

Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht

von

Prof. Dr. Michael Terbille, Dr. Tilman Clausen, Jörn Schroeder-Printzen, Prof. Dr. Jens Adolphsen, Ralph Jürgen Bährle, Oliver Bechtler, Dr. Ulrike Beitz, Maximilian Guido Broglie, Andreas Frohn, Dr. Karin Hahne, Dr. Bernd Halbe, Dirk R. Hartmann, Rainer Hellweg, Dr. Anke Hübner, Prof. Dr. J. Wilfried Kügel, Dr. Thomas Mestwerdt, Dr. Felix Meyer, Anja Möwisch, Günter Müller, Dr. Arnd Pannenbecker, Sven Rothfuß, Dr. Stefan Schmidt, Arno Schubach, Dr. Karlheinz Simon, Prof. Dr. Ulrich Sommer, Ann-Kathrin Terbille, Dr. Heike Thomae, Dr. Michael Tsambikakis, Eva Wehmeyer, Ulrike Wollersheim

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

[Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht – Terbille / Clausen / Schroeder-Printzen / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arztrecht, Haftpflichtrecht, Produkthaftung](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64331 6

Vertrauensverhältnisses zwischen beiden Parteien.¹²¹⁸ Verstößt ein Patient gegen diese ihm obliegende Mitwirkungspflicht, wird ihm dies ggf. zu seinen Lasten als Mitverschulden gem. § 254 BGB zugerechnet werden.¹²¹⁹ Einen Schadensersatzanspruch löst die Verletzung dieser Obliegenheit nicht aus.¹²²⁰ Grundsätzlich wird man eine hinreichende Bereitschaft des Patienten, die Behandlung zu unterstützen, unterstellen müssen, so dass die Behandlerseite für eine mangelnde Compliance nicht nur darlegungs- sondern auch beweispflichtig ist. In der Regel hat der Patient sowohl den Behandlungsfehler als auch den Ursachenzusammenhang zwischen diesem Behandlungsfehler und dem aufgetretenen Schaden zu beweisen. Steht der Behandlungsfehler fest, muss der Arzt beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das ergibt sich aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Eine von der Behandlungsseite behauptete Weigerung eines Patienten, dringend indizierte Diagnosemaßnahmen durchführen zu lassen, ist in den Behandlungsunterlagen zu vermerken.¹²²¹ Ist ein solcher Vermerk nicht vorgenommen worden, so rechtfertigt das grundsätzlich bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung, dass eine solche Weigerung des Patienten nicht erfolgt ist.¹²²²

Der Off-Label-Use eines Medikamentes stellt nicht automatisch einen Behandlungsfehler dar.

Beispiel:¹²²³

Wenn ein Patient wegen einer Thrombosegefährdung das Blutverdünnungsmittel Marcumar erhalten hat, dieses aber dann wegen einer Einblutung in den linken Unterlappen der Lunge abgesetzt wird, um diese zu beenden, für den erweist sich ein niedermolekulares Heparin therapeutisch ggf. als ausreichend, auch wenn diese Substanz nicht zugelassen ist.

d) Leitlinien. Für den Sachverständigen ist es sehr schwierig, den Standard festzulegen, wenn in einem Prozess ein um Jahre zurückliegender Zeitpunkt maßgebend ist.

Leitlinien¹²²⁴ sind systematisch entwickelte, wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei typischen gesundheitlichen Problemen.¹²²⁵ Zu recht heißt es in einem Urteil des OLG Hamm:¹²²⁶

„Vielmehr beurteilt sich die zu beachtende Sorgfalt nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung. Die Richtlinien – und für die Leitlinien gilt nichts anderes – können diesen Erkenntnisstand nur deklaratorisch wiedergeben, nicht aber konstitutiv begründen. Der Arzt muss, um den erforderlichen Erkenntnisstand zu erlangen, die einschlägigen Fachzeitschriften des entsprechenden Fachgebietes, in dem er tätig wird, regelmäßig lesen, BGH NJW 1991, 1535.“

Ob der Gesetzgeber, der sich in der Begründung zu § 630a BGB auf diese Entscheidung beruft, nun eine wesentlich stärkere Verbindlichkeit der Leitlinien annimmt, ist fraglich. In der Begründung heißt es:

„Für Ärzte ist im Regelfall auf den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung abzustellen, der zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat. Maßgeblich sind insoweit regelmäßig Leitlinien, die von wissenschaftlichen Fachgesellschaften vorgegeben werden. Dies entspricht der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH VersR 2010, 214 f.; vgl. OLG Hamm NJW 2000, 1801 ff.,“).

¹²¹⁸ BT-Drs 17/10488 S. 21.

¹²¹⁹ BT-Drs 17/10488 S. 21. So auch schon *Gerecke* in: MedR 2010, 689. Dort heißt es: „Deshalb muss die Frage der fehlenden Mitwirkung des Patienten am Heilungsverlauf grundsätzlich unabhängig von Kausalitäts- und Beweislastfragen im Rahmen einer möglichen Anspruchsminderung unter § 254 BGB behandelt werden.“

¹²²⁰ *Spickhoff* VersR 2013, 270.

¹²²¹ OLG Bamberg VersR 2005, 1292.

