

Ausforschungsbeweis, Amtsermittlung und Symptomtheorie im Arzthaftungsrecht

Im Arzthaftungsrecht kommt der Darlegungs- und Beweislastverteilung zwischen Arzt und Patient besondere Bedeutung zu, weil sich viele Vorgänge im menschlichen Körper trotz immensen technischen Fortschritts nachträglich oft nicht mit der erforderlichen Sicherheit klären lassen. Der Informationsvorsprung des Arztes gegenüber dem Patienten hinsichtlich des Ablaufs und der Bewertung der Behandlung ist groß¹, denn der Arzt stellt die Diagnose und wählt die Therapie. Er weiß als Fachmann am besten, was sich bei der Behandlung ereignet hat und was möglicherweise zu einer Schädigung des Patienten führte². Der Patient dagegen verfügt in der Regel nicht über eine vergleichbare medizinische Kompetenz; ihm fällt deshalb die exakte Darlegung und der Nachweis eines möglichen Verstoßes gegen den medizinischen Standard – wie der nachfolgende Fall zeigt – ungleich schwerer³.

1) Der krumme Penis

Im Spätherbst 1997 bemerkte der geschädigte D. B. beim Wasserlassen Blut im Urin. Er suchte daraufhin den Urologen Dr. B. in S. auf, der eine Blasenspiegelung vornahm. Der Urologe äußerte den Verdacht, der Geschädigte könne Blasenkrebs haben und überwies ihn an die Universitätsklinik M., wo der vermutete Tumor entfernt werden sollte. Im Zusammenhang mit der OP wurden Röntgenaufnahmen gefertigt, aus denen sich ergab, dass der Geschädigte lediglich Nierengrieß (Steinablagerungen in der Niere) hatte. Die Blutungen waren darauf zurückzuführen. Bei der OP wurde dem Areal, welches der Urologe Dr. B. beschrieben hatte, eine Probe entnommen, die histologisch untersucht wurde. Das Ergebnis war ohne Befund. Nachdem der Blasenkatheter entfernt worden war, hatte der Geschädigte noch Tage später verstärkt Blut im Urin. Dies teilte er den Ärzten mit. Er befürchtete, durch den Katheter innerlich, insbesondere an der Harnröhre, verletzt worden zu sein. Wie sich später heraus gestellt hat, war jedoch nicht nur die Harnröhre verletzt, sondern auch die Schwellkörper des Penis. Das stellte der Geschädigte daran fest, dass er nach der Operation starke Schmerzen beim

¹ BGH, NJW 1984, S. 1823: „Im Zivilprozess hat der Richter für ein faires Verfahren zu sorgen. Dazu gehört vor allem eine dementsprechende Handhabung des Beweises. Das gilt im besonderen Maße für den Arzthaftungsprozess in dem es typischerweise ein Informationsgefälle zwischen der ärztlichen Seite und dem Patienten gibt, das soweit als möglich auszugleichen ist.“

² Graf, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, Dissertation, München 2001, S. 15

³ Weimar, Die Beweisnot des Patienten im Arzthaftpflichtprozess, JR 1977, S. 7 ff.; Scholz, Zur Beweislast im Arzthaftpflichtprozess, ZFS 1977, S. 1; Graf, aaO (Fn. 2), S. 14; Ziegler, „Zu Risiken und Nebenwirkungen – Patientenrechte bei ärztlichen Behandlungsfehlern“, RA-Micro E-Buch-Verlag, Berlin, November 2003 (<http://www.ra-e-book.de/ratgeber.shtml>)

Geschlechtsverkehr hatte. Im weiteren Verlauf kam es darüber hinaus dazu, dass sich der Penis bei Erektion stark nach rechts verkrümmte. Der Geschädigte begab sich deshalb erneut in die Universitätsklinik, um die Sache aufklären zu lassen. Der dort tätige Oberarzt Dr. H. sah sich die Krankenunterlagen an und schloss sich dem Verdacht des Geschädigten an, nach dem dieser anlässlich der Operation 1997 verletzt wurde. Er empfahl dem Geschädigten, die Gutachter- und Schlichtungsstelle bei der Landesärztekammer einzuschalten, was auch geschah. Die Angelegenheit konnte von der Schlichtungsstelle jedoch letztlich nicht geklärt werden. Die letzten Sätze ihrer Stellungnahme lauteten: „Wenngleich zweifelsohne ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Eingriff sowie den geklagten Beschwerden und Veränderungen besteht, liegt hier mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kein ursächlicher Zusammenhang vor ... Der dem Operateur gemachte Vorwurf er habe fehlerhaft gehandelt ist daher nicht gerechtfertigt⁴.“

