und schlechte Behandelbarkeit von anderen Erbkrankheiten wesentlich unterscheidet.

3. Ist fraglich, ob eine Erbkrankheit bereits wegen der nach der genetischen Disposition jedenfalls eines Elternteils zu erwartenden Krankheitsausprägung bei den Nachkommen als schwerwiegend einzustufen ist, sind auch mit der genetischen Disposition in Zusammenhang stehende weitere Belastungen der betroffenen Frau bzw. des Paares zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

*Die Klägerin beantragte bei der für sie zuständigen Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik (im Folgenden: Ethikkommission) die Zustimmung zur Vornahme einer Präimplantationsdiagnostik (im Folgenden: PID). Dem Antrag waren mehrere ärztliche Stellungnahmen beigelegt, darunter die Zusammenfassung über ein humangenetisches Beratungsgespräch. Daraus geht hervor, dass beim Partner der Klägerin molekulargenetisch eine Myotone Dystrophie Typ 1 bestätigt worden ist. Ihr Partner zeige eine deutliche Muskelschwäche und weitere Symptome einer Myotonen Dystrophie, ebenso wie seine ältere Schwester und sein Vater. Im Fall einer Schwangerschaft der Klägerin bestehe eine Wahrscheinlichkeit von 50 Prozent dafür, dass das an einer Myotonen Dystrophie Typ 1 leide.*

Rechtliche Problemstellungen:

Zentral für den Rechtsstreit war die Frage, ob die Klägerin dargetan hat, dass bei einem Kind ein hohes Risikos für eine schwerwiegende Erbkrankheit im

Sinne von § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) bestehe.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Bevor die Entscheidung besprochen wird, sollen kurz die Grundzüge der im deutschen Embryonenschutzgesetz (<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/ESchG.pdf>) enthaltenen Regelungen zur PID dargestellt werden.

Zweck des Embryonenschutzgesetzes ist es im Wesentlichen, eine missbräuchliche Verwendung von In-vitro-Fertilisation-Techniken (IVF) zur Erzeugung von menschlichen Embryonen zu verhindern und menschliche Embryonen vor einer fremdnützigen Verwendung zu schützen. Der Bundesgerichtshof hat im Jahr 2010 entschieden, dass es die damals geltende Fassung des EschG nicht untersage, nach extrakorporaler Befruchtung eine Präimplantationsdiagnostik mittels Blastozystenbiopsie und anschließender Untersuchung der entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen auf schwere genetische Schäden hin durchzuführen (BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - 5 StR 386/09 - BGHSt 55, 206). Nach kontroversen rechtspolitischen und rechtsethischen Diskussionen wurde hierauf im Jahr 2011 das Präimplantationsdiagnostikgesetz (PräimpG) erlassen, durch welches folgende Regelung in das EschG eingefügt wurde:

*„§ 3a Präimplantationsdiagnostik; Verordnungsermächtigung*

*(1) Wer Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer genetisch untersucht (Präimplantationsdiagnostik), wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Besteht auf Grund der genetischen Disposition der Frau, von der die Eizelle stammt, oder des Mannes, von dem die Samenzelle stammt, oder von beiden für deren Nachkommen das hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit, handelt nicht rechtswidrig, wer zur Herbeiführung einer Schwangerschaft mit schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik Zellen des Embryos in vitro vor dem intrauterinen Transfer auf die Gefahr*

*dieser Krankheit genetisch untersucht. Nicht rechtswidrig handelt auch, wer eine Präimplantationsdiagnostik mit schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, zur Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos vornimmt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen wird.*

*(3) Eine Präimplantationsdiagnostik nach Absatz 2 darf nur*

*1. nach Aufklärung und Beratung zu den medizinischen, psychischen und sozialen Folgen der von der Frau gewünschten genetischen Untersuchung von Zellen der Embryonen, wobei die Aufklärung vor der Einholung der Einwilligung zu erfolgen hat,*

*2. nachdem eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission an den zugelassenen Zentren für Präimplantationsdiagnostik die Einhaltung der Voraussetzungen des Absatzes 2 geprüft und eine zustimmende Bewertung abgegeben hat und*

*3. durch einen hierfür qualifizierten Arzt in für die Präimplantationsdiagnostik zugelassenen Zentren, die über die für die Durchführung der Maßnahmen der Präimplantationsdiagnostik notwendigen diagnostischen, medizinischen und technischen Möglichkeiten verfügen, vorgenommen werden. Die im Rahmen der Präimplantationsdiagnostik durchgeführten Maßnahmen, einschließlich der von den Ethikkommissionen abgelehnten Fälle, werden von den zugelassenen Zentren an eine Zentralstelle in anonymisierter Form gemeldet und dort dokumentiert. Die Bundesregierung bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere*

*1....*

*2. ...zur Einrichtung, Zusammensetzung, Verfahrensweise und Finanzierung der Ethikkommissionen für Präimplantationsdiagnostik,*

*...*

*(5) Kein Arzt ist verpflichtet, eine Maßnahme nach Absatz 2 durchzuführen oder an ihr mitzuwirken. Aus der Nichtmitwirkung darf kein Nachteil für den Betroffenen erwachsen.*

*(6) Die Bundesregierung erstellt alle vier Jahre einen Bericht über die Erfahrungen mit der Präimplantationsdiagnostik....*

Näheres zur Besetzung der Ethikkommissionen ist in § 4 der Präimplantationsdiagnostik- Verordnung (PIDV) (<https://www.gesetze-im-internet.de/pidv>) geregelt. Die zuständige Ethikkommission hat den Antrag auf Zustimmung zur PID nach § 4 Abs. 4 PIDV zustimmend zu bewerten, wenn sie unter Berücksichtigung der im konkreten Einzelfall maßgeblichen psychischen, sozialen und ethischen Gesichtspunkte zu dem Ergebnis kommt, dass die in § 3a Absatz 2 des Embryonenschutzgesetzes genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Sie trifft ihre Entscheidung mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der stimmberechtigten Mitglieder.

Das hierzu ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2020 ist sehr umfangreich und enthält auch vertiefte Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Thematik. Die vorliegende Zusammenfassung beschränkt sich auf einige Kernaussagen zur materiellen Rechtslage, erstreckt sich also weder auf die verfassungsrechtlichen Problemstellungen noch auf Aspekte der gerichtlichen Prüfungsintensität (vgl. dazu Leitsatz 1).

3. Das Bundesverwaltungsgericht legt dar, dass sich der Begriff der Erbkrankheiten im Sinne von § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG an dem allgemein anerkannten Stand der Gendiagnostik ausrichte und insbesondere monogen bedingte Erkrankungen erfasse (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik, BT-Drs. 17/5451 S. 8). Anders als von der Vorinstanz angenommen, lasse sich aus der in § 3 ESchG verbotenen Geschlechtswahl und aus der dortigen Einstufung der Muskeldystrophie vom Typ Duchenne als schwerwiegende geschlechtsgebundene Erbkrankheit nicht ableiten, dass der Schweregrad der Muskeldystrophie vom Typ Duchenne auch Maßstab für die Bewertung einer Erbkrankheit als schwerwiegend im Sinne des § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG sei:

Gemäß § 3 ESchG werde mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer es

unternimmt, eine menschliche Eizelle mit einer Samenzelle künstlich zu befruchten, die nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom ausgewählt worden ist (Satz 1). Dies gelte allerdings nicht, wenn die Auswahl der Samenzelle durch einen Arzt dazu dient, das Kind vor der Erkrankung an einer Muskeldystrophie vom Typ Duchenne oder einer ähnlich schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Erbkrankheit zu bewahren, und die dem Kind drohende Erkrankung von der nach Landesrecht zuständigen Stelle als entsprechend schwerwiegend anerkannt worden ist (Satz 2). In § 3 ESchG beziehe sich der Begriff "schwerwiegend" mithin nur auf geschlechtsgebundene Erbkrankheiten. In § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG erstrecke sich dagegen auf alle Erbkrankheiten.

4. Gegen eine Übertragung der in § 3 Satz 2 ESchG konkret benannten Erkrankung als Maßstab für den nach § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG erforderlichen Schweregrad der Erbkrankheit spreche zudem der unterschiedliche Regelungszweck der beiden Normen. § 3 ESchG regelt das Verbot, eine Samenzelle für die künstliche Befruchtung nach dem Geschlecht auszuwählen. Eine gezielte Festlegung des Geschlechts des künftigen Kindes sei danach grundsätzlich unzulässig. Die Vorschrift des § 3a ESchG habe einen anders gelagerten Schutz- und Regelungszweck. Sie diene dem Ziel, die gesetzliche Grundlage für eine begrenzte Anwendung des medizinischen Verfahrens der Präimplantationsdiagnostik zu schaffen. In Ausnahmefällen soll die genetische Untersuchung von Zellen eines Embryos in vitro zulässig sein, um besonders schwere Erbkrankheiten und Chromosomenanomalien erkennen und gegebenenfalls durch eine Nichtimplantation des betroffenen Embryos die Weitergabe der Erkrankung an das Kind verhindern zu können (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik, BT-Drs. 17/5451 S. 2 f.).

Das grundsätzliche Verbot der Präimplantationsdiagnostik bezwecke also den Schutz der Embryonen in vitro vor Missbräuchen und solle medizinischen wie ethischen Bedenken hinsichtlich der Anwendung der Diagnostik Rechnung tragen. Mit der begrenzten Zulassung der Präimplantationsdiagnostik nach § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG sollen hingegen Frauen bzw. Paare mit

Kinderwunsch vor schweren körperlichen und seelischen Belastungen geschützt werden, die entstehen können, weil eines der oder beide Elternteile die genetische Disposition für eine schwerwiegende Erkrankung aufweisen und das hohe Risiko besteht, dass sie diese Erkrankung an ihr Kind weitergeben (BT-Drs. 17/5451 S. 2, 7).

5. Über das Vorliegen der Voraussetzungen des hohen Risikos einer schwerwiegenden Erbkrankheit nach § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 ESchG sei in jedem Einzelfall gesondert zu entscheiden. Die Zusammenschau mit der in § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG geregelten zweiten Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Präimplantationsdiagnostik zeige, dass die Ausnahme des § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG nicht auf Erkrankungen beschränkt ist, die zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen können.

Maßgeblich für die Beurteilung der Schwere einer Erbkrankheit sei zunächst die im konkreten Einzelfall aufgrund der genetischen Disposition eines der beider Elternteile zu erwartende Krankheitsausprägung bei den Nachkommen. Nach dem Wortlaut des § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG sei die mögliche Erbkrankheit des Kindes das maßgebliche Kriterium für den zu beurteilenden Schweregrad. Erforderlich sei eine medizinische Indikation, aus der sich ergibt, dass die Krankheit zu schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen bei den Nachkommen führen kann. Grundlage für die Beurteilung der Schwere der zu erwartenden Krankheitsausprägung seien alle krankheitsbezogenen Faktoren, wie insbesondere Art und Schwere des Krankheitsbildes, Zeitpunkt der Manifestation von Krankheitssymptomen (Kindes-/Jugend-/Erwachsenenalter), Krankheitsverlauf, Behandelbarkeit der Erkrankung und Lebenserwartung.

6. Bleibe danach fraglich, ob die Erbkrankheit hinreichend schwer wiege, um die Vornahme der beantragten Präimplantationsdiagnostik rechtfertigen zu können, seien auch weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die mit der betreffenden genetischen Disposition in Zusammenhang stehen.

Ein Regelungszweck der begrenzten Zulassung der Präimplantationsdiagnostik sei - wie gezeigt - die

Abwendung schwerer Belastungen insbesondere von den betroffenen Frauen, aber auch den Paaren oder Familien insgesamt. Der Gesetzgeber des Präimplantationsdiagnostikgesetzes hatte vor allem die Konfliktlage von Paaren mit einer genetischen Disposition für eine schwerwiegende Erbkrankheit im Blick, die bereits ein schwer krankes, vielleicht schon verstorbenes Kind haben oder bei denen die Frau nach einer Pränataldiagnostik und ärztlichen Beratung einen Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218a Abs. 2 StGB hat vornehmen lassen (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik, BT-Drs. 17/5451 S. 2, 7). Das weise darauf hin, dass diese Gesichtspunkte bei der Prüfung des in § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG genannten Merkmals "schwerwiegend" Berücksichtigung finden sollen. Das Gleiche gelte für ähnlich schwere Belastungen des Paares, die mit der genetischen Disposition in Zusammenhang stehen, wie etwa der Umstand, dass ein Elternteil selbst erkrankt ist.

7. Die Vorinstanz habe zutreffend angenommen, dass das von § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG verlangte "hohe Risiko" bei monogenen Erbkrankheiten bejaht werden könne, wenn für die Nachkommen eine Erkrankungswahrscheinlichkeit von 25 bis 50 Prozent (und mehr) bestehe. Diese Auslegung werde (wie im Einzelnen dargelegt wird) durch die Gesetzesmaterialien gestützt.

Die Vorgabe einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 25 Prozent sei aber nicht als eine starre Untergrenze zu verstehen. Die Erkrankungswahrscheinlichkeit des Kindes sei in bestimmten genetischen Fallkonstellationen wie zum Beispiel balancierten Translokationen nur schwer prozentual erfassbar. Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergebe, sollen dann gegebenenfalls auch bei einem Risiko für eine schwerwiegende Erbkrankheit, das sich nicht mit mindestens 25 Prozent beziffern lasse, die Voraussetzungen des § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG erfüllt sein können. Das Risiko erweise sich in einem solchen Fall als ein "hohes", wenn es vom üblichen Risiko der Bevölkerung wesentlich abweiche.