¹²²² BGH NJW 1995, 1611; OLG Düsseldorf VersR 2003, 1310; BGH VersR 2005, 1292 f.

¹²²³ LG Nürnberg-Fürth ZMGR 2006, 142 f.

¹²²⁴ Vgl. zu Leitlinien eingehend *Hart* MedR 1998, 8 ff.; *Hart*, in: Hart, Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, 2005, S. 29 ff.

¹²²⁵ So zu Recht *Dressler*, FS Karlmann Geiß, S. 379.

¹²²⁶ NJW 2000, 1801 f.

- 483 Weder der BGH Entscheidung noch dem Urteil des OLG Hamm lässt sich diese stärkere Verbindlichkeit von Leitlinien entnehmen. Es wird sich zeigen, ob die Gesetzesbegründung dazu führen wird, dass Gerichte die Verbindlichkeit von Leitlinien zukünftig anders als bisher beurteilen.
- 484 Demgegenüber bezieht sich der Begriff der „Richtlinie“ auf Regelungen des Handelns oder Unterlassens, die von einer rechtlich legitimierten Institution konsentiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht wurden, sofern sie für den Rechtsraum dieser Institution als verbindlich gelten und ihre Nichtbeachtung Sanktionen nach sich zieht.¹²²⁷

Beispiel:

Die vom Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen erstellten Mutterschaftsrichtlinien gelten als ärztlicher Standard unabhängig davon ob die Patientin gesetzlich, privat oder überhaupt nicht versichert ist. Sie dürfen nicht unterschritten werden und müssen nicht überschritten werden.¹²²⁸ Es besteht daher auch keine Verpflichtung des Arztes zur vorsorglichen Untersuchung der Schwangeren im Hinblick auf den Toxoplasma-Immunstatus oder zu einem Hinweis auf die Möglichkeit entsprechender Tests auf eigene Kosten der Schwangeren.¹²²⁹

- 485 **Ärztliche Leitlinien** sind inzwischen in erheblicher Zahl vorhanden, über das Internet abrufbar und von den wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften¹²³⁰ veröffentlicht worden.¹²³¹ Auch wenn die bei der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bestehende ärztliche Zentralstelle für Qualitätssicherung Beurteilungskriterien für solche Leitlinien erarbeitet hat, bleibt **fraglich, inwieweit die jeweiligen Leitlinien tatsächlich den für den jeweiligen Zeitpunkt zu hinterfragenden Standard repräsentieren**. Es wird nicht vorausgesetzt werden können, dass die jeweiligen medizinischen Fachgesellschaften immer die juristischen Parameter für die korrekte Beurteilung des juristischen Begriffes „Standard“ vollständig berücksichtigen. Solche Leitlinien geben den maßgeblichen Standard nur einwandfrei wieder, wenn und soweit sie auf der Höhe der Zeit sind und die ärztliche Weiterentwicklung in Wissenschaft und Praxis ausreichend berücksichtigen.¹²³² Da nicht gewährleistet ist, dass diese Grundsätze jeweils bei der Festlegung der Leitlinien gewahrt werden, können **Leitlinien nur von indiziellem Wert** sein. In diesem Zusammenhang ist die folgende Feststellung des OLG Koblenz¹²³³ bedeutsam: „Die Überschreitung des in den Leitlinien der geburtshilflichen Fachgesellschaften als Grenzwert vorgegebenen Zeitraums von 20 Minuten zwischen der notwendigen Entschließung zur Sectio und der Entbindung (hier: um 8 Minuten) erlaubt nicht den Schluss darauf, dass es zu einer nach den Umständen nicht mehr vertretbaren Verzögerung und damit zu einer Pflichtverletzung gekommen ist, da dieses Intervall bei einer sehr erheblichen Zahl von Kaiserschnitten nicht erreicht wird und deshalb nicht als unumstößlicher, allseits anwendbarer Standard gelten kann.“¹²³⁴ Dies wurde vom BGH¹²³⁵ nicht beanstandet.
- 486 In Deutschland gibt es eine **Vielfalt von Leitlinien**. Die Gründe dafür sind die **Produzentenvielfalt, unterschiedliche Zielgruppen** von Anwendern und Patienten, die **unterschiedlichen Funktionen** der Leitlinien, **unterschiedliche Wertvorstellungen und unterschiedliche Qualitäten**. Führende Leitlinienproduzenten in Deutschland sind die AWMF, die Arzneimittelkommission der Deutschen Ärzteschaft, der Gemeinsame Bundesausschuss, das Nationale Programm für Versorgungsleitlinien der BÄK, das Deutsche Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege und weitere Institutionen wie Berufsverbände, Universitäten und Tumorzentren. Es wird deshalb immer wieder Leitlinien geben, die vergleichbare Themen behandeln, aber für die Zielgruppen unterschiedliche Empfehlungen aussprechen. Deshalb sind die

¹²²⁷ Vgl. Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung DÄBl. 1997, A-2145 ff.

¹²²⁸ KG NJW 2004, 691.

¹²²⁹ OLG Köln, Hinweisbeschluss v. 11.7.2011 – 5 U 184/10 – MedR 2012, 379.