Das Verfahren vor den bei den Ärztekammern eingerichteten Schlichtungsstellen wird ausschließlich schriftlich geführt. Mündliche Verhandlungen mit Zeugen oder Parteivernehmungen finden nicht statt. Die Gutachter der Schlichtungsstellen werden auf Vorschlag der Ärztekammern eingesetzt und vom Gegner des Patienten – der Haftpflichtversicherung des Arztes - gemeinsam mit den Ärztekammern bezahlt. In der Regel tragen die Versicherer 50 % der dort anfallenden Kosten. Die Losung: „Wes Brot ich ess, des Lied ich sing“ drängt sich auf⁵. Es verwundert in diesem Zusammenhang nicht, dass einige Gutachter dazu neigen, Fehler zu bagatellisieren, ein negatives Behandlungsergebnis als schicksalhaft darzustellen oder die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und ärztlichem Handeln zu verneinen.⁶

⁴ Unveröffentlichtes Gutachten Nr. III/2/6241 der Gutachter- und Schlichtungsstelle der Landesärztekammer Hessen vom 21.02.2002. Der Geschädigte hat die Verfolgung seiner Ansprüche aufgegeben.

⁵ Der Münchner Patientenanwalt Dr. Hugo Lanz überschreibt den ersten Abschnitt seines Aufsatzes: „Zweiklassenrecht durch Gutachterkauf“ – Zur mangelnden Neutralität vieler gerichtlicher Gutachter – mit der Zeile „Wess Brot ich ess, des Lied ich sing“; ZRP 1998, S. 337; vgl. auch Laufs: Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das notwendige zu tun, NJW 2000, S. 1764; Ehlers/Brogli, Praxis des Arzthaftungsrechts, 2. Auflage, München 2001, Vorwort VI f., S. 2, Rn. 5 a.E., S. 168;

⁶ Dass Gutachter oftmals nach der Devise verfahren: „Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus“, räumt selbst der Bundesgerichtshof mit folgenden Formulierungen ein: „Zunächst darf der Tatrichter nicht übersehen, dass auch heute noch eine nicht geringe Zahl medizinischer Gutachter Schwierigkeiten hat, sich bei der Ausübung ihres Amtes von überholten und in diesem Zusammenhang der Rechtsordnung widersprechenden Standesregeln frei zu machen. Dies gilt vor allem im Kunstfehlerprozess ... Das Gericht muss damit rechnen, dass der Gutachter entweder bei seinen Wertungen – wenn auch unbewusst – doch noch dem hergebrachten Standesdenken verhaftet ist, oder aber (eine nach allgemeiner Erfahrung nicht seltene Erscheinung), dass er ... seine Formulierungen den Grundsätzen ärztlicher Kollegialität anpasst.“ (BGH, NJW 1975, S. 1464; ebenso BGH, NJW 1971, S. 241, 243 rechte Spalte unten); vgl. dazu auch Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, S. 27: „Das Mauern zu Gunsten des Beklagten Arztes ist ein fast allgemeiner Brauch“; Franzki H., Von der Verantwortung des Richters für die Medizin, Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, Medizinrecht 1994, S. 172, 174.