8. Danach habe die Klägerin gemäß § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ESchG, § 6 Abs. 4 Satz 1 PIDV einen Anspruch darauf, dass die Ethikkommission ihren Antrag auf

Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik zustimmend bewerte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestehe aufgrund der genetischen Disposition des Partners der Klägerin eine Wahrscheinlichkeit von 50 Prozent und damit ein hohes Risiko, dass ihre Nachkommen an der klassischen Form der Myotonen Dystrophie Typ 1 erkranken. Die Krankheit rechtfertigt unter den hier gegebenen Umständen auch ihre Einstufung als schwerwiegend. Es handle es sich um eine multisystemische Erkrankung, die neben der Skelettmuskulatur auch glatte Muskulatur, Auge, Herz, den Hormonhaushalt und das Zentralnervensystem betreffen könne (wird in der Folge im Einzelnen ausgeführt). Die Erkrankung verlaufe progredient und führe bei den Betroffenen zu erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen und Beeinträchtigungen in der Lebensgestaltung. Sie haben zudem eine geringere Lebenserwartung.

Ob bereits aufgrund dieser erwartbaren Krankheitsausprägung bei den Nachkommen der Klägerin und ihres Partners von einer schwerwiegenden Erbkrankheit auszugehen ist, bedürfe keiner abschließenden Entscheidung. Die Voraussetzung sei jedenfalls erfüllt, weil hier erschwerend hinzukomme dass der Partner der Klägerin deutliche Symptome der Erkrankung zeige.

9. Ergänzend sei angemerkt, dass das Bundesverwaltungsgericht im Urteil von 2. Dezember 2020 (3 C 6/19 - BVerwGE 170, 391) die Untersuchung muraler Trophektodermzellen eines in vitro erzeugten Embryos auf chromosomale Fehlverteilungen (Chromosomen-Screening) als eine Präimplantationsdiagnostik im Sinne von § 3a Abs. 1 EschG eingestuft hat.

#### IV. Sonstige gerichtliche Entscheidungen:

Abschließend sollen noch einige Entscheidungen anderer Gerichte angesprochen werden.

##### 1. OLG Koblenz, Urteil vom 17. März 2021 - 5 U 1651/19 - juris

Leitsatz:

1. Für eine ordnungsgemäße Aufklärung über Art und Tragweite des Eingriffs reicht es nicht aus, nur

über das eigentliche Operationsziel (hier: Entfernung von Metastasen der Nebennieren und befallenen Lymphknoten) aufzuklären, wenn die Entfernung und Ligatur einer der Hauptschlagadern keinen nur unwesentlichen Zwischenschritt, sondern einen wahrscheinlichen Verlauf der Operation darstellt.

2. Auch wenn das Risiko eines Eingriffs im Promillebereich liegt, ist eine Aufklärung des Patienten darüber erforderlich, wenn das Risiko - angesichts einer ohnehin nur noch sehr begrenzten Lebenserwartung des Patienten - Bedeutung für die Entschließung des Patienten für oder gegen den Eingriff haben kann.

3. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes kommt dem Umstand, dass die Lebensqualität des Patienten während der verbleibenden Lebenszeit durch die Folgen der Operation deutlich eingeschränkt, wenn nicht gar aufgehoben war, eine besondere Bedeutung zu. ...

Sachverhalt (stark verkürzt):

*Der Patient litt seit dem Jahr 2011 unter schweren Tumorerkrankungen. Im Jahr 2011 fand ein Tumorboard statt, bei dem die künftigen Therapiemöglichkeiten besprochen wurden. Als Ergebnis wurde eine neuerliche Operation zur Entfernung einer Nebennierenmetastase empfohlen. Nach diversen Beratungen und Aufklärungsgesprächen unterzeichnete der Patient einen Aufklärungsbogen für „Operative Eingriffe an der Nebenniere“. In diesem ist handschriftlich als Diagnose „Nebennierenmetastase links“ vermerkt und bei der Beschreibung des Eingriffs „Lymphadenektomie paraaortal“. Auf diesem Aufklärungsbogen ist unter Risiken vorgedruckt:*

*„(...) die Nebennieren sind gut durchblutete Organe, die in der Nähe großer Blutgefäße liegen; eine Schädigung von Blutgefäßen mit starken Blutungen während oder nach der Operation ist daher nicht selten (...)“.*

*Handschriftlich wurden durch den Beklagten zu 1) noch weitere Risiken ergänzt. Nicht gesondert aufgeklärt wurde darüber, dass bei der Operation gegebenenfalls die Ligatur (abschnürende Unterbindung) der Arteria mesenterica inferior (eine der großen*



Bauchschlagadern) erforderlich wird. Gemäß dem Operationsbericht über den am 31.03.2016 durchgeführten Eingriff wurde nach Öffnung des Operationsgebiets stark vernarbt und verwachsenes Gewebe vorgefunden. Da die Arteria mesenterica inferior nach dem Operationsbericht durch Lymphknotenresiduen „ummauert“ war, durchtrennten die Beklagten diese Arterie an der Aorta und ligierten sie. Die Nebennierenmetastase wurde ebenso wie die Lymphknoten entfernt.

Nach der Operation verschlechterte sich der Zustand des Patienten weiter. Dabei ist streitig, in welchem Umfang dies Folge der Operation vom 31.03.2016, insbesondere von Wundheilungsproblemen, war und welchen Einfluss das Tumorgeschehens hatte. Rund fünf Monate nach der Operation vom 31.03.2016 ist der Patient verstorben.

#### Rechtliche Problemstellungen:

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen Fragen der Aufklärungspflicht, insbesondere über die im Operationsverlauf möglicherweise notwendig werdende Ligatur bzw. Durchtrennung einer Arterie, und der Bemessung des Schmerzensgeldes bei einem Patienten, der rund fünf Monate nach einem operativen Eingriff verstirbt, über dessen Risiken er nicht ordnungsgemäß aufgeklärt war.

#### Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Einleitend behandelt das Urteil, ob die behandelnden Ärzten für die etwaige Behandlungs- und Aufklärungsmängel als Gesamtschuldner haften. Hierzu stellte es vorab fest, dass beide behandelnden Ärzte sog. Belegärzte seien bzw. auf ein als „Kooperationsarzt“ hinzugezogenen Arzt wie ein Belegarzt behandelt werden müsse. Belegärzte sind im deutschen Recht nicht am Krankenhaus angestellte Ärzte, die berechtigt sind, „ihre“ Patienten (sog. Belegpatienten) im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln (vgl. im Einzelnen §§ 38 ff. des Bundesmantelvertrag - Ärzte (BMV-Ä) - <https://www.kbv.de/media/sp/BMV-Aerzte.pdf> -) Haben Belegärzte desselben Fachgebiets eine gemeinsam durchgeführte Behandlung

arbeitsteilig organisiert, haften sie nach Auffassung des Oberlandesgerichts in gleicher Weise wie Ärzte einer Gemeinschaftspraxis als Gesamtschuldner (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2005 - VI ZR 319/04 - BGHZ 165, 36 für Gemeinschaftspraxis in der Form einer sog. Belegärztegemeinschaft, also einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu der sich mehrere niedergelassene [selbstständige] Ärztegeschlossen haben, um gemeinsam als Belegärzte in einer Klinik tätig zu werden). Angesichts dieser gesamtschuldnerischen Haftung sei deshalb unerheblich, welche Versäumnisse und Behandlungsfehler dem einzelnen Behandler unterlaufen seien; diese würden vielmehr wechselseitig zugerechnet.

2. Nach seinen (hier nicht wiedergegebenen) Ausführungen zum Vorliegen eines Behandlungsfehlers befasst sich das Oberlandesgericht damit, dass keine ordnungsgemäße Aufklärung im Sinne des § 630e Abs.1 BGB erfolgt sei. Zu fordern sei hier neben der Angabe des Operationsziels auch eine Aufklärung darüber, ob die Operation regelmäßig mit der Beeinträchtigung eines Körperteils oder Organs verbunden ist und welche die künftige Lebensführung betreffenden Belastungen dies zur Folge haben könne. Bei dem vorliegenden Eingriff habe sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme Ligatur der Arteria mesenterica inferior als durchaus wahrscheinlich dargestellt.

Die demnach gebotene Aufklärung sei nicht bereits durch den Hinweis darauf erfolgt, dass es im Zuge der Operation zur Verletzung von Blutgefäßen und deshalb zu größeren Blutungen kommen könne. Denn es sei etwas grundsätzlich anderes, ob es im Zuge einer Operation im Sinne einer Komplikation unbeabsichtigt zu einer Verletzung von Blutgefäßen komme, oder ob man gezielt eine Arterie durchtrennen und ligieren müsse. Eine solche Aufklärung hätte die Information darüber einschließen müssen, dass es in Folge der Ligatur zu einer Ischämie (fehlende Durchblutung) des Darms und zum Absterben von Darmgewebe kommen könne. Dieses Risiko sei zwar statistisch im Promille- oder Prozentbereich anzusiedeln, beim Patienten aber durch weitere (im Einzelnen dargelegte) Risikofaktoren erhöht gewesen. Ob deshalb letztlich das spezifische Risiko im Promille- oder im Prozentbereich gelegen habe, könne dahinstehen. Nicht entscheidend für

die Aufklärungsbedürftigkeit sei nämlich die Komplikationsdichte eines trotz seiner Seltenheit spezifisch mit der Therapie verbundenen Risikos als solche, sondern welche Bedeutung es für die Entschließung des Patienten haben könne (vgl. BGH, Urteil vom 07. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103).

Zwar habe nach dem Ergebnis des Sachverständigen-gutachtens für den Patienten die einzige Behandlungsalternative darin gelegen, die Operation - und damit auch den letzten verbleibenden Therapieansatz für seine gravierende Krebserkrankung - zu unterlassen. Angesichts einer ohnehin begrenzten Lebenserwartung könne ein verständiger Patient aber beachtenswerte persönliche Gründe dafür haben, auf die Behandlung wegen der mit ihr möglicherweise verbundenen schwerwiegenden Folgen zu verzichten und dem Schicksal seinen Lauf zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 07. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103).

Im Anschluss hieran erörtert das Oberlandesgericht, ob der Patient im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte (vgl. dazu näher: BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 (VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, besprochen bei Hagenlocher, aaO., 2022, ... unter Ziffer II. 4., dort Rn. 3. f.). Da vorliegend der Patient nicht persönlich angehört werden konnte, hatte das Gericht auf Grund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob der Patient aus nachvollziehbaren Gründen in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten sein könnte (ebenso: BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - NJW 2007, 2771).

3. Abschließend hat das Oberlandesgericht erörtert, wie in der vorliegenden Sachlage das Schmerzensgeld zu bemessen ist. Auf Grund der Ausführungen des Sachverständigen ging es hierbei davon aus, dass das Befinden des Patienten bis zum 06.08.2016 durch den Eingriff vom 31.03.2016 mit verursacht worden ist. Für die Zeit danach waren die Beschwerden dagegen auf dessen Grundleiden, also die schwere Tumorerkrankung, zurückzuführen. Hiervon ausgehend führt das Oberlandesgericht u.a. aus:

*„Maßgeblich für die von den Beklagten aufgrund der rechtswidrigen Operation vom 31.03.2016 zu*

*verantwortende Lebensbeeinträchtigung des Patienten, welche für die Bemessung des Schmerzensgeldes von entscheidender Bedeutung ist, waren vorliegend deshalb nicht ein Dauerschaden, sondern vor allem die schweren, komplikationsreichen Operationen mit dem äußerst langwierigen Krankenhausaufenthalt und Heilungsverlauf angesichts der dem Patienten verbleibenden begrenzten Lebenszeit. Ohne die Operation hätte der Patient in der Zeit zwischen dem 31.03.2016, als er nach den Feststellungen des Sachverständigen noch ohne Symptome war, bis zum seiner ersten Entlassung aus dem Krankenhaus noch eine deutlich bessere Lebensqualität gehabt. Gerade wegen der aufgrund seiner Krebserkrankung nur noch geringen Lebenserwartung des Patienten von im Zeitpunkt der Operation etwa einem halben Jahr, kommt dem Umstand, dass während der verbleibenden Lebenszeit durch die Folgen der Operation seine Lebensqualität deutlich eingeschränkt, wenn nicht gar aufgehoben war, eine besondere Bedeutung zu. Von der Operation bis zu seinem Versterben hat der Patient nur etwa 3 Wochen außerhalb des Krankenhauses verbracht. Die Option, seine Angelegenheiten im Angesicht der Grunderkrankung selbstbestimmt zu regeln, sich zu verabschieden und sich selbst letzte Wünsche zu erfüllen, waren nachhaltig und schmerzensgeldbestimmend beeinträchtigt. Der Senat hält deshalb ein Schmerzensgeld von 60.000,00 € für angemessen, aber auch ausreichend.“*

## **2. Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 23. November 2021 - 7 U 62/21 - juris**

Leitsatz:

1. Der Diagnoseirrtum setzt voraus, dass der Arzt die medizinisch gebotenen Befunde überhaupt erhoben hat, um sich eine ausreichende Basis für die Einordnung und Bewertung der Krankheitssymptome zu verschaffen.

2. Hat indes die objektiv unrichtige Diagnose ihren Grund darin, dass der Arzt medizinisch gebotene Untersuchungen gar nicht veranlasst hat und er somit vorschnell zu einer Diagnose gelangt, ohne diese weiter abzuklären, so liegt nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ein Befunderhebungsfehler vor.