¹²³⁰ Die Leitlinien der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) sind über das Internet abrufbar unter <http://www.Leitlinien.de/infomass.atm> sowie unter www.awmf-leitlinien.de.

¹²³¹ Vgl. *Francke/Hart* S. 24 Fn. 22.

¹²³² So zu Recht *Dressler*, FS Karlmann Geiß, S. 379, 381 f.

¹²³³ VersR 2010, 356.

¹²³⁴ *Baur* GesR 2011, 577.

¹²³⁵ Beschl. vom 30.11.2010 – VI ZR 73/09 – (Beschl. Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde).

Leitlinien nicht geeignet, ein auf den individuellen Behandlungsfall gerichtetes Sachverständigengutachten zu ersetzen.¹²³⁶

Leitlinien sind nur rechtsverbindlich, wenn eine Rechtsnorm auf sie verweist. Eine solche Konstellation gibt es jedoch faktisch nicht. Mittelbar verbindlich ist eine Leitlinie auch dann, wenn eine Norm die Einhaltung eines bestimmten fachlichen Standards als maßgeblich erachtet und die Leitlinie diesen Zustand repräsentiert. Eine solche vor einer gesteigerten faktischen Verbindlichkeit gewachsene normkonkretisierende Verweisung gibt es z. B. im Bereich des Transplantations- und des Transfusionsgesetzes mit der Folge, dass in diesem Bereich aus der Leitlinie eine Vermutungswirkung resultiert.

Eine Leitlinie, die dem Standard entspricht, ist medizinisch im Sinne eines Handlungskorridors verbindlich. Sie determiniert die Einzelfallbehandlung aber nicht vollständig,¹²³⁷ sondern muss nur Ausgangspunkt der Behandlungsentscheidung des Arztes für den individuellen Patienten sein. Die Leitlinie bedarf aber der ärztlichen Umsetzung im Einzelfall mit der Folge, dass eine Abweichung gerechtfertigt oder sogar geboten sein kann.

Die Befolgung einer dem Standard entsprechenden einschlägigen ärztlichen Leitlinie indiziert folglich ein pflichtgemäßes Verhalten des Arztes. Andererseits ist ein Verstoß gegen diese Leitlinien ebenso geeignet, eine Verletzung ärztlicher Pflichten zu indizieren. Im ersteren Fall ist es Sache des Patienten und im zweiten Angelegenheit des Arztes, im Einzelnen darzulegen und ggf. zu beweisen, welche Besonderheiten es geboten, im konkreten Fall anders vorzugehen, als es die Leitlinien vorsahen.¹²³⁸ Die Abweichung von einer Leitlinie allein ist laut BGH allerdings kein Indiz für einen (groben) Behandlungsfehler.¹²³⁹ Es kommt immer auf die Plausibilität der Abweichungsgründe an. Der BGH¹²⁴⁰ hat in einem Fall, in dem der Kläger gestützt auf die Stellungnahme eines Privatgutachters Ausführungen zur Notwendigkeit der Durchführung einer perioperativen Antibiotikaprophylaxe (nach seiner Behauptung in den Leitlinien vorgeschrieben) gemacht hatte, aber die gerichtliche Anhörung des Sachverständigen gleichwohl unterblieben war, entschieden, dass der gerichtliche Sachverständige hierzu hätte angehört werden müssen. Unterlässt es das Gericht, den Sachverständigen dazu anzuhören, ob solche Leitlinien zum Zeitpunkt der Behandlung des Klägers vorlagen und entsprechend dem Vortrag des Klägers dem ärztlichen Standard zu diesem Zeitpunkt entsprachen, verkennt das Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör. Leitlinien sind regelmäßig nicht auf die Behandlung multimorbider Patienten ausgerichtet; sie regeln vielmehr nur normale Fälle.

Praxistipp: Leitlinien:

1. Gibt es Leitlinien, von denen der Arzt abgewichen ist, ergibt sich daraus noch kein Behandlungsfehler. Es bedarf einer besonderen Begründung des Arztes, aus welchem Grund er von der Leitlinie abgewichen ist.
2. Existieren keine Leitlinien, schließt das einen (groben) Behandlungsfehler nicht aus.¹²⁴¹
3. Behauptet der Kläger die Existenz von Leitlinien, muss ein Sachverständiger entsprechend befragt werden.

Der im Arzthaftungsprozess mit der Prüfung eines Behandlungsfehlers befasste Sachverständige hat also zu prüfen, ob

- es für die zu überprüfende ärztliche Behandlung einschlägige Leitlinien gab,
- diese zur Zeit der durchgeführten oder pflichtwidrig unterlassenen Behandlung den Standard zutreffend repräsentierten,
- der Arzt diesen Leitlinien entsprochen oder von ihnen abgewichen ist,

¹²³⁶ OLG Naumburg MedR 2002, 471; OLG Naumburg 25.3.2002, BeckRS 2002, 30249396.

¹²³⁷ In diesem Sinne nun auch OLG Hamm NJW 2000, 1801.

¹²³⁸ So zu Recht Dressler, FS Karlmann Geiß, S. 379, 382 sowie Hart MedR 1998, 8 ff.

¹²³⁹ BGH BeckRS 2008, 00865.