Die von der Rechtsprechung entwickelten besonderen Regeln des Arzthaftungsprozesses, die insbesondere mit Beweiserleichterungen für den Patienten verbunden sind, finden im Rahmen der Schlichtungsverfahren keine Anwendung. Die Schlichtungsstellen entscheiden nach Lage der Akten. Mündliche Verhandlungen oder Gutachteranhörungen finden grundsätzlich nicht statt⁷. Ist der Sachverhalt lückenhaft, werden die Lücken nicht nach den prozessualen Regeln der Darlegungs- und Beweislast geschlossen, sondern bleiben offen; denn die Schlichtungsverfahren verfahren nicht nach den Regeln der Zivilprozessordnung, sondern nach eigenen, durch Satzungen begründeten Verfahrensordnungen. Sie haben lediglich festzustellen, ob gegen medizinische Standards verstoßen wurde. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ist deshalb nicht zu empfehlen, wenn nicht nur die medizinische Beurteilung eines Sachverhalts zwischen den Parteien streitig ist, sondern schon der Sachverhalt selbst im Unklaren liegt. Geht es also in erster Linie nicht um die Einhaltung des medizinischen Standards, sondern ist offen, bzw. streitig wie die Behandlung überhaupt verlaufen ist, ob beispielsweise eine Spritze gegeben wurde oder nicht, hilft das Schlichtungsverfahren dem Patienten nicht weiter.

Im Zivilprozess gelten andere Regeln:

Um die vom Bundesverfassungsgericht, wegen der fachlichen Überlegenheit des Arztes, seit 1979 geforderte⁸ „Waffengleichheit“ zwischen Arzt und Patient zu verwirklichen, hat die Rechtsprechung der Zivilgerichte, insbesondere des Bundesgerichtshofs⁹, Beweiserleichterungen für den Patienten geschaffen und die Rechte des Patienten auch in anderen Bereichen entscheidend gestärkt. Zwar muss der Patient im Arzthaftungsprozess – wie jeder Kläger im Zivilprozess – grundsätzlich alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen – dies gilt für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, den Eintritt eines Körper- oder Gesundheitsschadens, die Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Körper- oder Gesundheitsschaden und dem Sachverhalt, aus dem sich ein Behandlungsverschulden begründet¹⁰ - die Besonderheit des Arzt/Patienten-Verhältnisses

⁷ Zwar sehen alle Satzungen/Vereinbarung der Schlichtungsstellen vor, dass eine mündliche Erörterung stattfinden kann, eine solche findet jedoch, wie die Bestandsaufnahme von Weitzel zeigt, de facto nicht statt; Weitzel: Gutachterkommission und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen, Dissertation, Hamburg 1999, S. 30 ff.; Ziegler, „Zu Risiken und Nebenwirkungen – Patientenrechte bei ärztlichen Behandlungsfehlern“, RA-Micro E-Buch-Verlag, Berlin, November 2003,

⁸ BVerfG, NJW 1979, S. 1979, 1925 ff. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Gleichheitssatz in der Form des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) den Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess ab, BVerfG, aaO S. 1925 unter B I 1 a.2a.

⁹ s.o. Fn. 1 und Fn. 11-16

¹⁰ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht aktuell, Fallguppenkommentar, Köln 2003, S. 226, Bamberger/Roth-Grüneberg, Kommentar zum BGB, München 2003, § 280, Rn. 64; Palandt-Heinrichs, Kommentar zum BGB, 62. Auflage, München 2003, § 280, Rn. 35; Zöller – Greger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 24. Auflage, Köln 2004, vor § 284 Rn. 20a jeweils mit weiteren Nachweisen

hat aber dazu geführt, dass die Rechtsprechung im Bereich der groben Behandlungsfehler¹¹ bei der Nichtbeachtung von Richt- bzw. Leitlinien¹², bei der Nichteinhaltung des so genannten Facharztstandards¹³, bei Dokumentationsmängeln¹⁴, bei sicher beherrschbaren Risiken¹⁵ und bei mangelhafter Aufklärung¹⁶ die Beweislast heute zugunsten des Patienten umkehrt bzw. Beweiserleichterungen schafft.