3. Die unterlassene Befunderhebung durch MRT (Magnetresonanztomographie) zur Beurteilung eines seltenen und unspezifischen Krankheitsbildes (hier: Morbus Perthes) begründet keinen Befunderhebungsfehler, wenn die MRT-Diagnostik neben anderer durchgeführter Bilddiagnostik weder angezeigt war noch nach den Leitlinien gefordert wurde bzw. auch nach den aktuellen Leitlinien nicht gefordert wird.

#### Rechtliche Problemstellungen:

Neben der bereits behandelten Angrenzung zwischen einem Diagnose- und einem Befunderhebungsfehler (dazu etwa OLG Dresden, Urteil vom 29. März 2022 - 4 U 980/21 - juris, besprochen bei Hagenloch, aaO., 2022, unter Ziffer III. 3. Rn. 2 bis 4) erörtert die Entscheidung schwerpunktmäßig, unter welchen Voraussetzungen ein Diagnosefehler vorliegt, wenn ein seltenes und unspezifisches Krankheitsbild nicht erkannt wird. Die insoweit in medizinischer Hinsicht sehr breit argumentierende Entscheidung wird hier deutlich verkürzt dargestellt.

#### Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Zunächst verweist das Oberlandesgericht auf die Angrenzung zwischen einem Diagnose- und einem Befunderhebungsfehler und führt dazu u.a. aus:

*„Mit dem Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - VI ZR 146/14 - MedR 2016, 976; BGH, Urteil vom 02. Juli 2013 - VI ZR 554/12 - MedR 2014, 26) liegt ein Befunderhebungsfehler in Abgrenzung zum Diagnoseirrtum vor, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird, also wenn der Arzt die für die Diagnoseerstellung oder für die Überprüfung, Kontrolle oder weitere Abklärung der Anfangsdiagnose erforderlichen Befunde nicht erhebt und deshalb als Ergebnis eine unrichtige Diagnose verbleibt. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnoseirrtum vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen - therapeutischen oder diagnostischen - Maßnahmen ergreift. Auf den Punkt gebracht: Der Diagnoseirrtum setzt voraus, dass der Arzt die medizinisch gebotenen Befunde überhaupt erhoben hat, um sich eine ausreichende Basis für die Einordnung und Bewertung*

*der Krankheitssymptome zu verschaffen. Hat indes die objektiv unrichtige Diagnose ihren Grund darin, dass der Arzt medizinisch gebotene Untersuchungen gar nicht veranlasst hat und er somit vorschnell zu einer Diagnose gelangt, ohne diese weiter abzuklären, so liegt nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ein Befunderhebungsfehler vor. Wenn der behandelnde Arzt eine objektiv unrichtige Diagnose stellt und diese darauf beruht, dass er eine notwendige Befunderhebung entweder vor der Diagnosestellung oder zur erforderlichen Überprüfung der Diagnose unterlassen hat, kann der behandelnde Arzt für eine aus dem Unterlassen der Befunderhebung folgende objektiv falsche Diagnose und für eine der tatsächlich vorhandenen Krankheit nicht gerecht werdende Behandlung und deren Folgen einzustehen haben (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1998 - VI ZR 242/96 - BGHZ 138, 1; ...).*

*Zu beurteilen ist dabei das Verhalten des Arztes nach dem fachärztlichen Standard. Dieser gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines 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 (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2014 - VI ZR 382/12 - NJW-RR 2014, 1053).*

2. Sodann legt das Oberlandesgericht unter Hinweis auf die Ausführungen des Sachverständigen im Einzelnen dar, dass der beim damals 6-jährigen Kläger aufgetretene Morbus Perthes in seinen Anfängen schwer zu diagnostizieren sei. Die Symptome passten zu vielen Erkrankungen, darunter auch zu jenen eines Hüftschnupfens (Coxitis fugax), an den hier die Ärzte des beklagten Klinikums zunächst gedacht haben. Der Beginn einer rheumatischen Erkrankung sei sehr ähnlich und passe auch zu den Begleiterscheinungen des Morbus Perthes als einer orthopädischen Erkrankung. Kurzum und auf den Punkt gebracht: Am Anfang zeige sich eine Morbus Perthes-Erkrankung sehr unspezifisch sowohl im Beschwerdebild als auch in der bildgebenden Diagnostik. Könne man aber eine rheumatoide Erkrankung nicht sicher von dem Morbus Perthes

abgrenzen, müsse der behandelnde Arzt entscheiden, welche Erkrankungsursache er für die wahrscheinlichere halte und welche er zunächst therapiere. Schläge diese Therapie letztlich nicht an, sei irgendwann der Punkt erreicht, an dem der Arzt umdenken und an eine andere Diagnose in Betracht ziehen müsse (vgl. zu der Stufendiagnostik auch: OLG Dresden, Urteil vom 29. März 2022 - 4 U 980/21 - juris, besprochen bei Hagenloch, aaO., 2022 ... unter III. 2, dort Rn. 3.).

Auch einen Befunderhebungsfehler hat das Oberlandesgericht verneint. Bei einem Kind mit Knochenschmerzen sei es im Frühstadium der Diagnose nicht angezeigt, eine MRT mit Kontrastmitteln durchzuführen. Der Arzt habe hier (gemeint: den möglichen Erkenntnisgewinn durch das MRT) dagegen abzuwägen, dass gerade bei den kindlichen Patienten eine Kontrastmitteluntersuchung gravierende Nebenwirkungen auf die Leber oder gar das Gehirn haben könne. Wegen dieses Risikos hätte ein frühes MRT bei Kindern auch keinen Eingang in die Leitlinie „Morbus Perthes“ der Deutschen Gesellschaft für Orthopädie und Orthopädische Chirurgie und des Berufsverbandes der Ärzte für Orthopädie gefunden. Daher liege ein Befunderhebungsfehler der Beklagten nicht darin, das sie im frühen Stadium der Behandlung den Kläger auf der Grundlage der aus dem Röntgenbild und der Ultraschalluntersuchung gewonnenen Erkenntnisse therapiert haben.

### 3. OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493

Leitsatz:

1. Da nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB die Aufklärung über die Risiken einer Operation so rechtzeitig zu erfolgen hat, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann, ist eine Einwilligung, die durch Unterzeichnung des Aufklärungsformulars unmittelbar nach dem Ende des Aufklärungsgesprächs erfolgt, im Regelfall unwirksam, weil dieser zeitliche Ablauf dem Patienten nicht die Möglichkeit eröffnet, den Inhalt des Aufklärungsgesprächs so zu verarbeiten, dass er sich wohlüberlegt entscheiden kann.

2. Die Annahme einer konkludenten Einwilligung des Patienten durch die spätere stationäre Aufnahme ins Krankenhaus wird regelmäßig daran scheitern, dass einerseits dem Patienten das für die Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung notwendige Erklärungsbewusstsein fehlen wird und andererseits das Krankenhaus dem Verhalten des Patienten keinen Erklärungswert beimessen wird, solange beiden das Bewusstsein der Unwirksamkeit der Einwilligung fehlt.

Sachverhalt:

Der Kläger wurde im Hinblick auf eine mögliche Operation der Ohren (Mastoidektomie) in die HNO-Klinik der Beklagten überwiesen und dort in der Ambulanz behandelt. Dort berichtete er Prof. Dr. N. von chronisch rezidivierenden Ohrenentzündungen und Paukenergüssen (Flüssigkeitsansammlung im Ohr). Dieser riet dem Kläger, zunächst durch eine Nasen-Septum-Plastik die Nasenluftpassage zu optimieren und 6 bis 8 Wochen später eine Mastoidektomie anzuschließen. In unmittelbarem Anschluss an diese Beratung unterzeichnete der Kläger die Operationseinwilligung für die Nasen-Septum-Plastik. Drei Tage später wurde der Kläger stationär aufgenommen und der Eingriff zur Begradigung der Nasenscheidewand sowie eine vollständige Nasennebenhöhlenoperation durchgeführt. Postoperativ zeigte sich im Computertomogramm eine Hirnblutung. Bei der daraufhin erfolgten neurochirurgischen Intervention wurde festgestellt, dass es bei der Operation zu einer Duraverletzung, der Verletzung der vorderen Hirnschlagader und zu einer Durchtrennung des Riechnervs links gekommen war.

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich vor allem mit der Pflicht zur Aufklärung über Behandlungsalternativen sowie mit dem Zeitpunkt der Aufklärung.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Das Oberlandesgericht verweist darauf, dass eine Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen bestehe, wenn zum einen für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen und

wenn diese zum andern zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder wesentlich unterschiedliche Risiken oder Erfolgschancen aufweisen. In einer konservativen oder rein abwartenden Behandlung liege eine echte Wahlmöglichkeit nur, wenn die begründete Aussicht bestehe, dass damit mehr als eine nur kurzzeitige Beschwerdelinderung erreicht werden könne (vgl. zu dieser Thematik: OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW- RR 2022, 818, besprochen bei Hagenloch, aaO., 2022 ... unter III. 1, dort Rn. 1.). In einer weiteren Behandlung mit Nasenspray oder in einem weiteren Abwarten habe hier aber nach den Darlegungen des Sachverständigen keine aufklärungspflichtige Behandlungsalternative gelegen.

2. Die Einwilligung des Klägers, die dieser mit Unterzeichnung des Aufklärungsbogens erteilt hatte, sei jedoch unwirksam gewesen, weil der Kläger keinerlei Bedenkzeit zwischen der Aufklärung über die Risiken des Eingriffs und der Entscheidung über die Einwilligung gehabt habe. Eine wohlüberlegte Entscheidung könne schon nach dem Wortlaut des § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB nur treffen, wer ausreichend Zeit zum Überlegen habe. Von einer wohlüberlegten Entscheidung könne nicht ausgegangen werden, wenn der Patient die Einwilligung unmittelbar nach dem Aufklärungsgespräch erteile, da er dann unter dem Eindruck einer großen Fülle von ihm regelmäßig unbekanntem und schwer verständlichen Informationen stehe und sich in einer persönlich schwierigen Situation befinde (ebenso: OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483).

Ergänzend zu dieser Entscheidung sei angemerkt, dass auch eine Einwilligung, die (nach angemessener Bedenkzeit) erst unmittelbar vor der bereits im Vorbereitungsprozess befindlichen Operation erteilt wird, unwirksam ist. Dies gilt etwa, wenn der Patient die ihm schon mehrere Tage vor der Operation überlassene Einwilligungserklärung erst nach Verabreichung einer Beruhigungsspritze auf dem Weg zum Operationssaal unterzeichnet; erst recht gilt dies, wenn der Patient in dieser Lage das entsprechende Verlangen des Arztes als Bedrängen empfinden darf (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 - VI ZR 42/97 - MedR 1998, 516).

Das Oberlandesgericht hat im hier besprochenen Urteil weiter ausgeführt, der Kläger habe auch nicht konkludent in die Operation eingewilligt, indem er sich drei Tage nach dem Aufklärungsgespräch zur Vornahme des Eingriffs in der Klinik der Beklagten begeben habe. Für die Einwilligung sei zwar keine Form vorgegeben, so dass sie sowohl schlüssig als auch ausdrücklich erteilt werden könne. (Ergänzender Hinweis: Allerdings empfiehlt sich aus Gründen der Beweisbarkeit eine - in der Praxis auch übliche - Schriftform, zumal die Einwilligung nach § 630f Abs. 2 Satz 1 BGB in der Patientenakte aufzuzeichnen ist [ebenso: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 274; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK- BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020)]). Da der Kläger eine (wenn auch unwirksame) Einwilligung bereits erklärt habe, seien aber alle Beteiligten davon ausgegangen, dass es keiner Einwilligung mehr bedürfe. Damit hätte es an dem für eine konkludente Einwilligung erforderlichen Erklärungsbewusstsein gefehlt. Anderes würde allenfalls gelten, wenn der Kläger bei der Aufnahme darauf hingewiesen worden wäre, dass seine vorausgehende schriftliche Einwilligung unwirksam war.

#### 4. Entscheidungen in Kurzfassung:

##### a) OLG Dresden, Beschluss vom 28. Januar 2021 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 1085

Leitsatz:

1. Vor der operativen Entfernung eines Weisheitszahnes in einer Zahnarztpraxis ist keine Aufklärung geboten, dass der Eingriff auch in einer kieferchirurgischen Praxis durchgeführt werden kann.

2. Der Umstand, dass es bei einem solchen Eingriff zu einer Verletzung des Nervus lingualis gekommen ist, rechtfertigt für sich genommen nicht den Schluss auf einen Behandlungsfehler.

##### b) OLG München, Urteil vom 25. März 2021 - 1 U 1831/18 - MedR 2021, 1079

1. Widerspricht bei einer todbringenden Krankheit (hier: Zervixkarzinom) ein Heilpraktiker seinem Patienten bei dessen Entscheidung zum Abbruch der

schulmedizinisch indizierten Therapie (hier: Strahlentherapie) zugunsten einer nicht evidenzbasierten alternativmedizinischen Behandlung (hier: Horvi-Schlangengift-Therapie) nicht mit Nachdruck und wirkt bei einer längeren Behandlungsdauer auch nicht jederzeit und wiederholt auf den Patienten ein, die schulmedizinisch indizierte Therapie fortzusetzen oder wieder aufzunehmen, liegt darin ein grober Behandlungsfehler wegen unzureichender therapeutischer Aufklärung.

2. Wegen eines gleichgewichtigen Eigenverschuldens des Patienten kann die Beweislastumkehr entfallen (hier verneint vor allem mangels leichtfertigen Therapieabbruchs) oder eine Anwendung von § 254 Abs. 1 BGB (Hinweis: inhaltsgleich mit Art. 415 ZGB) geboten sein (hier bejaht in Form einer Mithaftungsquote von 1/3).

3. Unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte (völlig inadäquates Vorgehen des Heilpraktikers über Wochen und Monate, alternativ zu erdulden Schmerzen und Nebenwirkungen bei schulmedizinischer Behandlung, Erleben des eigenen Sterbens und Zurücklassens des gerade erst geborenen Kindes) beträgt das quotal angemessene und zu Gunsten des Erben auszurteilende Schmerzensgeld 30.000,00 €.

#### **c) OLG Dresden, Beschluss vom 2. September 2021 - 4 U 730/21 - juris**

Leitsatz:

1. Leitlinien ärztlicher Fachgesellschaften dürfen nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard

gleichgesetzt werden.

2. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren kommt in der Regel nicht in Betracht, wenn der Patient keine konkreten Anhaltspunkte aufzeigt, die gegen die Einschätzung eines erstinstanzlichen Gutachters sprechen, insbesondere kein Privatgutachten vorlegt.

3. Selbst eine unterbliebene medizinische Dokumentation bildet keine eigene Grundlage für Schadensersatzansprüche, sondern begründet lediglich die Vermutung, dass eine aufzeichnungspflichtige Maßnahme unterblieben ist

#### **d) OLG Celle, Urteil vom 20. September 2021 - 1 U 32/20 - MedR 2022, 582**

1. Eine im Kreißsaal jeweils in Bettnähe befindliche Klingel soll im Fall von Auffälligkeiten bei einem neugeborenen Kind dazu dienen, dass die Kindesmutter möglichst schnell Hilfe herbeiholen kann. Dies gilt gerade und insbesondere auch im Fall eines S-ALTE [severe apparent life-threatening event] oder SUPC-Ereignisses (Sudden Unexpected Postnatal Collapse; Fast-Kindstod). Eine solche Klingelvorrichtung zählt zum medizinischen Fach-Standard.

2. Von einem groben Behandlungs- bzw. Versorgungsfehler ist damit auszugehen, wenn es dadurch, dass sich eine Notfall-Klingel nicht in Reichweite der Kindesmutter befindet, zu einer Verzögerung der Reanimation des Säuglings gekommen ist, nachdem das Kind knapp 2 Stunden nach der Geburt infolge einer schweren postnatalen Asphyxie eine hypoxischschämische Enzephalopathie (HIE) erlitten hat.

# Neues zum Medizinrecht in Deutschland

Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2022

Ulrich Hagenloch

Ehemaliger Präsident des Oberlandesgerichts Dresden

## I. Einleitung

Es ist beabsichtigt, in der vorliegenden Zeitschrift halbjährig eine Zusammenfassung über die Entwicklungen im deutschen Medizinrecht zu veröffentlichen. Auf diese Weise soll im Laufe der Zeit ein Gesamtüberblick über die medizinrechtlichen Fragen geschaffen werden. Ein Schwerpunkt liegt dabei im Recht der Arzthaftung.

Um einen ersten groben Überblick zu gewinnen, soll vorab die wesentliche Entwicklung des Medizinrechts in Deutschland dargestellt werden:

### 1. Entwicklung des Medizinrechts in Deutschland:

Das Recht der ärztlichen Heilbehandlung hat in den letzten 50 Jahren in Deutschland zunehmend an Eigenständigkeit gewonnen. Diese Entwicklung ging von der Rechtsprechung und von der Rechtslehre aus, die zu den ärztlichen Pflichten und zu Fragen der Beweislast Stück für Stück spezifische rechtliche Maßstäbe herausgearbeitet haben. Erst nachdem sich diese Prinzipien in der Rechtsprechung und Literatur fest etabliert hatten, hat der Gesetzgeber im Februar 2013 für die medizinische Heilbehandlung gesonderte Regelungen (§§ 630a ff. BGB) erlassen. Diese haben weitestgehend nur kodifiziert, was in der Rechtsprechung bereits an Grundsätzen entwickelt worden war.

Die Gründe für diese zunehmende Verselbstständigung des Rechts der Heilbehandlung liegen im Wesentlichen in Folgendem:

Das Recht der Heilbehandlung gehört als Teil des Deliktsrechts sowie des Dienst- und (in Teilbereichen)

des Werkvertragsrechts zwar zum Kernbereich des traditionellen bürgerlichen Rechts. Es weist aber eine ganze Reihe von Ausprägungen auf, die für das klassische Delikts- und Vertragsrecht eher atypisch sind. Dazu zählen vor allem

- eine starke Überlagerung durch grundrechtliche Ausstrahlungen, vor allem durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die Menschenwürde;

- die Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses, das einerseits durch ein besonderes Vertrauen und andererseits durch eine starke Überlegenheit im fachlichen Wissen geprägt ist;

- besondere Schwierigkeiten bei der für eine sachgerechte Prozessführung erforderlichen Erfassung und Dokumentation des tatsächlichen Geschehens durch den Patienten sowie bei der gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung, vor allem in Folge der oft notwendigen Beziehung von Sachverständigen

- und insbesondere - für die gerichtliche Praxis wohl am bedeutsamsten - häufig schwierige und oft auch letztlich nicht verlässliche zu beantwortende Fragen zum Kausalzusammenhang zwischen der ärztlichen Maßnahme und dem bei Patienten eintretenden „schädigenden“ Ereignis und die damit verbundenen Folgen für die Darlegungs- und Beweislast.

Diese zunehmende Verselbstständigung der rechtlichen Themenstellungen ging damit einher, dass auch innerhalb der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft das Recht der Heilbehandlung eine immer größere organisatorisch-strukturelle Eigenständigkeit erhielt. So

ist etwa die beim Bundesgerichtshof, bei allen Oberlandesgerichten und bei vielen Landgerichten seit längerem bestehende Praxis, gesonderte Kammern und Senate für Streitigkeiten aus Heilbehandlungen einzurichten, für die Land- und Oberlandesgerichte im Jahr 2018 zu einer gesetzlichen Pflicht geworden (§ 72a Abs. 1 Nr. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes [GVG]; § 119a Abs. 1 Nr. 3 GVG). Durch diese Spezialisierung soll angesichts der bei diesen Streitigkeiten meist auftretenden besonderen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten die Qualität der Rechtsprechung gesichert werden.

Da sich diese Besonderheiten der medizinischen Heilbehandlung in der Praxis weitgehend im Zusammenhang mit Haftungsfragen bei ärztlichen Fehlern stellten, wurde auch die juristische Diskussion lange Zeit weitgehend unter dem Schlagwort Arzthaftungsrecht geführt. Dieser Begriff wird zwar bis heute verwendet, aber doch zunehmend durch den umfassenderen Begriff des Rechts der medizinischen Heilbehandlung ersetzt, so etwa auch in §§ 630a ff. BGB. Dies beruht mit darauf, dass im Laufe der Zeit die für die ärztlichen Maßnahmen entwickelten Grundgedanken auch auf die andere Formen medizinischer Behandlungen erstreckt wurden und damit inzwischen die Verhaltenspflichten aller Berufsbilder im Bereich der Heilbehandlung prägen.

Diese zunehmende Verselbstständigung des Rechts der medizinischen Heilbehandlung führte im Laufe der Zeit immer mehr dazu, dass auch die anderen Rechtsfragen aus dem Bereich des Gesundheitswesens in der juristischen Diskussion und in der rechtlichen Durchdringung immer stärker an Eigenständigkeit gewonnen haben. Letztlich hat dies bewirkt, dass alle im Zusammenhang mit der Heilbehandlung und dem Gesundheitsweisen stehenden Rechtsfragen unter den Schlagwort „Medizinrecht“ zusammengefasst wurden. Dieser recht umfassende Begriff ist daher nicht klar definiert; er besagt im Grunde nur etwas darüber, um welchen Lebensbereich es geht, aber letztlich nichts über die rechtliche Einordnung der konkreten Fragestellungen.

Parallel zu dieser Entwicklung ist eine Spezialisierung der Rechtsanwaltschaft eingetreten. Diese hat

u.a. dazu geführt, dass sich Rechtsanwälte bei einem entsprechenden Qualifikationsnachweis als Fachanwalt für Medizinrecht bezeichnen dürfen (vgl. § 43c BRAO [Bundesrechtsanwaltsordnung] in Verbindung mit der jeweiligen Fachanwaltsordnung; siehe etwa [https://www.rak-berlin.de/download/mitglieder-pdfs\\_fao/FAO\\_MedizinR.pdf](https://www.rak-berlin.de/download/mitglieder-pdfs_fao/FAO_MedizinR.pdf)). Von rechtswissenschaftlicher Seite wurde dieser Prozess durch eine Vielzahl von medizinisch-rechtlichen Veröffentlichungen und vor allem auch durch die Einrichtung zahlreicher medizinrechtlicher Lehrstühle oder Instituten an den Universitäten begleitet.

Nicht dem eigentlichen Medizinrecht zugerechnet werden jedoch weiterhin Heilbehandlungen von Tieren. Dies resultiert letztlich daraus, dass sich die spezifischen grundrechtlichen Fragen, welche das Arzt-Patienten-Verhältnis prägen, bei einer tierärztlichen Behandlung nicht in gleicher Weise stellen. Allerdings hindert dies nicht, gewisse Grundgedanken, die für den humanmedizinischen Bereich entwickelt wurden, auch auf die tiermedizinische Behandlung zu übertragen. Insbesondere gilt dies, soweit die konkrete Thematik nicht durch humanmedizinische Aspekte, wie etwa die Auswirkungen von grundrechtlichen Gewährleistungen, also den spezifischen Schutz menschlichen Lebens, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die Menschenwürde, geprägt ist.

## **2. Zivilrechtliche Grundlagen der medizinischen Heilbehandlung:**

Wie bereits erwähnt, ist das Recht der medizinischen Heilbehandlung seit Februar 2013 in Deutschland gesetzlich geregelt und zwar wie folgt:

### *§ 630a Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag*

*(1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.*



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

#### § 630b Anwendbare Vorschriften

Auf das Behandlungsverhältnis sind die Vorschriften über das Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 ist, anzuwenden, soweit nicht in diesem Untertitel etwas anderes bestimmt ist.

#### § 630c Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten

(1) Behandelnder und Patient sollen zur Durchführung der Behandlung zusammenwirken.

(2) Der Behandelnde ist verpflichtet, dem 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. Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren. Ist dem Behandelnden oder einem seiner in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen ein Behandlungsfehler unterlaufen, darf die Information nach Satz 2 zu Beweis Zwecken in einem gegen den Behandelnden oder gegen seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bußgeldverfahren nur mit Zustimmung des Behandelnden verwendet werden.

(3) Weiß der Behandelnde, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist oder ergeben sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte, muss er den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform informieren. Weitergehende Formanforderungen aus anderen Vorschriften bleiben unberührt.

(4) Der Information des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer

Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Behandlung unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information ausdrücklich verzichtet hat.

#### § 630d Einwilligung

(1) Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Absatz 1 Satz 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt. Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

(2) Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, dass der Patient oder im Fall des Absatzes 1 Satz 2 der zur Einwilligung Berechtigte vor der Einwilligung nach Maßgabe von § 630e Absatz 1 bis 4 aufgeklärt worden ist.

(3) Die Einwilligung kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen werden.

#### § 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.

#### § 630f Dokumentation der Behandlung

(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen.

(2) Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre

Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.

(3) Der Behandelnde hat die Patientenakte für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.

#### § 630g Einsichtnahme in die Patientenakte

(1) Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die vollständige, ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. § 811 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Der Patient kann auch elektronische Abschriften von der Patientenakte verlangen. Er hat dem Behandelnden die entstandenen Kosten zu erstatten.

(3) Im Fall des Todes des Patienten stehen die Rechte aus den Absätzen 1 und 2 zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen seinen Erben zu. Gleiches gilt für die nächsten Angehörigen des Patienten, soweit sie immaterielle Interessen geltend machen. Die Rechte sind ausgeschlossen, soweit der Einsichtnahme der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Patienten entgegensteht.

#### § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) 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.

(2) Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

(3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

(4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.

(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

## II. Wesentliche Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Zu den nachfolgend besprochenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sei vorab angemerkt, dass der Bundesgerichtshof Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts und richterliche Bewertungen, wie etwa die Frage, ob ein ärztlicher Behandlungsfehler als „grob“ fehlerhaft einzustufen ist, aus Gründen des deutschen Verfahrensrechts nur auf Rechtsfehler hin überprüfen darf. Dieser sog. revisionsrechtliche Prüfungsmaßstab erschwert Lesern ohne juristische Ausbildung das Verständnis der medizinrechtlichen Problemstellungen. Aus diesem Grunde werden die Entscheidungen so dargestellt, als ob der Bundesgerichtshof die Tatsachenfeststellungen selbst getroffen habe.

### 1. BGH, Urteil vom 22. März 2022 - VI ZR 16/21 - NJW 2022, 1957

Leitsatz (leicht verändert):

1. Eine sog. "taggenaue Berechnung" ist bei Dauerschäden zur Ermittlung des Schmerzensgeldes ungeeignet.

2. Zur Unterscheidung zwischen "grobem Behandlungsfehler" und "grob fahrlässigem Handeln eines Arztes" bei der Bemessung des Schmerzensgeldes in Arzthaftungsfällen.

wesentlicher Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den beklagten Arzt wegen unzureichender Aufklärung ihrer Mutter vor ihrer Geburt auf Zahlung von weiterem Schmerzensgeld in Anspruch.