¹²⁴⁰ VersR 2011, 1202.

¹²⁴¹ BGH NJW 2011, 3442 = VersR 2011, 1569.

- eine sachliche Rechtfertigung für das Abweichen von der oder den Leitlinien gegeben ist.
Wenn keine diesbezügliche Leitlinie vorhanden ist: Entsprech das ärztliche Handeln dem medizinischen Standard und ist
- der beklagte Schaden auf das Abweichen vom Standard zurückzuführen.

Praxistipp: Behandlungsfehler

Es muss der Standard guter ärztlicher Behandlung unterschritten werden. Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat. Übliches ärztliches Handeln kann nur ein Indiz für den Standard guter ärztlicher Behandlung sein, mehr nicht.

Für § 276 BGB gilt ein objektiv-typisierender und regelmäßig nicht an subjektiv-individuellen Merkmalen ausgerichteter Maßstab. Vertragliche und deliktische Sorgfaltsanforderungen sind dabei grundsätzlich gleich. Es gilt deshalb das Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit. Also ist zu fragen, was nach dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Rede stehenden engen Verkehrskreises vom behandelnden Arzt in seiner konkreten Situation zu fordern war. Der zu fordernde Standard ist deshalb davon abhängig, welcher Kategorie der handelnde Mediziner zuzurechnen ist. Der von einem Allgemeinarzt zu fordernde Standard ist geringer als derjenige eines Facharztes. Im Krankenhaus wird der medizinische Standard eines erfahrenen Arztes auf dem Fachgebiet geschuldet, auf dem sich der jeweilige Arzt betätigt. Für ein Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung kann nicht der gleiche Standard wie für ein Krankenhaus der Zentral- oder der Maximalversorgung gefordert werden.

Ein schuldhafter Behandlungsfehler ist zu bejahen, wenn der Arzt bei Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen das vom Patienten beklagte Resultat aus seinen diagnostischen oder therapeutischen Maßnahmen oder einem pflichtwidrigen Unterlassen sicher hätte vermeiden können.

- 490 e) **Behandlungsfehler im Diagnosebereich.** Zu Recht erweist sich die Rechtsprechung im Bereich der Diagnosestellung mit der Annahme von Behandlungsfehlern als zurückhaltend;¹²⁴² denn nicht bei jeder Erstuntersuchung muss – oder sogar darf – der Arzt die gesamte Palette diagnostischer Möglichkeiten voll ausschöpfen. Die Rechtsprechung argumentiert damit, dass die Symptome einer Erkrankung nicht immer eindeutig sind und durchaus nicht selten auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden können.¹²⁴³
- 491 Der Arzt schuldet dem Patienten keinesfalls in jedem Fall eine objektive richtige Diagnose, sondern nur Untersuchungen und Erkenntnisse, die ärztlichem Standard entsprechen.¹²⁴⁴ Überdiagnostik darf der Arzt nicht betreiben.¹²⁴⁵

Beispiele:

1. Es ist nicht fehlerhaft, wenn der Arzt bei einer richtig diagnostizierten Außenbandverletzung am Sprunggelenk keine Veranlassung sieht, auch noch eine Arthrographie durchzuführen.¹²⁴⁶
2. Ein sogenanntes chronisches Erschöpfungssyndrom (CFS) rechtfertigt keine umfassende Diagnostik, wenn diese dem Krankheitsbild nicht angemessen ist.¹²⁴⁷
3. Die Nichtdurchführung einer sonographischen Gewichtsschätzung des Feten bei der Aufnahme in die Geburtsklinik stellt jedenfalls dann keinen Befunderhebungsfehler dar, wenn eine nur wenige Wochen alte Schätzung durch den Gynäkologen vorliegt, der vorher behandelt hat.¹²⁴⁸

¹²⁴² BGH VersR 2011, 400; OLG Koblenz MedR 2010, 196; *Geiß/Greiner* Rn. B 55; *Martis/Winkhart* Rn. B 471 ff., B 1 ff.; *Steffen/Pauge* Rn. 183.

¹²⁴³ *Steffen/Pauge* Rn. 183 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

¹²⁴⁴ OLG Koblenz AHRS 1815/4; a. A. BGH AHRS 1815/2. Zu vertretbaren Schlussfolgerungen daraus siehe BGH AHRS 1815/5.

¹²⁴⁵ Die Durchführung einer Überdiagnostik kann einen Behandlungsfehlervorwurf rechtfertigen, *Laufs/Uhlenbruck/Uhlenbruck/Laufs* § 48 Rn. 8; *Steffen/Pauge* Rn. 186.

¹²⁴⁶ OLG Oldenburg VersR 1994, 1196 f.

¹²⁴⁷ OLG Hamm VersR 1997, 1342 f.

¹²⁴⁸ OLG München GesR 2007, 108.