All dies hilft dem Patienten aber nicht, wenn der Sachverhalt trotz angemessener Dokumentation in den Behandlungsunterlagen für ihn unaufklärbar bleibt. Wie kann ein Patient ohne medizinische Kenntnisse einen ihm zustehenden Anspruch im Rechtsstreit durchsetzen, wenn er die Verletzung der Sorgfaltspflicht vortragen und beweisen muss, aber nur das von ihm selbst verspürte Endergebnis die Schädigung - z. B. den krummen Penis – kennt? Ihm fällt es schwer, den objektiven Geschehensablauf in seinen Einzelheiten aufzuklären, wenn es um Vorgänge geht, die sich in der Klinik oder in der Praxis des Arztes abgespielt haben und die ihm grundsätzlich fremd sind. Der Patient überblickt die Handlungsabläufe in der Regel nicht und kann sie auch nicht überblicken, wenn er narkotisiert ist. Komplizierte medizinische Methoden, diffizile, technische, chemische, biologische oder medizinische Vorgänge machen es dem Geschädigten praktisch unmöglich, die Ursache eines bei ihm eingetretenen Schadens aufzuklären. Er kann daher oft dem Richter den Sachverhalt nicht in solcher Weise darlegen, dass dieser zuverlässig beurteilen kann, ob dem Arzt ein Versäumnis vorzuwerfen ist oder ob es sich um ein schicksalhaftes Ereignis handelt.

Anders ist dagegen die Ausgangssituation beim behandelnden Arzt. Dieser weiß oder muss zumindest wissen, wie er vorgegangen ist und ob seine Behandlung dem medizinischen Standard entsprochen hat oder nicht. Dennoch ist er vom Grundsatz her, obwohl er näher daran ist, Verhältnisse aufzuklären die in seine Arbeitssphäre fallen, nicht verpflichtet, die diesbezügliche Aufklärungsarbeit zu leisten. Eine allgemeine Auskunftspflicht des Beklagten in Bezug auf streitige Tatsachen besteht nicht¹⁷. Diese folgt auch nicht aus der prozessualen

¹¹ BGH, NJW 1983 S. 333; 1988, S. 2949; 1996, S. 1589; 1999, S. 860; 1999, S. 862; MDR 2001, S. 1115; 2002, S. 1120; Hart, Grundlagen des Arzthaftungsrechts: Pflichtengefüge Jura 2000, S. 69 mit weiteren Nachweisen; Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, Baden-Baden 1999, S. 47 mit weiteren Nachweisen

¹² OLG Düss. VersR. 2000, S. 1021; vgl. Ziegler „Leitlinien im Arzthaftungsrecht“ – VersR 2003, Heft 13, S. 545 ff.

¹³ BGH, NJW 1984, S. 655; BGH, NJW 1992, S. 1560, BGH, NJW 1999, S. 1778

¹⁴ BGH, VersR 1983, S. 983; BGH NJW 1996, S. 1589

¹⁵ BGH, NJW 1978, S. 584; NJW 1978, S. 1683; NJW 1981, S. 462; NJW 1982, S. 699; NJW 1984, 1400; NJW 1984, S.1403; NJW 1984; S. 1403; NJW 1991, S. 1540; NJW 1991, S. 1541; NJW 1991, S. 2960;

¹⁶ BGH, NJW 1980, S. 1333; NJW 1981, S. 633, NJW 1984, S. 1807

¹⁷ BGH, NJW 1990, S. 3151; Museliak – Stadler, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, München 2002, § 138, Rn. 11; Zöller – Greger, aaO (Fn.10), § 138, Rn. 8 f., vor § 284 Rn. 34;

Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO)¹⁸. Die Parteien sind nicht generell zu einem Verhalten verpflichtet, das am besten der Wahrheitsfindung dient¹⁹. Es bleibt vielmehr bei dem Grundsatz, dass keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt²⁰. Wenn der tatsächliche Geschehensablauf offen bleibt, scheitert der Geschädigte mit seiner Klage, deshalb häufig, weil er den Behandlungsfehler nicht substantiiert hat darlegen können.