Die Klägerin wurde im Jahr 2006 nach einer zunächst eingeleiteten Vaginalgeburt im Wege der Notsectio (Entbindung per Kaiserschnitt aufgrund der akuten Gefährdung von Mutter oder Kind) geboren. Bei ihrer Mutter war im Jahr 2003 bei einer früheren Geburt eine elektive Sectio durchgeführt worden. Bei der nunmehr mit Hilfe von Prostaglandin (den Gebärmutterhals erweiterndes Gewebshormon) eingeleiteten Geburt der Klägerin kam es zu einer plötzlichen Uterusruptur; die Klägerin wurde in "schwer deprimiertem" Zustand entbunden. Nach einem rechtskräftigen Urteil des Berufungsgerichts ist der Klageanspruch dem Grunde nach berechtigt. Nach dieser Entscheidung hätte der Beklagte die Mutter der Klägerin über das erhöhte Risikos einer Uterusruptur bei vaginaler Geburt nach vorausgegangenem Kaiserschnitt hinweisen und über eine Sectio als Alternative zur Vaginalentbindung aufklären müssen. Die Klägerin leidet seit ihrer Geburt unter einer infantilen globalen dyskinetischen Cerebralparese mit Störung des Bewegungsapparates und gravierenden Koordinationsstörungen. Der Beklagte zahlte einen Betrag in Höhe von 400.000 €, von dem 300.000 € auf das Schmerzensgeld und 100.000 € auf die Pflegeleistungen entfielen. Die Klägerin begehrt ein Schmerzensgeld von weiteren 180.000.- €.

### Rechtliche Problemstellungen:

Neben allgemeinen Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes ging es in dem Verfahren vor allem um folgende Problemstellungen:

- Darf ein Schmerzensgeld bei Dauerschäden „taggenau“ ermittelt werden, also dadurch dass ein fester Satz pro Kalendertag (ggf. abgestuft nach unterschiedlicher Leidensintensität) mit der (ggf. nach Statistiken prognostisch ermittelten) Anzahl der Leidenstage multipliziert wird (vgl. zu einer derartigen Berechnungsweise als „Plausibilitätskontrolle“: OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Juni 2021- 22 U 181/20 - NJW 2021, 3791; OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2020 - 22 U 205/19 - NJW 2020, 3325).

- Wie ist bei Schwerstverletzungen mit schweren geburtlichen Hirnschädigungen, die mit einer mehr oder weniger weitgehenden Zerstörung der Persönlichkeit verbunden sind, der immateriellen Schaden auszugleichen, insbesondere auch, wenn der Betroffene die Beeinträchtigungen nicht vollständig empfindet.

- Wie wirkt sich ein grober ärztlicher Behandlungsfehler auf die Höhe des Schmerzensgeldes aus.

### Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Zunächst betont der Bundesgerichtshof, dass für die Höhe des Schmerzensgeldes im Wesentlichen die Schwere der Verletzungen, das durch diese bedingte Leiden, dessen Dauer, das Ausmaß der Wahrnehmung der Beeinträchtigung durch den Verletzten und der Grad des Verschuldens des Schädigers maßgebend sind (ebenso: BGH, Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 8/14 - VersR 2015, 590; BGH, Urteil vom 12. Mai 1998 - VI ZR 182/97 - BGHZ 138, 388). Hierbei sei auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles abzustellen. Es sei aber auch erforderlich, die den konkreten Einzelfall prägenden Umstände zu bestimmen und diese im Verhältnis zueinander zu gewichten. Dabei müssten in erster Linie die Höhe und das Maß der entstandenen Lebensbeeinträchtigung berücksichtigt werden; hier liege das Schwergewicht für die Bemessung des Schmerzensgeldes (ebenso: BGH, Beschluss vom 16. September 2016 - VGS 1/16 - BGHZ 212, 48).

Auf der Grundlage dieser Gesamtbetrachtung sei eine einheitliche Entschädigung für das sich insgesamt darbietende Schadensbild festzusetzen (ebenso: BGH, Urteil vom 12. Mai 1998 - VI ZR 182/97 - BGHZ 138, 388).

Bei der besonderen Fallgruppe der Schwerstverletzungen mit schweren geburtlichen Hirnschädigungen, die mit einer Einbuße der Persönlichkeit und mit einem Verlust an personaler Qualität einhergehen, stelle bereits diese mehr oder weniger weitgehende Zerstörung der Persönlichkeit für sich gesehen einen ausgleichenden immateriellen Schaden dar. Dies gelte im Ausgangspunkt auch unabhängig davon, ob der Betroffene die Beeinträchtigung empfindet. Allerdings könne eine wesentliche Ausprägung des immateriellen Schadens darin bestehen, dass der Verletzte sich seiner Beeinträchtigung bewusst ist und deshalb in besonderem Maße unter ihr leidet. Dabei dürften je nach dem Ausmaß der jeweiligen Beeinträchtigung und dem Grad der dem Verletzten verbliebenen Erlebnis- und Empfindungsfähigkeit Abstufungen vorgenommen werden.

2. Eine "taggenaue Berechnung" des Schmerzensgeldes erweise sich hingegen als ungeeignet. Sie führe zu einer zu starken Betonung der Schadensdauer und verstoße gegen das Gebot einer Gesamtbetrachtung aller Umstände (ebenso: BGH, Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 409/19 - NJW 2022, 1443).

3. Schließlich bekräftigt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung, wonach auch der Grad des Verschuldens das Schmerzensgeld erhöhen könne und auch im Arzthaftungsrecht der Gesichtspunkt der Genußnutzung grundsätzlich Bedeutung zukomme (ebenso: BGH, Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 409/19 - NJW 2022, 1443). So könne etwa ein dem Arzt aufgrund grober Fahrlässigkeit unterlaufener Behandlungsfehler dem Schadensfall sein besonderes Gepräge geben (ebenso: BGH, Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 409/19 - NJW 2022, 1443). Jedoch dürfe ein grober Behandlungsfehler (dazu näher das nachfolgend noch besprochene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747) weder mit grober Fahrlässigkeit gleichgesetzt werden, noch ihm insoweit eine Indizwirkung zukommen. Ein grober Pflichtverstoß lasse nämlich für sich

allein noch nicht den Schluss auf ein entsprechendes gesteigertes persönliches Verschulden zu.

## 2. BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747

Leitsatz (leicht verändert):

Zur Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität bei einem groben Behandlungsfehler (hier: Unterlassen der therapeutischen Information) und zum Zusammenhang zwischen der ärztlichen Pflichtverletzung und dem Schaden unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Pflichtverletzung

wesentlicher Sachverhalt:

*Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen einer fehlerhaften Behandlung im Zusammenhang mit ihrer Geburt auf Ersatz ihres materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch.*

*Die Mutter der Klägerin wurde wegen eines Sprungs der Fruchtblase rund sieben Wochen vor dem rechnerischen Entbindungstermin im Krankenhaus der Beklagten aufgenommen. Die unmittelbar hierauf aufgezeichneten Cardiotokografien (im Folgenden: CTG) waren weitgehend unauffällig. Zwei Tage nach der stationären Aufnahme gab die Mutter am frühen Morgen an, Wehen zu haben. Eine daraufhin durchgeführte weitere CTG wies Dezelerationen (wehenabhängiges Absinken der kindlichen Herzfrequenz) auf. Diese wiederholten sich bei einer nochmaligen CTG zwischen 7:00 Uhr und 7:30 Uhr nicht. Am selben Tag stellte sich die Mutter gegen 13:10 Uhr im Kreißaal vor, wobei sie erneut von Wehen berichtete, die gegen 11:00 Uhr eingesetzt hätten. Nachdem in der um 13:16 Uhr angelegten CTG keine Herztöne der Klägerin festgestellt werden konnten und ein anschließender Ultraschall eine fetale Bradykardie (verlangsamter Herzschlag) gezeigt hatte, wurde die Klägerin um 13:37 Uhr per Notsectio (Entbindung per Kaiserschnitt aufgrund der akuten Gefährdung von Mutter oder Kind) ohne Atmung und Herztätigkeit entbunden. Sie wurde reanimiert und auf der neonatologischen Intensivstation weiterbehandelt. Die Klägerin leidet unter einer schweren Retardierung der geistigen Entwicklung und einer schweren Beeinträchtigung der Hör- und Sehfähigkeit.*

*Die Klägerin hat geltend gemacht, ihre Mutter sei von den behandelnden Ärzten nicht auf die Brisanz von Wehen hingewiesen worden, weshalb sie sich bei dem um 11:00 Uhr begonnenen Einsatz der Wehen nicht sofort gemeldet, sondern den Kreißaal erst gegen 13:10 Uhr aufgesucht habe.*

Rechtliche Problemstellungen:

Ausgangspunkt der rechtlichen Themenstellungen dieser Entscheidung ist, dass sich die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden bei einem groben Behandlungsfehler umkehrt (vgl. § 630h Abs. 5 BGB). Diese Abgrenzung zwischen dem „einfachen“ und dem „groben“ Behandlungsfehler ist für das deutsche Arzthaftungsrecht von zentraler Bedeutung.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Die besondere Problematik des vorliegenden (tatsächlich und rechtlich schwierigen) Verfahrens lag darin, dass die Verpflichtung zur therapeutischen Information aus zwei Gründen im Betracht kommen konnte:

Angesichts des rund sieben Wochen vor dem rechnerischen Entbindungstermin erfolgten Blasensprungs drohte eine Frühgeburt, die mit bestimmten Komplikationen bis hin zum Tod des Kindes verbunden sein konnte. Es musste deshalb durch eine therapeutische Information der Mutter sichergestellt werden, dass sich diese beim Auftreten der ersten Anzeichen für das Einsetzen der Wehen meldet. Damit sollte eine plötzliche Frühgeburt auf der Station vermieden und eine adäquate Versorgung des Kindes sichergestellt werden. Gestützt auf das Sachverständigengutachten hat es der Bundesgerichtshof aus diesem Grunde auch als groben Behandlungsfehler erachtet, dass eine therapeutische Beratung der Mutter der Klägerin unterblieben ist und hierdurch eine Frühgeburt nicht vorbereitet werden konnte. Allerdings hat sich vorliegend dieses Risiko nicht verwirklicht, weil die Klägerin nicht in Folge einer plötzlichen Frühgeburt auf der Station, sondern wegen der bei der CTG und der Ultraschalluntersuchung erhobenen Befunde durch eine Notsectio entbunden wurde.

Des Weiteren wäre eine solche therapeutische Information der Mutter der Klägerin möglicherweise aber auch erforderlich gewesen, um unmittelbar nach den ersten Anzeichen für das Einsetzen der Wehen, also kurz nach 11:00 Uhr, durch eine erneute CTG aktuelle Befunde über den Zustand der Klägerin gewinnen und dann ggf. weitere ärztliche Maßnahmen einleiten zu können. Der Bundesgerichtshof konnte freilich weder dem Sachverständigengutachten noch dem Urteil des Berufungsgerichts hinreichend sicher entnehmen, ob auch aus diesem Grunde eine therapeutische Informationspflicht bestand und ob ggf. auch ihre Verletzung "grob" fehlerhaft gewesen wäre. Zudem konnte der Bundesgerichtshof nach den bis dahin im Rechtsstreit getroffenen tatsächlichen Feststellungen weder feststellen noch ausschließen, dass die schweren Schädigungen der Klägerin noch hätten verhindert werden können, wenn das CTG bereits kurz nach 11:00 Uhr und nicht erst mehr als zwei Stunden später durchgeführt worden wäre.

2. Damit stand der Bundesgerichtshof vor der Frage, welche Auswirkungen es auf die Beweislast für den Ursachenzusammenhang hat, wenn zwar eine einzige Pflichtverletzung vorliegt (Verletzung der Pflicht zur therapeutischen Information), diese aber möglicherweise aus zwei gesonderten medizinischen Gründen erforderlich war (Vorbereitung für Frühgeburt einerseits; sofortige Durchführung eines weiteren CTG andererseits) und nur hinsichtlich einer dieser beiden medizinischen Anlässe ein grober Behandlungsfehler feststeht. Bei einer kausalen Betrachtung im Sinne einer *conditio sine qua non* besteht zwar ein Ursachenzusammenhang zwischen dem groben Behandlungsfehler und der verzögerten Fertigung eines CTG, da dieses kurz nach 11:00 Uhr durchgeführt worden wäre, wenn sich die Mutter (wenn auch zur Vermeidung einer spontanen Frühgeburt auf der Station) in der gebotenen Weise therapeutisch beraten worden wäre. Dieser objektive Kausalzusammenhang beantwortet aber noch nicht die Frage, ob sich damit auch die Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen dem mehr als zwei Stunden verzögerten CTG und der Schädigung der Klägerin auf den Träger des Krankenhauses verlagert. Verfahrensrechtlich kam als weitere Problematik hinzu, dass der

Bundesgerichtshof wegen der unzureichenden Feststellungen im Berufungsurteil zu unterstellen hatte, dass die therapeutische Information entweder allein erforderlich gewesen wäre, um eine etwaige Frühgeburt rechtzeitig vorbereiten zu können oder jedenfalls allein hierin ein grober Behandlungsfehler liegt. (Ergänzender Hinweis: Diese verfahrensrechtliche Problematik lag verkürzt dargestellt darin, dass der Bundesgerichtshof zu prüfen hatte, ob der Rechtsstreit auch dann einer abschließenden Entscheidung durch ihn zugänglich war [sog. Entscheidungsreife], wenn eine therapeutische Information nicht erforderlich gewesen wäre, um umgehend eine CTG durchführen zu können bzw. wenn die Verletzung einer solchen Pflicht jedenfalls nicht grob fehlerhaft gewesen wäre. Eine solche Entscheidungsreife hätte für den Bundesgerichtshof bestanden, wenn sich zum einen die Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen der verzögerten Befunderhebung [CTG, Ultraschall] bereits dadurch auf den Träger des beklagten Krankenhauses verlagert hätte, dass diese eine therapeutische Information [wenn auch der Abwendung der Risiken einer drohenden Frühgeburt dienend] grob fehlerhaft unterlassen hat und wenn zum anderen ein Schutzzweckzusammenhang bestanden hätte. Wenn dem so wäre, hätte der Bundesgerichtshof selbst in der Sache entscheiden müssen und [mangels Entscheidungserheblichkeit] keine weiteren Tatsachenfeststellungen durch das Berufungsgericht veranlassen dürfen. Deshalb hatte der Bundesgerichtshof auf dieser Verfahrensstufe zu unterstellen, dass eine solche therapeutische Pflicht entweder nicht bestand oder eine Verletzung einer solchen Pflicht zumindest keinen groben Behandlungsfehler begründet hätte).