Die Intensität der durchzuführenden Diagnoseuntersuchungen richtet sich einerseits nach der Schwere der Krankheit und den mit ihr ggf. verbundenen weiteren Folgen. Andererseits richtet sich das notwendige Maß von Diagnoseuntersuchungen auch nach der Häufigkeit, mit der bestimmte Krankheiten auftreten. Der Arzt darf Wahrscheinliches für wahrscheinlich und Unwahrscheinliches für unwahrscheinlich halten. Nachdem der Arzt eine erste Arbeits- bzw. Verdachtsdiagnose anhand der Symptome und der vorgenannten Kriterien gebildet hat, darf er auf deren Richtigkeit vertrauen und abwarten, ob seine Therapie hilft. 492

Beispiel:¹²⁴⁹

Bei der akuten **Appendizitis** (Blinddarmentzündung) besteht die Schwierigkeit der Diagnostik darin, dass die Beschwerden und die Untersuchungsbefunde sehr unterschiedlich sein können. Der Untersucher muss sich deshalb unter Wertung des Beschwerdebeginns, der Beschwerdeentwicklung, der körperlichen und laborchemischen Untersuchungsbefunde sowie der Ultraschalluntersuchung einen Eindruck verschaffen, ob eine Appendizitis eher als wahrscheinlich oder eher als unwahrscheinlich zu werten ist. Für den Fall einer eher wahrscheinlichen Appendizitis ist eine Operation indiziert, dagegen bei einer eher unwahrscheinlichen Appendizitis eine konservative Therapie der vermuteten alternativen Beschwerdeursache und die weitere Kontrolle der Befunde. Die meisten Patienten beklagen Appetitlosigkeit, Übelkeit und Erbrechen sowie eine mäßiggradige Temperaturerhöhung. Zu den typischen Schmerzen gehören der Druckschmerz auf der Mitte der Verbindungslinie zwischen Nabel und Spina iliaca anterior superior sowie bei Druck und plötzlichem Loslassen im linken unteren Quadranten entstehende Schmerzen im Bereich der Appendix, ein Druckschmerz in der Verbindung beider Spinae sowie Schmerzen im Bereich des Colon ascendens und des Caecum bei retrogradem Ausstreichen des linksseitigen Dickdarms, bei Frauen eine rechtsseitige Schmerzangabe bei rektaler oder vaginaler Untersuchung und ein Dehnungsschmerz beim Strecken des Beines oberhalb des Leistenbandes bei retrocaecaler Lage der Appendix und schmerzhafter Reizung der Psoasfaszie. Weil jedoch die Schmerzangaben von der Lage der Appendix abhängig sind, müssen sich nicht alle Druckpunkte als positiv erweisen. Die Appendizitis kann durch abnorme Lagevarianten, bei Kleinkindern, bei älteren Patienten, während einer Schwangerschaft und unter Immunsuppression einen atypischen Verlauf nehmen. Die Labordiagnostik ergibt nicht selten eine Erhöhung der Leukozyten über 10.000/ul. Außerdem sind die CRP-Werte 12 Stunden nach Beginn der Erkrankung in der Regel erhöht. Nach einer Perforation der Appendix verbessert sich die Schmerzsymptomatik häufig kurzzeitig.¹²⁵⁰ Bei atypischer Konstellation kann sich ein nicht rechtzeitiges Erkennen einer akuten Appendizitis mit Perforation und Unterbauchperitonitis als nicht behandlungsfehlerhaft erweisen.¹²⁵¹ Da aber die Morbilität nach einer Perforation zwischen 15 und 60% liegt,¹²⁵² muss bei einer Verbesserung der Symptomatik auch diese Perforation der Appendix mit der Folge einer Peritonitis bzw. eines Abszesses als Ursache in Erwägung gezogen werden. Bleibt die **Differenzialdiagnose unklar, wird für den Bereich der Kinderheilkunde**, in dem diese Erkrankung häufig auftritt, eine **stationäre Aufnahme** mit klinisch permanenten Kontrollen in Intervallen von zwei bis vier Stunden empfohlen.¹²⁵³

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass **keinesfalls jeder Diagnoseirrtum haftungsrechtliche Folgen hat**.¹²⁵⁴ Der BGH hat dazu zutreffend ausgeführt: 493

„Irrtümer bei der Diagnosestellung, die in der Praxis nicht selten vorkommen, sind jedoch oft nicht die Folge eines vorwerfbar Versehens des Arztes. Die Symptome einer Erkrankung sind nämlich nicht immer eindeutig, sondern können auf verschiedene Ursachen hinweisen. Das gilt auch unter Berücksichtigung der vielfältigen technischen Hilfsmittel, die zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen sind (vgl. Senat vom 14.7.1981 VersR 1981, 1033, 1034). Auch kann jeder Patient wegen der Unterschiedlichkeit des menschlichen Organismus die Anzeichen ein- und derselben Krankheit in anderer Ausprägung aufweisen. Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, können deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden ...“¹²⁵⁵

¹²⁴⁹ Henne-Bruns/Dürrig/Kremer Chirurgie 2001, 382.

¹²⁵⁰ Schumpelick/Bleese/Mommsen, Kurzlehrbuch Chirurgie, 4. Aufl. 1999, S. 826.

¹²⁵¹ LG Münster Urt. v. 30.5.2007 – 16 O 429/05 – n. v.

¹²⁵² Henne-Bruns/Dürrig/Kremer Chirurgie 2001, 385.

¹²⁵³ Lenze/Schaub/Schulte/Spranger Pädiatrie 2001, 858.

¹²⁵⁴ OLG Frankfurt VersR 1997, 1357.