Daran ändert auch die Rechtsprechung nichts, nach der in Arzthaftungsprozessen grundsätzlich ein medizinisches Sachverständigengutachten eingeholt werden soll²¹. Zwar hat eine Partei gemäß § 411 Abs. 3, Abs. 4 ZPO das Recht, das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht zu beantragen und ihn zu befragen; lautet die Frage an den Gutachter aber:

„Warum nun ist der Penis krumm?“,

wird das Gericht die Frage als unzulässig zurückweisen. Es wird sich dabei darauf stützen, dass es nach der Zivilprozessordnung keinen Ausforschungsbeweis gibt. Für den geschädigten Patienten dagegen ist die Frage nach der Ursache seiner Schädigung das den Prozess beherrschende Thema; aber er bekommt zivilprozessual durch Ausforschung darauf keine Antwort. Im Zivilprozessrecht gilt der Verhandlungsgrundsatz der auch als Beibringungsgrundsatz bezeichnet wird²². Wie in jedem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren hat auch im Arzthaftungsprozess grundsätzlich eine Prozesspartei diejenigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sie in Verbindung mit den entsprechenden materiell-rechtlichen Normen die von ihr geltend gemachte günstige Rechtsfolge herleitet²³. Die Beweislast für die Behauptung, der Arzt habe bei der Behandlung gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft verstoßen liegt danach zunächst beim geschädigten Patienten²⁴. Gelingt dem Kläger weder die Darlegung eines Sachverhalts, aus

Schlosser, JZ 1991, S. 599, meint dagegen die Spruchweisheit „nemo contra se edere tenetur“ könne zwar auf eine lange Tradition zurückblicken, müsse aber heute durch eine gesteigerte Aufklärungsverpflichtung ersetzt werden.

¹⁸ Zöller – Greger, aaO (Fn. 10), § 138, Rn. 8 f.

¹⁹ BGH, NJW 1990, S. 3151

²⁰ BGH, NJW 1990, S. 3151, unter Berufung auf BGH, NJW 1958, S. 1491; einschränkend Museliak – Stadler, aaO (Fn. 17), § 138, Rn. 11 u. Schlosser, aaO (Fn. 17), S. 599 ff.

²¹ BGH, VersR 1982, S. 168; OLG Düsseldorf, MDR 1984, S. 1033; Martis/Winkhart, aaO (Fn. 17), S. 429

²² Zöller – Greger, aaO (Fn. 10), vor § 128 Rn. 10

²³ BVerfG, NJW 1979, S. 1928, Zöller – Greger, aaO, vor § 284 Rn. 20 a mit weiteren Nachweisen; s. auch o. Fn. 10

²⁴ BVerfG, NJW 1979, S. 1928, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH in BGH, NJW 1973, S. 1688, ebenso Katzenmeier, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, S. 1066 ff (1066)

dem sich ein Behandlungsfehler ergibt, noch dessen Beweis, kann das Gericht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nicht annehmen. Das Gericht darf seiner Entscheidung nur das Tatsachenmaterial zugrunde legen, das von den Parteien vorgetragen ist. Der Tatsachenvortrag darf auch nicht durch Befragung des Gutachters erweitert werden. Vereinzelt wird zwar die Frage nach dem Grund eines medizinischen Misserfolges vom Gericht selbst gestellt. Das ist aber die Ausnahme und darf nach gängiger Auffassung nicht in eine unzulässige Ausforschung, d. h. in die Provokation neuen Tatsachenvorbringens ausarten²⁵. Damit sind für den Patienten im Rechtsstreit gegen den Arzt oder Krankenhausträger so hohe Hürden aufgebaut, dass der Patient kaum die Möglichkeit hat, den Prozess zu gewinnen. Da dies nicht dem oben dargestellten Grundsatz der Waffengleichheit²⁶ entspricht, stellt sich die Frage, ob in einem Arzthaftungsprozess nicht vom Verhandlungsgrundsatz (Beibringungsgrundsatz) zu Gunsten des Amtsermittlungsgrundsatzes (Untersuchungsgrundsatzes) abgegangen werden muss²⁷.