3. Zunächst bekräftigt der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung seine ständige Rechtsprechung, wonach ein Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gegen gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen hat. Der Fehler darf zudem aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheinen, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (ebenso: BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1). Bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob handelt es sich um eine

juristische Wertung des Richters der Tatsacheninstanz, in Georgien also des Bezirks-, Stadt- oder Appellationsgerichts. Die richterliche Bewertung muss jedoch 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 (ebenso: BGH, Urteil vom 26. Juni 2018 - VI ZR 285/17 - VersR 2018, 1192).

4. Dieser grobe Behandlungsfehler hat zur Folge, dass es bei der Frage, ob der Behandlungsfehler für den Schaden ursächlich ist, zu einer Umkehr der Beweislast kommt, sofern der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen oder zumindest mit zu verursachen. Ein solcher Kausalzusammenhang muss weder nahe liegen noch wahrscheinlich sein (ebenso: BGH, Urteil vom 27. März 2007 – VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1; BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2020 - VI ZR 348/20 - VersR 2022, 195). Eine Verlagerung der Beweislast ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur ausgeschlossen, wenn jeglicher Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist oder wenn sich ein anderes Risiko verwirklicht hat als jenes, dessen Eintritt mit der grob fehlerhaften Pflichtverletzung verhindert werden sollte. Das Vorliegen einer derartigen Ausnahmesituation haben die behandelnden Ärzte bzw. der Träger des Krankenhauses zu beweisen (ebenso: BGH, Urteil vom 27. April 2004 - VI ZR 34/03 - BGHZ 159, 48).

5. Von diesen Grundsätzen ausgehend hat der Bundesgerichtshof eine Beweislastumkehr nicht bereits deshalb verneint, weil letztlich offen bleiben musste, ob die Mutter der Klägerin einem ihr gegenüber erteilten ärztlichen Rat gefolgt wäre. Zumindest sei es nicht unwahrscheinlich, dass sich die Mutter der Klägerin bei kleinsten Anzeichen für das Eintreten der Wehen umgehend gemeldet hätte, wenn sie über diese Notwendigkeit unterrichtet worden wäre. Ebensowenig hat der Bundesgerichtshof eine Umkehr der Beweislast mit Blick darauf abgelehnt, dass nicht festgestellt werden konnte, ob bei einer kurz nach 11:00 Uhr durchgeführten CTG bereits eine Gefährdung des Kindeswohls (oder eine sonstige Indikation für eine unverzügliche Sectio) erkennbar gewesen wäre bzw. ob die Schädigungen der Klägerin überhaupt noch hätten

verhindert werden können. Auch diese nicht aufklärbaren Umstände könnten eine Umkehr der Beweislast für den Kausalzusammenhang nur hindern, wenn ein solcher äußerst unwahrscheinlich wäre. Dem sei aber nicht so. Nach dem Gutachten des Sachverständigen könne nämlich die Bradykardie der Klägerin zu jeder Zeit zwischen 7:30 Uhr und 13:16 Uhr eingetreten sein. Eine frühere Kenntnis der Bradykardie hätte aber zu einer früheren therapeutischen Maßnahmen geführt hätte, was sich aller Wahrscheinlichkeit nach positiv ausgewirkt hätte. Dies könne zwar nicht sicher beurteilt werden; eben diese Unsicherheit gehe aber wegen der Umkehr der Beweislast zu Lasten der Beklagten.

Eine Umkehr der Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen dem groben Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden kommt in einer solchen Situation (eine ärztliche Pflichtverletzung; zwei durch diese in Gang gesetzte Kausalverläufe) nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs jedoch nur in Betracht, wenn sich ein Risiko verwirklicht, dessen Eintritt mit der grob fehlerhaften Pflichtverletzung verhindert werden sollte. Das wäre hier der Fall gewesen, wenn es zu einer spontanen Frühgeburt gekommen wäre und die Klägerin bei dieser Schädigungen erlitten hätte, die bei einer frühzeitigeren Vorbereitung der Entbindung möglicherweise hätten vermieden werden können. Hingegen genüge es für Umkehr der Beweislast nicht, wenn zwar ein für den Schadenseintritt ursächlicher grober Behandlungsfehler vorliege, Zweck der grob fehlerhaft verletzten ärztlichen Pflicht aber nicht gewesen sei, diesen konkreten Schadensverlauf zu verhindern.

Diese Auffassung begründet der Bundesgerichtshof damit, dass die Umkehr der Beweislast keine Sanktion für besonders schweres Arztverschulden sei. Der Grund für die Umkehr der Beweislast liege vielmehr darin, dass durch das Gewicht des Behandlungsfehlers das Spektrum der für den Misserfolg der ärztlichen Behandlung in Betracht kommenden Ursachen in besonderem Maße verbreitert bzw. verschoben und die Aufklärung des Behandlungsgeschehens deshalb in besonderer Weise erschwert werde. In einer solchen Situation könne der Arzt dem Patienten den Kausalitätsbeweis nach Treu und Glauben nicht zumuten

(ebenso: BGH, Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 409/19 - VersR 2022, 63; BGH, Urteil vom 20. September 2011 - VI ZR 55/09 - VersR 2011, 1569; BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2020 - VI ZR 348/20 - VersR 2022, 195). Es entspreche deshalb der Billigkeit, die durch den groben Fehler in das Geschehen hineingetragene Aufklärungerschwernis nicht dem Geschädigten anzulasten. Für diese Billigkeitserwägungen bleibe aber kein Raum, wenn feststehe, dass nicht die dem Arzt zum groben Fehler gereichende Verkenntung eines Risikos schadensursächlich geworden sei.

6. Bis dahin hätten die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Folge, dass das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden müsste, damit diese Feststellungen dazu trifft, ob eine therapeutische Information der Mutter der Klägerin auch erforderlich war, um umgehend ein CTG fertigen zu können und ob eine Verletzung einer derartigen Pflicht einen groben Behandlungsfehler dargestellt hätte. Wenn dem so wäre, wäre auch insoweit eine Umkehr der Beweislast eingetreten, als sich wegen der Verletzung der therapeutischen Informationspflicht die Durchführung des CTG um mehr als zwei Stunden verzögert und dies frühzeitigere Erkenntnisse über die Herztöne der Klägerin und deren Befinden sowie eine frühzeitigere Behandlung verhindert hat.

Vorab hatte der Bundesgerichtshof aber aus verfahrensrechtlichen Gründen (dann bestehende Entscheidungsreife in der Revisionsinstanz) zu beantworten, ob selbst dann einer Haftung des Krankenträgers entgegenstünde, dass es an einem von der Klägerin zu beweisenden Zurechnungszusammenhang unter Schutzzweckgesichtspunkten fehlt. Hierzu verweist der Bundesgerichtshof zunächst darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt werde. Eine Schadensersatzpflicht bestehe nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden sei. Der geltend gemachte Schaden müsse in einem inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen; ein "äußerlicher", gleichsam "zufälliger" Zusammenhang genüge nicht.

Insoweit sei eine wertende Betrachtung geboten (ebenso: BGH, Urteil vom 22. Mai 2012 - VI ZR 157/11 - NJW 2012, 2024; BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375).

7. Wegen des engen Zusammenhangs mit den in der vorstehenden Entscheidung behandelten Fragen soll (zur Vermeidung etwaiger Fehldeutungen dieses Urteils) ergänzend auf folgende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hingewiesen werden: Haben sich bei einem mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrigen ärztlichen Eingriff nur Risiken verwirklicht, über die nicht aufzuklären war, kommt ein Wegfall der Haftung des Arztes für Aufklärungsversäumnisse lediglich dann in Betracht, wenn der Patient wenigstens eine Grundaufklärung über die Art und den Schweregrad des Eingriffs erhalten hat. Dies gilt selbst dann, wenn das realisierte (für sich betrachtet nicht aufklärungspflichtige) Risiko mit den nicht realisierten (aufklärungspflichtigen) Risiken nach Bedeutung und Auswirkung für den Patienten nicht vergleichbar ist (BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - NJW 2019, 2320; BGH, Urteil vom 30. Januar 2001 - VI ZR 353/99 - VersR 2001, 592).

### **3. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 6 StR 68/21 - juris**

Leitsatz:

1. Die Abgrenzung strafbarer Tötung auf Verlangen von strafloser Beihilfe zum Suizid erfordert eine normative Betrachtung.

2. Der ohne Wissens- und Verantwortungsdefizit gefasste und erklärte Sterbewille führt zu einer situationsbezogenen Suspendierung der Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten.

Wesentlicher Sachverhalt (stark verkürzt):

*Der Angeklagten wurde eine Tötung auf Verlangen nach § 216 des deutschen Strafgesetzbuches (StGB) vorgeworfen. (Hinweis des Autors: Diese Regelung ist weiter gefasst als Art. 110 des georgischen Strafgesetzbuches, in der vorliegend zu entscheidenden Fallgestaltung aber mit Art. 110 des georgischen Strafgesetzbuches inhaltlich vergleichbar.)*



Die Angeklagte war mit R.S. verheiratet, der seit vielen Jahren unter zunehmend schweren Erkrankungen litt. R.S. wurde zu Hause von der Angeklagten gepflegt. Als seine Schmerzen seit dem Frühjahr 2019 weiter zunahmen und sich sein gesundheitlicher Zustand stetig verschlechterte, erwog R.S. die Inanspruchnahme eines Sterbehilfevereins, sah sich daran aber durch das seinerzeit geltende gesetzliche Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe in Deutschland gehindert. Er sagte nun nahezu wöchentlich, „gehen“ zu wollen.

Am 7. August 2019 litt R.S. an schwersten Schmerzen und hatte seit Tagen keinen Stuhlgang gehabt. Als sie im Laufe des Abends zusammen Kaffee tranken und er zwei Zigaretten rauchte, sagte er zur Angeklagten: „Heute machen wir’s“. Der Angeklagten war klar, dass er damit meinte, seinem Leben an diesem Tag ein Ende setzen zu wollen. Im weiteren Verlauf des Abends äußerte er, die Schmerzen nicht mehr auszuhalten und an diesem Tag „gehen“ zu wollen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war der Angeklagten bewusst, dass der Sterbewunsch ihres Mannes ernst war.

R.S. forderte die Angeklagte gegen 23 Uhr auf, ihm alle im Haus vorrätigen Tabletten zu geben. Sie fragte ihn, ob er keinen Abschiedsbrief schreiben wolle, weil sonst „noch alle denken“ würden, dass sie ihn umgebracht habe. Er hielt dies zunächst nicht für nötig, schrieb dann aber mit zitternden Händen in ein Notizbuch, dass er unter den großen Schmerzen nicht weiterleben wolle, seiner Frau verboten habe, einen Arzt einzuschalten, und hoffe, dass sein Tablettenvorrat ausreiche, um von seinen großen Schmerzen erlöst zu werden. Anschließend trug die Angeklagte seinem Wunsch entsprechend alle verfügbaren Medikamente zusammen, brach die Tabletten aus den Verpackungen und gab ihm diese in die Hand. Er nahm alle Tabletten selbstständig ein und schluckte sie mit dem Inhalt eines Trinkglases mit Beruhigungsmitteln hinunter.

Nun forderte er die Angeklagte auf, alle noch vorhandenen Insulinspritzen zu holen. Die Angeklagte holte sechs schnell wirkende Insulinspritzen mit jeweils 100 Einheiten. Ihr war bewusst, dass sie ihrem Mann nunmehr entsprechend der üblichen Handhabung die sechs Insulinspritzen in die Bauchdecke injizieren

sollte, was sie auch tat. Sie wusste, dass die Insulingabe geeignet war, seinen Tod herbeizuführen.

R.S. starb an Unterzuckerung infolge des injizierten Insulins. Die anfangs mittels der Tabletten eingenommenen Wirkstoffe waren ebenfalls geeignet, seinen Tod herbeizuführen, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt.