¹²⁵⁵ BGH VersR 2003, 1256 f.

Beispiel:¹²⁵⁶

Bei einem Patienten, der nach einem Sturz in der Unfallchirurgie eines Krankenhauses stationär versorgt wird, wird fälschlicherweise nur eine Prellung diagnostiziert und der Bruch eines Brustwirbelkörpers verkannt.

- 494 Hat der Arzt eine vertretbare Arbeitsdiagnose getroffen, muss er erst, wenn sich später eine Symptomatik zeigt, die mit der Arbeitsdiagnose nicht übereinstimmt, weitere diagnostische Maßnahmen treffen.¹²⁵⁷

Beispiele:

1. Wenn der Arzt an der Arbeitsdiagnose „Mandelentzündung“ trotz erheblicher Anzeichen für eine Hirnhautentzündung fest hält, handelt er fehlerhaft.¹²⁵⁸
2. Gleiches gilt, wenn der Arzt trotz zunehmender Anzeichen für eine bakterielle Erkrankung die Diagnose einer fieberhaften Virusinfektion aufrecht hält.¹²⁵⁹

- 495 Der Patient hat einen **Anspruch** darauf, dass der Arzt ein **mehrdeutiges Krankheitsbild** durch die ihm zur Verfügung stehenden Mittel moderner Untersuchungstechnik **aufklärt** und dabei auch entfernt liegende Krankheitsursachen in Erwägung zieht und die zu deren Erkenntnis nötigen Untersuchungsmethoden anwendet,¹²⁶⁰ **wenn die Medikation** für die zunächst als wahrscheinlicher angenommene Krankheit **nicht anschlägt**.

Beispiele:¹²⁶¹

Bei anhaltenden starken Rückenschmerzen, die auf verschiedene Krankheiten hindeuten, sind differenzialdiagnostische Untersuchungsmaßnahmen geboten, wenn die begründete Therapie keine Wirkungen zeigt.

- 496 Auf der anderen Seite ist der Arzt nicht verpflichtet, Untersuchungen durchzuführen, die nicht zur Abklärung des Beschwerdes des Patienten dienen, mögen diese auch schnell und leicht durchzuführen sein.

Beispiel:¹²⁶²

Wird als Ursache der von dem Patienten genannten Beschwerden ein Bandscheibenvorfall und Läsion eines Nervs im Unterarm festgestellt, kann eine Blutdruckmessung zur Diagnose nichts beitragen. Eine Verpflichtung für den Arzt, ungeachtet der von dem Patienten genannten Beschwerden und der Konstitution des Patienten stets vorsorglich den Blutdruck zu messen, besteht nicht.

- 497 Gleiches gilt, wenn die Therapie eine sichere Feststellung fordert. Dann muss durch weitere diagnostische Untersuchungsmaßnahmen Aufschluss über die konkrete Erkrankung erlangt werden.¹²⁶³

- 498 Der **Diagnoseirrtum** ist deshalb vom Diagnosefehler **abzugrenzen**,¹²⁶⁴ um den Schwierigkeiten ärztlicher Diagnosestellung Rechnung zu tragen, die daraus resultieren, dass Krankheitssymptome nicht immer eindeutig sind und eine Überdiagnostik nicht verlangt werden kann. Ein **Behandlungsfehler** kann deshalb **in diesem Bereich** erst angenommen werden, wenn die gewählte Diagnose aus der Perspektive eines gewissenhaften Arztes der jeweiligen Fachrichtung als **Pflichtverletzung** im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB zu werten ist und nicht mehr vertretbar erscheint.¹²⁶⁵

Beispiel:¹²⁶⁶ Grob fehlerhafte Verknennung eines Leistenbruchs.

¹²⁵⁶ BGH VersR 2003, 1256 f.

¹²⁵⁷ So auch *Bischoff*, FS Karlmann Geiß, S. 345, 349.

¹²⁵⁸ OLG Stuttgart VersR 1994, 314 f.

¹²⁵⁹ OLG Hamm AHRS 65, 60/18.

¹²⁶⁰ OLG Frankfurt AHRS 1815/1.

¹²⁶¹ OLG Düsseldorf VersR 2005, 117.

¹²⁶² OLG München VersR 2007, 652 f. – nicht rechtskräftig.

¹²⁶³ OLG Düsseldorf VersR 2005, 117.

¹²⁶⁴ Vgl. *Spickhoff* NJW 2004, 1710, 1715 sowie *Müller* GesR 2004, 257 ff.

¹²⁶⁵ BGH NJW 1981, 2360; BGH NJW 2003, 2827 f.; *Scheuch* ZMGR 2005, 296 f.

¹²⁶⁶ OLG Frankfurt VersR 2000, 853.

Die Sphäre des Behandlungsfehlers beginnt also in diesem diagnostischen Bereich erst dort, wo der Arzt eine Bewertung der Befunde vornimmt, die für den jeweiligen Arzt und sein Fachgebiet nicht mehr vertretbar ist. 499

Kann der Patient den Nachweis der Kausalität dieses Behandlungsfehlers nicht erbringen, haftet die Behandlungsseite nur, wenn dem Patienten die Beweiserleichterungen wegen des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers oder wegen der Verletzung von Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungspflichten zustehen.¹²⁶⁷ Aus diesem Grund ist die Unterscheidung zwischen Diagnosefehler und Befunderhebungsfehler von grundlegender Bedeutung.