Der Ausforschungsbeweis und der Amtsermittlungsgrundsatz sind dem Zivilprozessrecht nicht grundsätzlich fremd. Insbesondere dort, wo das öffentliche Interesse am Streitgegenstand eine umfassende Sachaufklärung gebietet, so in Ehe- und Kindschaftssachen, tritt an die Stelle des Verhandlungsgrundsatzes der Amtsermittlungsgrundsatz²⁸. Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist die früher im BGB und in der Zivilprozessordnung geregelte, jetzt dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnete Ermittlung des gesundheitlichen und psychiatrischen Zustands einer Person im Betreuungsverfahren²⁹. Hier wird nicht nur der Sachverhalt, sondern auch der körperliche und gesundheitliche Zustand des zu Betreuenden von Amts wegen ermittelt. Das hat seinen Sinn. Den Parteien sind Ursachen, Umfang und Folgen der körperlichen Defizite, die eine Betreuung erforderlich machen können, nicht bekannt. Sie sind selbst nicht in der Lage sie zu ermitteln und können darüber auch prozessual, beispielsweise durch Anerkenntnis nicht verfügen. Gutachter im Bereich der Psychologie und Psychiatrie erhalten vom Gericht deshalb nicht den Auftrag, eine Parteibehauptung zu bestätigen oder nicht zu bestätigen, sondern der Sache auf den Grund zu gehen.

Würden diese Grundsätze, die zur Ermittlung des Gesundheitszustandes im Betreuungsrecht gelten, auch im Arzthaftungsrecht herangezogen, wäre dem Patienten viel

²⁵ Zöllner – Greger, aaO (Fn. 10), vor § 128, Rdnr. 10; a. A. Martis/Winkhart, aaO (Fn. 17), S. 438

²⁶ s. o. Fn. 1 u. 8

²⁷ So im Ergebnis Jorzik, Der Amtsermittlungsgrundsatz im Arzthaftungsprozess, Dissertation, Frankfurt 2002, S. 98, 104; für die Amtsermittlung einzelner Elemente, Martis/Winkhart, aaO (Fn. 17), S. 468 f.

²⁸ Zöllner – Greger, a.a.O (Fn. 10), vor 128, Rdnr. 12

²⁹ früher Entmündigung; §§ 645-687 ZPO a. F. (bis 1991)

geholfen. Das Problem des Patienten könnte auch dadurch gelöst werden, dass man das Arzthaftungsrecht wie das Betreuungsrecht aus dem BGB ausgliederte und ebenso dem Amtsermittlungsgrundsatz des FGG unterwürfe. Diese Lösung wäre jedoch nicht systemgerecht. Im Betreuungsrecht geht es nicht um die widerstreitenden Interessen zweier Parteien. Die Ermittlung von Amts wegen ist geboten, weil ein öffentliches Interesse an der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten besteht³⁰. Diese Ausgangslage findet sich im Arzthaftungsrecht nicht. Hier streiten zwei auf gleicher Stufe stehende, private Parteien gegeneinander³¹. Ein öffentliches Interesse besteht nicht.

Die außer Kraft gesetzten zivilprozessualen Vorschriften zum Amtsermittlungsgrundsatz im Entmündigungsprozess oder die Vorschriften des FGG für das Betreuungsverfahren waren bzw. sind auch nicht analogiefähig, weil es sich um Sonderbestimmungen handelt³². Auch die Installation eines Ausforschungsbeweises entspräche nicht der Systematik des Zivilrechts, wenngleich man anerkennen muss, dass sich Arzt und Patient tatsächlich nicht waffengleich gegenüberstehen. Das macht insbesondere der nachfolgende Fall deutlich.

2) Das vereiterte Knie

Am 30.03.2003 spielte der geschädigte Z. mit seinen beiden Kindern im Garten der Schwiegereltern Fußball. Beim Wegschießen des Balles knickte er, etwa gegen 16.00 Uhr, um. Da sich das Knie nicht mehr durchstrecken ließ, anschwell und schmerzte, begab er sich noch am gleichen Abend in das unfallchirurgische Universitätskrankenhaus in M. Schon am Folgetag wurde er operiert.