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung betrifft allgemeine Abgrenzungsfragen zwischen der straflosen Beihilfe zur Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. Die besondere Problematik des Verfahrens liegt darin, dass die letztlich todesursächlichen Insulinspritzen von der Angeklagten verabreicht wurden, während die von R.S. selbst eingenommenen Medikamente den Tod erst später hätten herbeiführen können. Des Weiteren stellte sich die Frage, ob sich die Angeklagte einer Tötung auf Verlangen durch Unterlassen strafbar gemacht, indem sie davon absah, Rettungsmaßnahmen zu veranlassen, nachdem R.S. eingeschlafen war. Die Entscheidung bezieht sich zwar unmittelbar auf die Strafbarkeit einer „Sterbehilfe“ durch die Ehefrau. Die entwickelten Rechtsgrundsätze gelten aber gleichermaßen auch für die Strafbarkeit von „Sterbehilfe“ durch behandelndes medizinisches Personal, einschließlich der sich auch bei diesem stellenden Problematik der Garantenstellung.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Der Bundesgerichtshof verweist zunächst auf seine ständige Rechtsprechung, nach welcher Täter einer Tötung auf Verlangen ist, wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht, auch wenn er sich damit einem fremden Selbsttötungswillen unterordnet. Hierzu führt der Bundesgerichtshof u.a. aus (Hinweis: Die Zitate sind verkürzt wiedergegeben):

„Entscheidend ist, wer den lebensbeendenden Akt eigenhändig ausführt. Gibt sich der Suizident nach dem Gesamtplan in die Hand des anderen, um dulgend von ihm den Tod entgegenzunehmen, dann hat dieser die Tatherrschaft. Behält der Sterbewillige dagegen bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal, dann tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe. Dies

*gilt nicht nur, wenn die Ursachenreihe von ihm selbst, sondern auch, wenn sie vom anderen bewirkt worden war. Solange nach Vollzug des Tatbeitrags des anderen dem Sterbewilligen noch die volle Freiheit verbleibt, sich den Auswirkungen zu entziehen oder sie zu beenden, liegt nur Beihilfe zur Selbsttötung vor (ebenso: BGH, Urteil vom 14. August 1963 - 2 StR 181/63 - BGHSt 19, 135; BGH Urteil vom 4. Juli 2018 - 2 StR 245/17 - BGHSt 63, 161; BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 132/18 - BGHSt 64, 121).*

*Die Abgrenzung strafbarer Tötung auf Verlangen von strafloser Beihilfe zum Suizid kann dabei nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln vorgenommen werden. Geboten ist vielmehr eine normative Betrachtung (ebenso: BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 - 2 StR 454/09 - BGHSt 55, 191; BGH. Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 393/18 - BGHSt 64, 135).*

*Danach beherrschte nicht die Angeklagte das zum Tode führende Geschehen, sondern ihr Ehemann. Dem steht nicht entgegen, dass die Angeklagte ihm das todesursächliche Insulin durch aktives Tun verabreichte. Eine isolierte Bewertung dieses Verhaltens trägt dem auf die Herbeiführung des Todes gerichteten Gesamtplan nicht hinreichend Rechnung. Danach wollte sich R.S. in erster Linie durch die Einnahme sämtlicher im Haus vorrätigen Schmerz-, Schlaf- und Beruhigungsmittel das Leben nehmen, während die zusätzliche Injektion des Insulins vor allem der Sicherstellung des Todesintritts diene.... Bei wertender Betrachtung bildeten die Einnahme der Tabletten und die Injektion des Insulins nach dem Gesamtplan einen einheitlichen lebensbeendenden Akt, über dessen Ausführung allein R.S. bestimmte. Die Medikamente nahm er eigenständig ein, während die Angeklagte ihm der jahrelangen Übung entsprechend die Insulinspritzen setzte, weil ihm dies aufgrund seiner krankheitsbedingten Beeinträchtigungen schwerfiel. Nach dem Gesamtplan war es letztlich dem Zufall geschuldet, dass das Insulin seinen Tod verursachte, während die Medikamente ihre tödliche Wirkung erst zu einem späteren Zeitpunkt entfaltet hätten...*

*Dies gilt umso mehr, als R.S. das zu seinem Tod führende Geschehen auch noch beherrschte, nachdem die*

*Angeklagte ihm das Insulin injiziert und ihren aktiven Beitrag damit abgeschlossen hatte. Er blieb anschließend noch eine gewisse Zeit lang bei Bewusstsein und sah eigenverantwortlich davon ab, Gegenmaßnahmen einzuleiten, etwa die Angeklagte aufzufordern, den Rettungsdienst zu alarmieren. Er ließ sich im Gegenteil von ihr versichern, dass sie ihm „alle vorrätigen Spritzen“ gesetzt hatte.“*

Sodann befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, welche Auswirkungen das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2020 (2 BvR 2347/15 - BVerfGE 153, 182) auf die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 216 StGB hat. In dieser (sehr umfangreichen) Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasse das Recht, selbstbestimmt die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig bewusst und gewollt zu beenden und bei der Umsetzung der Selbsttötung auf die Hilfe Dritter zurückzugreifen. Sei die Wahrnehmung dieses Grundrechts von der Einbeziehung dritter Personen abhängig, schütze es auch davor, dass Dritten gegenüber eine Unterstützung („Sterbehilfe“) generell versagt werde. Der legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz der autonomen Entscheidung des Einzelnen über die Beendigung seines Lebens findet seine Grenze dort, wo die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern (auch mittel eines an Dritte gerichteten Verbots der Unterstützung) unmöglich gemacht werde. Von diesen Grundsätzen ausgehend hat es das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erachtet, dass in § 217 Abs. 1 StGB a.F. eine geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung ausnahmslos verboten war.

2. Hieran anknüpfend hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, er neige dazu, die vom Bundesverfassungsgericht zu § 217 Abs.1 StGB entwickelten Grundsätze auf § 216 Abs. 1 StGB zu übertragen, weil diese Vorschrift in vergleichbarer Weise in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben eingreife. Es sei daher naheliegend, § 216 Abs. 1 StGB verfassungskonform dahin auszulegen, dass jedenfalls diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, in denen es einer sterbewilligen Person

faktisch unmöglich sei, ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung, aus dem Leben zu scheiden, selbst umzusetzen.

3. Danach erörtert der Bundesgerichtshof, ob sich die Angeklagte einer Tötung auf Verlangen durch Unterlassen schuldig gemacht habe. Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus, dass der Angeklagten zwar auf Grund der familienrechtlichen Regelung des § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB Garantin für Leib und Leben ihres Ehemannes sei. Aus dieser Verantwortung folge aber für das konkrete Geschehen keine Pflicht zur Abwendung seines Todes. Denn der ohne Wissens- und Verantwortungsdefizit frei gefasste und erklärte Sterbewille ihres Mannes, führe zur situationsbezogenen Suspendierung ihrer Einstandspflicht für sein Leben.

Insoweit gelte Entsprechendes wie für Garantpflichten, die sich aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis oder aus einer Wohn- und Lebensgemeinschaft ergeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ende die Schutzposition eines Arztes für Leib und Leben seines Patienten, wenn dieser seinen Sterbewunsch äußert und nur noch um eine Begleitung im Sterben bitte (ebenso: BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 393/18 - BGHSt 64, 135). Denn das grundgesetzlich geschützte Selbstbestimmungsrecht gewähre die Freiheit, Heilbehandlungen selbst dann abzulehnen, wenn sie lebenswichtig seien, und so über das eigene Leben zu verfügen. Ein in diese Richtung geäußertes Willen sei auch nach Eintritt der Bewusstlosigkeit zu respektieren (vgl. § 1901a BGB), solange er ohne Wissensoder Verantwortlichkeitsdefizit freiverantwortlich gebildet und umgesetzt worden sei und sich später keine Hinweise auf eine Änderung des Sterbewillens ergeben. Deshalb bestehe aus der Garantstellung heraus keine strafbewehrte Pflicht, den Ehepartner zu retten, wenn dieser infolge einer freiverantwortlichen Selbsttötungsentscheidung eingeschlafen sei. Diese Einstandspflicht sei dann situationsbedingt aufgehoben.

#### **4. BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682**

Leitsatz:

Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte, und ob

er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, darf der Tatrichter grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten treffen.

Wesentlicher Sachverhalt (sehr stark verkürzt):

*Der beklagte Augenarzt führte am Kläger zur Beseitigung einer Kurzsichtigkeit in Vollnarkose eine LASIK-Laserbehandlung am rechten Auge durch. Während des Eingriffs kam es zu einem Kneifen des Auges, so dass sich der Laserschnitt dezentrierte. Der Beklagte brach hierauf die LASIK-Behandlung ab, bevor der Flap (Hornhautlamelle) geöffnet war. Er nahm sodann an beiden Augen eine photoreaktive EXCIMER-Laserbehandlung (PRK) vor, bei welcher der Flap nicht geöffnet werden muss. Der Kläger macht fortbestehende Sehbeschwerden und Augentrockenheit geltend und führt dies auf die Behandlung durch den Beklagten zurück. Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass der Kläger über die Risiken der PRK-Operationstechnik nicht aufgeklärt wurde und dass es sich insoweit um eine aufklärungspflichtige Behandlungsalternative zum LASIK-Verfahren handelt. Jedoch greife der von dem Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung durch.*

Rechtliche Problemstellungen:

Neben den hier nicht näher besprochenen verfahrensrechtlichen Fragen, ging es in dieser Entscheidung vor allem darum, welche Anforderungen bei einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht (dazu: § 630d Abs. 2, § 630e BGB) an den Einwand zu stellen sind, dass der Patient auch bei einer erfolgten Aufklärung in den ärztlichen Eingriff eingewilligt hätte.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. Zu dieser Entscheidung ist vorab anzumerken, dass gemäß § 630d Abs. 1 BGB jede medizinische Maßnahme, insbesondere ein Eingriff in den Körper oder die Gesundheit, einer Einwilligung des Patienten bedarf und diese nur bei einer hinreichenden Aufklärung des Patienten wirksam ist (§ 630d Abs. 2 BGB). Die Aufklärung ist vom behandelnden Arzt zu beweisen (§ 630h Abs. 2 Satz 1 BGB), da eine wirksame Einwilligung des Patienten Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Behandlung ist.

2. Allerdings ist dem behandelnden Arzt bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht der Einwand eröffnet, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte (§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB). Diese gesetzliche Regelung beruht auf den allgemeinen schadensrechtlichen Prinzipien zum sog. rechtmäßigen Alternativverhalten (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 – NJW 2009, 1209), also der Frage, ob im Falle eines rechtswidrigen Verhaltens der Schaden auch bei einem normgerechtem Vorgehen eingetreten wäre. Es geht also darum, was geschehen wäre, wenn die pflichtwidrige Handlung hinweg gedacht bzw. das pflichtwidrige Unterlassen (hier: die pflichtwidrig unterbliebene Aufklärung) hinzu gedacht werden.

Hierbei liegt die Schwierigkeit darin, dass ein hypothetischer Kausalverlauf „reproduziert“ werden muss, bei dem sich das letztlich entscheidende Element, nämlich das hypothetische Verhalten des Patienten, typischerweise nicht an einer rein objektiven Nutzen-Risiko-Abwägung orientiert, sondern stark von subjektiven Aspekten, wie Ängsten und Sorgen oder persönlichem Erleben im Verwandten- und Freundeskreis überlagert sein können. Hinzu kommt, dass die im nachhinein vom Patienten unterbreiteten Erwägungen naturgemäß unter dem Einfluss des tatsächlichen Geschehens, also einer seinen Erwartungen nicht gerecht werdenden ärztlichen Behandlung, stehen. Selbst wenn (nicht immer auszuschließende) prozess-taktische Erwägungen ausgeblendet werden, wird ein Patient, bei dem eine medizinische Behandlung schicksalhaft „schief“ lief, zu der Auffassung neigen, dass er nicht eingewilligt hätte, wenn er über das (sich bei ihm verwirklichende) Risiko hinreichend aufgeklärt worden wäre.

Es ist deshalb außerordentlich schwierig, nachträglich festzustellen, wie sich ein Patient verhalten hätte, wenn er vom behandelnden Arzt in der gebotenen Weise aufgeklärt worden wäre. Umso wichtiger ist es, an die entsprechenden Tatsachenfeststellungen der Gerichte besonders hohe verfahrensrechtliche Anforderungen zu stellen und Bewertungskriterien zu entwickeln, die in einer solchen (objektiv nur begrenzt

„reproduzierbaren“) Situation zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen Behandler und Patient führen.

3. Die nachfolgend besprochene Entscheidung betritt hierzu kein juristisches Neuland, sondern bekräftigt die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Zunächst verweist der Bundesgerichtshof darauf, dass nach § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB der Behandelnde zu beweisen hat, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte. An einen dahingehenden Nachweis, der dem Behandelnden obliegt, seien strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht auf diesem Weg der Aufklärungsanspruch des Patienten (vom Autor angefügt: und damit letztlich auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten) unterlaufen werde. Den Arzt treffe für seine Behauptung, der Patient hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, die Beweislast aber erst dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Gerichts plausibel gemacht habe, dass er - wären ihm rechtzeitig die Risiken des Eingriffs verdeutlicht worden - vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte (ebenso: BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - NJW 2019, 3072).

An die Pflicht des Patienten zur Substantiierung eines solchen Konflikts seien allerdings keine zu hohen Anforderungen zu stellen (ebenso: BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462; BGH, Beschluss vom 8. März 2016 - VI ZR 243/14 - GesR 2016, 351). Abzustellen sei auf die persönliche Entscheidungssituation des jeweiligen Patienten. Was aus ärztlicher Sicht sinnvoll und erforderlich gewesen wäre und wie ein "vernünftiger Patient" sich verhalten hätte, sei hingegen grundsätzlich nicht entscheidend. Der Richter dürfe auch nicht seine eigene Beurteilung des Konflikts an die Stelle derjenigen des Patienten setzen (ebenso: BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1). Ob ein Patient in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre und ob er hypothetisch eingewilligt hätte, sei stets unter der gedanklichen

Voraussetzung zu prüfen, dass die Aufklärung ordnungsgemäß, insbesondere auch vollständig erfolgt wäre.