Die **Abgrenzung zwischen unzutreffender Diagnose und unterlassener Befunderhebung** 500 bereitet trotz der Grundsatzentscheidung des BGH vom 21.12.2010¹²⁶⁸ häufig gleichwohl noch Schwierigkeiten.

In diesem Fall ging es um eine vor einer Meniskusoperation ohne medizinische Indikation angefertigte Röntgenaufnahme der Lunge. Der Anästhesist hatte ein Karzinom, welches sich als Zufallsbefund darstellte, übersehen und keine weitergehende diagnostische Abklärung angeordnet. Es konnte nicht positiv festgestellt werden, dass dieser Fehler für den späteren Tod der Patientin kausal war. Vor diesem Hintergrund kam es entscheidend auf die Frage an, ob es sich dabei um einen Diagnosefehler oder vielmehr um einen Befunderhebungsfehler (mit Möglichkeit der Beweislastumkehr) handelte. Der BGH hat in diesem Grundsatzurteil klargestellt, dass vorliegend lediglich ein Diagnosefehler vorlag. Ein Befunderhebungsfehler ist gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnosefehler vor, wenn der Mediziner erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereiches gebotenen Maßnahmen ergreift.¹²⁶⁹ **Ein Diagnosefehler wird allerdings nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung weitere Befunde zu erheben gewesen wären.**¹²⁷⁰

Dass gleichwohl Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Abgrenzungskriterien bestehen, verdeutlicht der folgende Fall, der dem OLG Hamm¹²⁷¹ vorgelegen hat. 501

Beispiel:¹²⁷²

In einem fast drei Jahre dauernden Geschehen hatte der behandelnde Arzt hinsichtlich eines Lungenrundherdes, an dem die Ehefrau des Klägers später verstorben war, zunächst zwei Röntgenaufnahmen und anschließend, am 8.12.2004, eine CT-Aufnahme der Lunge der Patientin zu beurteilen. Der Mediziner hatte bei einem Vergleich der beiden Röntgenaufnahmen vom 14.1.2002 und 22.11.2004 eine diskrete Größenzunahme des Rundherdes nicht erkannt. Das Landgericht warf dem Arzt vor, den Größenzuwachs nicht erkannt und deshalb weitere Befunderhebung unterlassen zu haben. Das Landgericht bejahte einen Befunderhebungsfehler auch unter dem Gesichtspunkt, dass der behandelnde Arzt weitere Befunderhebung unterließ, obwohl er unstreitig auf der CT-Aufnahme spicularartige Ausläufer am Rundherd im rechten Unterlappen der Lunge erkannt hatte, die eine histologische Abklärung erforderten hätten. Nach Bewertung des Gerichtssachverständigen hätte eine solche Abklärung mit hoher Wahrscheinlichkeit den Nachweis der Tumorerkrankung erbracht und eine Heilung der Patientin nicht unwahrscheinlich gemacht. Die letztere Bewertung teilt das OLG. Das gilt allerdings nicht für die vom Arzt nicht erkannte Größenzunahme des Rundherdes, in der das Landgericht ebenfalls einen Befunderhebungsfehler gesehen hatte. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht dem Mediziner angelastet, den Größenzuwachs nicht erkannt und deshalb weitere Befunderhebung unterlassen zu haben. Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH stuft das OLG die Röntgenaufnahme selbst als erhobenen Befund ein, mit der Folge, dass Fehler bei der Auswertung dieser erhobenen Befunde sich nicht als Be-

¹²⁶⁷ OLG Koblenz VersR 2006, 1547 ff.; vgl. dazu auch die Ausführungen unter → Rn. 639 ff.

¹²⁶⁸ VersR 2011, 400 = MedR 2011, 645 = NJW 2011, 1672.

¹²⁶⁹ BGH zuletzt BGHZ 188, 29 = MedR 2011, 645 = NJW 2011, 1672.

¹²⁷⁰ BGHZ 188, 29 = BGH VersR 2011, 400 = NJW 2011, 1672; BGH VersR 2007, 541; OLG Köln MJW 2006, 69; OLG Koblenz VersR 2007, 1565.

¹²⁷¹ MedR 2012, 599.

¹²⁷² MedR 2012, 599 mit Anm. Voigt, der Kritik an der höchstrichterlichen Rechtsprechung übt, in dem er vorträgt, der Diagnosefehler werde – solange es sich um keinen fundamentalen Irrtum handelt – bei der Auswertung von bildgebenden Verfahren gegenüber dem Befunderhebungsfehler privilegiert. Seiner Auffassung nach fallen falsch bewertete Röntgenaufnahmen und sonstige bildgebende Verfahren nicht in den Bereich des Diagnosefehlers, sondern stellen vielmehr Befunderhebungsfehler dar.

funderhebungsfehler, sondern vielmehr als Diagnosefehler darstellen. Das hatte das Landgericht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt.