4. Zudem dürfe der Richter Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte, und ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten treffen. Durch die persönliche Anhörung solle vermieden werden, dass das Gericht für die Verneinung eines Entscheidungskonflikts vorschnell auf das abstelle, was bei objektiver Betrachtung als naheliegend oder vernünftig erscheine, ohne die persönlichen, möglicherweise weniger naheliegenden oder als unvernünftig erscheinenden Erwägungen des Patienten ausreichend in Betracht zu ziehen. Die persönliche Anhörung solle es dem Gericht ermöglichen, den anwaltlich vorgetragene Gründe durch konkrete Nachfragen nachzugehen und sie auch aufgrund des persönlichen Eindrucks vom Patienten sachgerecht beurteilen zu können (ebenso: BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74). Anderes könne ausnahmsweise dann gelten, wenn schon die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben (ebenso: BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74).

Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht vorliegend nicht von einer Anhörung des Klägers absehen dürfen. Zwar möge wenig plausibel sein, dass der Kläger, wie schriftsätzlich vorgetragen, sich deshalb gegen eine PRK entschieden, weil diese nach seinem Kenntnisstand nicht unter Vollnarkose möglich gewesen sei. Dies folge schon daraus, dass bei ihm (nach dem Wechsel von der LASIK-Behandlung) eine PRK unter Vollnarkose durchgeführt worden sei. Eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation des Klägers sei ohne dessen Anhörung dennoch nicht möglich. Insbesondere habe das Berufungsgericht den konkreten Inhalt der im Streitfall gebotenen vollständigen Aufklärung nicht definiert. Deshalb sei auch nicht erkennbar, ob der Kläger bei seinen schriftsätzlichen Ausführungen zum Entscheidungskonflikt von der Hypothese einer vollständigen Aufklärung ausgegangen sei.

## **5. BGH, Urteil vom 8. Februar 2022 - VI ZR 409/19 - NJW 2022, 1443**

Auf eine gesonderte Besprechung dieses Urteils wird hier verzichtet, da die wesentlichen in dieser Entscheidung anstehenden Fragen (Bemessung des Schmerzensgeldes und Voraussetzungen für groben Behandlungsfehler und Folgen eines groben Behandlungsfehlers) auch in den Urteilen vom 22. März 2022 - VI ZR 16/21 – NJW 2022, 1957 (oben Ziffer 1) und vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 274 (oben Ziffer 2) behandelt sind.

### **III. Sonstige gerichtliche Entscheidungen**

Abschließend sollen noch einige Entscheidungen anderer Gerichte angesprochen werden.

#### **1. OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW-RR 2022, 818**

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich vor allem mit dem Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, insbesondere auch über Behandlungsalternativen.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. In dieser Entscheidung führt das Oberlandesgericht Hamm aus, dass vor der Injektionsbehandlung bei einer Epikondylitis humeri radialis (sog. Tennisarm) der Patient über Behandlungsalternativen aufzuklären sei. Dabei komme es insbesondere auf die nichtoperativen Behandlungsmethoden (Medikamente, Infiltrationstherapie, physikalische Therapie und ruhigstellende Maßnahmen) an, weil die Therapie des Tennisarms seit Jahren äußerst umstritten sei.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei die Wahl der Behandlungsmethode zwar primär Sache des Arztes. Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordere jedoch gemäß § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur

Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (so auch die Rechtsprechung vor Inkrafttreten von § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB; etwa: BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103). Bestehe mithin für den Patienten eine echte Wahlmöglichkeit, müsse ihm durch eine entsprechend vollständige Aufklärung die Entscheidung darüber überlassen bleiben, auf welchem Weg die Behandlung erfolgen solle und auf welches Risiko er sich einlassen wolle (ebenso: BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03 - MDR 2005, 988). Der Umfang und der Genauigkeitsgrad der Aufklärung seien dabei umgekehrt proportional zur Dringlichkeit und zu den Heilungsaussichten des Eingriffs. Die Aufklärungslast nehme also in dem Maß zu, in dem Dringlichkeitsgrad des medizinischen Eingriffs und seine Heilungsaussicht abnehmen und umgekehrt. So erforderten nicht zwingend indizierte Eingriffe mit zweifelhaften Heilungsaussichten regelmäßig eine gleichzeitige Aufklärung über die Möglichkeit einer abwartenden Behandlung. Auch beschränkte Erfolgsaussichten dürften nicht verschwiegen oder verharmlost werden.

2. Über die vorliegende Entscheidung hinaus soll dazu ergänzend angemerkt werden, dass der Umfang und die Intensität der Aufklärungspflicht generell in einer Wechselwirkung mit der Notwendigkeit und Dringlichkeit der Behandlung sowie deren Erfolgschancen einerseits sowie der Schwere, der Dauer und der Wahrscheinlichkeit eines sich verwirklichenden Risikos andererseits stehen. Daher werden beispielsweise bei einer fremdnützigen Blutspende (dazu: BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336) oder einer medizinisch nicht indizierten kosmetischen Operation (dazu: BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349) an eine vollständige Aufklärung besonders hohe Anforderungen gestellt, insbesondere auch in Bezug auf Risiken mit sehr geringer statistischer Wahrscheinlichkeit oder mit eher moderaten Folgen. Besonders intensiv sind die Aufklärungspflichten zudem bei der Anwendung einer (noch) nicht allgemein anerkannten medizinischen Behandlungsmethode. Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts müssen dem Patienten nicht nur das Für

und Wider einer „Neulandmethode“ erläutert werden, sondern er ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist (dazu: BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - NJW-RR 2021, 886; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379 zur Anwendung einer sog. Außenseitermethode).

## **2. OLG Dresden, Beschluss vom 17. März 2022 - 4 U 2276/21 - juris**

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung behandelt u.a. die ärztliche Praxis bedeutende Frage, welchen „Standard“ an medizinischer Betreuung ein Patient im Regelfall erwarten darf. In einem weiteren Urteil (OLG Dresden, Urteil vom 12. Juli 2022 - 4 U 836/21 - juris) hat das Oberlandesgericht die in der nachstehenden Entscheidung dargelegten Grundsätze dahin ergänzt, dass der zu geschuldete Behandlungsstandard in einer Hausarztpraxis nicht deckungsgleich mit dem eines Facharztes für innere Medizin sei.

Die Entscheidung im Einzelnen:

Das Oberlandesgericht legt dar, dass - soweit nichts anderes vereinbart - ein Behandlungsfehler vorliege, wenn die Behandlung nicht dem bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standard entspreche (vgl. § 630a Abs. 2 BGB). Dies bedeute, dass der Arzt nicht den sogenannten „Goldstandard“ schulde, also dasjenige, was im Rückblick betrachtet die beste Versorgung des Patienten gewesen wäre. Er habe vielmehr zu tun, was nach allgemein anerkannter fachärztlicher Meinung und nach anerkanntem Stand der Wissenschaft im Normalfall geschuldet werde. Dies beziehe sich sowohl auf die Durchführung der Behandlung als auch auf die Befunderhebung, also die Frage, ob der Arzt überhaupt und wenn ja rechtzeitig die gebotenen Befunde erhoben habe.

## **3. OLG Dresden, Urteil vom 29. März 2022 - 4 U 980/21 - juris**

Rechtliche Problemstellungen:

Das Urteil betrifft die Abgrenzung zwischen einem Diagnoseirrtum, einem Diagnosefehler und einem sog.

Befunderhebungsfehler, also einem pflichtwidrigen Unterlassen der Erhebung weiterer, für die richtige Diagnose möglicherweise relevanten Befunde.

Die Entscheidung im Einzelnen:

1. In dem Rechtsstreit ging es im Kern darum, dass die behandelnden Ärzte bei der über Schmerzen im Hüftgelenk leidenden Klägerin zunächst objektiv unzutreffend eine Synovialitis (Gelenkinnenhautentzündung) des Hüftgelenks diagnostiziert hatten und erst spätere Untersuchungen als Ursache eine Epiphyseolysis capitis femoris (ECF - Abrutschen des Schenkelhalses gegenüber dem Hüftkopf) ergeben haben.

2. Das Oberlandesgericht führt hierzu aus, das Irrtümer bei der Diagnosestellung oft nicht Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes seien. Die Symptome einer Erkrankung seien nämlich nicht immer eindeutig, sondern könnten auf verschiedene Ursachen hinweisen. Auch könne jeder Patient wegen Unterschiedlichkeiten des menschlichen Organismus die Zeichen ein- und derselben Krankheit in anderer Ausprägung aufweisen. Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen seien, könnten deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden (ebenso: BGH, Urteil vom 08.07.2003 - VI ZR 304/02 - NJW 2003, 2827).

3. Ergänzend wird hierzu vom Autor angemerkt, dass es bei einer eher unklaren Diagnose häufig auch anerkanntem medizinischen Vorgehen entspricht, nicht sofort und parallel alle denkmöglich in Betracht kommenden Ursachen abzuklären, sondern sich - abhängig von Schwere, Dringlichkeit und Wahrscheinlichkeit der zu erwägenden Diagnosen - Stück für Stück mittel einer sog. Stufendiagnostik (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 12. Juli 2022 - 4 U 836/21 - juris) vorzuarbeiten. In diesem Sinne hat es das Oberlandesgericht, wie nachfolgend noch näher dargelegt, auch im vorliegenden Verfahren als vertretbar erachtet, zunächst der ersten Verdachtsdiagnose nachzugehen.

4. Über die konkrete Entscheidung des Oberlandesgerichts hinaus, sollen an dieser Stelle zum besseren Verständnis der Thematik die aus der Abgrenzung zwischen Diagnosefehler und Befunderhebungsfehler für die Darlegungs- und Beweislast folgenden

Konsequenzen aufgezeigt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 08.07.2003 - VI ZR 304/02 - NJW 2003, 2827) muss der Patient den Beweis für einen Behandlungsfehlers in der Form eines Diagnosefehlers oder eines Fehlers in der Befunderhebung führen. Letzterer liegt vor, wenn die unrichtige Diagnose ihren Grund darin hat, dass der Arzt die nach dem medizinischen Standard gebotenen Befunde erst gar nicht ermittelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 27.01.2016 - VI ZR 146/14 - NJW 2016, 1447).

Gelingt dem Patienten dieser Beweis kann ihm beim Nachweis der Schadensursächlichkeit des Behandlungsfehlers eine Beweislastumkehr nur zu Gute kommen, wenn entweder der Diagnosefehler als grob zu werten ist (sog. fundamentaler Diagnosefehler - vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 1996 - VI ZR 402/94 - BGHZ 132, 47 zum Nichterkennen eines Herzinfarktes trotz gewichtiger Anzeichen im durchgeführten Elektrokardiogramm und weiterer deutlicher Indizien) oder wenn ein grober Fehler im Unterlassen einer zweifelsfrei notwendigen Befunderhebung liegt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1998 - VI ZR 242/96 - BGHZ 138, 1; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282). Darüber hinaus kommt eine Umkehr der Beweislast in Betracht, wenn zwar in der unterlassenen Befunderhebung lediglich ein „einfacher“ Behandlungsfehler liegt, sich aber bei der (unterstellt) erfolgten Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verknennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen müsste (BGH, Urteil vom 23. März 2004 - VI ZR 428/02 - NJW 2004, 1871; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - NJW 1999, 3408; BGH, Urteil vom 13. Februar 1996 - VI ZR 402/94 - BGHZ 132, 47). In solchen Sachlagen kann der Behandlungsfehler also als insgesamt betrachtet grob erachtet werden, selbst wenn der den Kausalverlauf in Gang setzende Behandlungsfehler, nämlich die unterlassene Erhebung von Befunden, für sich betrachtet lediglich „einfach“ fehlerhaft war. Letztlich leiten sich auch diese Rechtsprechungsgrundsätze aus der Erwägung ab, dass es bei solchen Sachlagen im Regelfall der Billigkeit entspricht, die durch die ärztlichen Fehlleistungen in das

Geschehen hineingetragene Aufklärungserschwerenis nicht dem Geschädigten anzulasten (vgl. dazu die Ausführungen in dem unter Ziffer II. 2. besprochenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747).

5. Von dieser Rechtsprechung ausgehend hat das Oberlandesgericht in der hier besprochenen Entscheidung angenommen, mit einer Synovialitis sei zunächst eine vertretbare Verdachtsdiagnose gestellt worden. Der Sonographiebefund der Hüftgelenke, bei dem ein Erguss am rechten Hüftgelenk gefunden worden sei, habe nach den (hier nur stark verkürzt wiedergegebenen) Ausführungen des Sachverständigen an das Vorliegen einer Coxitis fugax (nichtinfektiöse Entzündung) oder an ein arthritisches Geschehen denken lassen. Dieser Befund habe Anlass gegeben, zur weiteren Ab-

klärung eine (auch durchgeführte) Magnetresonanztomografie (MRT) einzuholen. Deren Ergebnis habe aber nicht geboten, zusätzlich eine Röntgenuntersuchung nach Lauenstein vorzunehmen (Hinweis des Autors: deren Unterlassen ansonsten eine Verletzung der Pflicht zur Befunderhebung dargestellt hätte). Es sei zwar für den weiteren Behandlungsverlauf erforderlich gewesen, die bei der MRT festgestellte minimale Verschiebung des Femurkopfes (Oberschenkelkopfes) im Befundbericht festzuhalten. Dies wäre für den weiteren Behandlungsverlauf aber nur für den Fall relevant geworden, dass sich die ursprünglichen Verdachtsdiagnosen nicht bestätigen sollten. Im Sinne eines Merkpostens (im Originaltext: „awareness“) sei durch diese Befundbeschreibung zudem sichergestellt worden, dass für diesen Fall im weiteren Behandlungsverlauf an eine ECF gedacht werde.