- 502 Maßgebend ist, ob die von dem Arzt gestellte Diagnose noch als vertretbar, also nicht als Behandlungsfehler zu werten ist. Ist die Diagnose vertretbar, kann ihm das Unterlassen weiterer objektiv gebotener Befunderhebungen nicht vorgeworfen werden, sofern nicht auch die getroffene Diagnose solche gebietet.

Beispiel:

Wenn die sensorische und motorische Prüfung der Hand nach einer Glassplitterverletzung keine Auffälligkeit ergibt, kann eine Nichterkennung der Durchtrennung des Nervus ulnaris nicht als Diagnosefehler gewertet werden.¹²⁷³

Wird die Diagnose allerdings unvertretbar, etwa wenn weitere Befunde eine andere Deutung nahelegen, ist die Diagnose nicht mehr nur objektiv falsch, sondern auch subjektiv vorwerfbar falsch.¹²⁷⁴

- 503 Muss festgestellt werden, dass der Arzt aufgrund unzureichender Untersuchungen vor- schnell zu einer Diagnose gelangt ist, ohne diese durch weitere Maßnahmen näher abgeklärt zu haben, stellt sich nicht die Frage, ob dem Arzt ein vorwerfbarer Diagnosefehler unterlaufen ist. In diesen Fällen geht es vielmehr darum, dass medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde nicht erhoben wurden. Diese Fragestellung betrifft eben den allgemeinen Behandlungs- und nicht den Diagnosebereich.¹²⁷⁵

Beispiele:

1. Ein Befunderhebungsfehler liegt vor, wenn die von einem Arzt gestellte Diagnose einer gestörten intrauterinen Schwangerschaft nicht durch weitere Untersuchungen (Beta-HCG-Wertes) überprüft worden ist.¹²⁷⁶
2. Wenn ein 44-jähriger Patient einen Urologen wegen zunehmender Beschwerden beim Wasserlassen (Miktionsstörung) aufsucht und dieser bei der rektalen Untersuchung einen steinharten, druck- schmerzhaften rechten Prostatalappen sowie einen PSA-Wert bei 45 ng/ml feststellt, darf der Arzt, auch wenn eine Röntgenaufnahme des Bauchraumes keinen Hinweis auf ein Harnsteinleiden ergibt, nicht ohne weiteres von einer granulomatösen Prostatitis ausgehen und diese antibiotisch behandeln. Vielmehr ist eine weitere diagnostische Abklärung dringend angezeigt;¹²⁷⁷ denn die Bestimmung des prostaticen spezifischen Antigens (PSA) mit Werten von 4–10 ng/ml gilt bereits als verdächtig und mit Werten von mehr als 10 ng/ml bereits als Hinweis auf ein Prostatakarzinom, das nur durch eine Gewebeentnahme aus der Prostata diagnostiziert und nur bei einer Früherkennung, wenn noch keine Lymphknoten- oder Fernmetastasen bestehen, durch eine Operation oder eine Strahlentherapie kurativ therapiert werden kann.
3. Gleiches gilt für einen 60-jährigen Patienten, für den ein Internist im Rahmen einer Früherkennungs- untersuchung einen PSA-Wert von 52,9 ng/ml ermitteln lässt, wobei aber dieser Befund aufgrund organisatorischer Mängel dem Arzt nicht zur Kenntnis gebracht, sondern nur zu den Krankenunterlagen genommen wird, wenn der Patient 8 Monate später wegen einer Miktionsstörung wieder vorstellig wird und der Internist eine gutartige Prostatahyperplasie diagnostiziert, und trotz erneuter PSA-Bestimmung mit einem ansteigenden Wert von 62,2 ng/ml nur einen Alpha-1-Rezeptorblocker verordnet, aber nichts weiteres veranlasst.¹²⁷⁸

- 504 **Fazit:** Wenn sich allein wegen der gebotenen Vermeidung von Überdiagnostik erst retrospektiv ein Diagnoseirrtum zeigt, besteht Veranlassung, mit der Annahme von Behandlungs- fehler zurückhaltend zu sein. Interpretiert hingegen der Arzt bestimmte Befunde oder Symptome unvertretbar, so ist das als Diagnosefehler oder – je nach der konkreten Fall- konstellation – sogar als grober Diagnosefehler zu qualifizieren. Ist nämlich die medizinisch falsche Interpretation von Symptomen und Befunden im Einzelfall medizinisch unverständ- lich und hätte sie dem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfen, dann ist der Diagnose- fehler sogar **fundamental**¹²⁷⁹ mit der Folge, dass hier ein zur Beweislastumkehr für den Pati-

¹²⁷³ OLG Koblenz MedR 2006, 289.

¹²⁷⁴ BGH NJW 2003, 2827 = MedR 2004, 107.

¹²⁷⁵ So zu Recht *Bischoff*, FS Karlmann Geiß, S. 345, 348.

¹²⁷⁶ OLG Brandenburg BeckRS 2009, 20364.

¹²⁷⁷ *Weltrich/Lent* Westfl. Ärztebl. 2007/3, 64, 65.

¹²⁷⁸ *Weltrich/Lent* Westfl. Ärztebl. 2007/3, 64, 65.

¹²⁷⁹ BGH MedR 2011, 645; BGH MedR 2011, 224.