Aus dem Entlassungsbrief ergibt sich die Diagnose und die Therapie: Innenmeniskuskorbhenkelriss; arthroskopischen Knorpelglättung verbunden mit einer Meniskusrefixation. Vier Tage nach der Operation wurde der Geschädigte entlassen. In der darauf folgenden Woche stellten sich erneut starke Schmerzen ein und das Knie wurde warm. Als der Geschädigte am 10.04.2003 gegen 5.00 Uhr morgens zur Toilette gehen wollte, brach er auf dem Weg dorthin, wegen der starken Schmerzen zusammen und wurde bewusstlos. Er wurde erneut in die Klinik eingeliefert und am 11.04.2003 zum zweiten Mal operiert. Da die Entzündungswerte, die offenbar durch einen in das Knie geratenen Keim (staphylococcus aureus) verursacht wurden, dennoch hoch blieben, erfolgte bereits am Tag darauf eine dritte Operation, bei der der Meniskus vollständig entfernt und eine Spül-Saug-Pumpe angelegt

³⁰ Baumbach, Kommentar zur ZPO, 49. Auflage, München 1991, § 670 Rdnr. 1

³¹ Andere Ansicht Jorzik, aaO (Fn. 27), S. 98, 104

³² Analogie ist die Anwendung eines Gesetzes auf einen im Gesetz nicht geregelten Fall, der aber dem im Gesetze geregelten ähnlich ist. Besondere Regelungen sind nicht analogiefähig. Vgl. zum Ganzen, Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Köln 1978, S. 75 f.

wurde. Eine Antibiotikumbehandlung hatte den multiresistenten Keim zuvor nicht beseitigen können. Zwar gingen die Entzündungswerte vorübergehend zurück, stiegen aber 10 Tage später wieder an, so dass der Geschädigte am 25.04.2003 ein viertes Mal operiert werden musste. Bei der vierten Operation wurde das Knie erstmals geöffnet. Die Operationen vorher wurden sämtlich arthroskopisch durchgeführt.

Im Anschluss an die vierte Operation hatte der Geschädigte in der Klinik täglich Krankengymnastik. Da sich die Beuge- und Streckdefizite nicht von selbst wieder gaben, musste er das fünfte Mal am 04.08.2003 operiert werden. Die Operation verlief mit gutem Erfolg. Am 27.08.2003 wurde er nach 5-monatiger Behandlung endgültig entlassen. Er kann inzwischen ohne Krücken gehen, benutzt aber noch eine Gehhilfe rechts, um den Gang wieder vollständig zu normalisieren. Der Geschädigte ist der Auffassung, dass er bei komplikationslosem Verlauf wenige Tage nach der Erstoperation hätte geheilt entlassen werden können. Die Infektion, die ihn in der Klinik befallen hat, falle in den Risikobereich der Klinik.

Auch dem Geschädigten Z. helfen Beweiserleichterungen, die speziell für das Arzthaftungsrecht entwickelt wurden³³, nicht weiter. Weder liegt ein grober Behandlungsfehler vor, noch handelt es sich bei dem Eingriff um ein voll beherrschbares Risiko. Auch sind Hygieneleitlinien auf den ersten Blick nicht verletzt³⁴. Deshalb kommt es weder zur Beweislastumkehr, noch helfen dem Geschädigten Beweiserleichterungen, etwa nach den Regeln über den Anscheinsbeweis. Ein typischer Geschehensablauf liegt nicht vor³⁵.

Das Ergebnis befremdet; es stimmt auch scheinbar nicht mit dem überein, was Rechtsprechung und Literatur an anderer Stelle außerhalb des Arzthaftungsrechtes zur Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen vertreten³⁶. Im Bereich der Produzentenhaftung z. B. vertritt der BGH die Auffassung, dass es in die Risikosphäre des Produzenten gehöre, wenn die Ursache der Unaufklärbarkeit eines Fehlers in seinem Bereich liege. Dann sei es sachgerecht und zumutbar, dass ihn das Risiko der Nichterweislichkeit seiner Schuldlosigkeit treffe³⁷.

³³ s. o. Fn. 11 - 16

³⁴ Zur Beweislastumkehr dort s.o. Fn.12; vgl. dazu Ziegler, Leitlinien im Arzthaftungsrecht, VersR 2003, S. 545

³⁵ OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.12.1991, AHRS 410/87, Auftreten einer Infektion nach Meniskusoperation; OLG Oldenburg, VersR 1995, S. 786, Auftreten einer Infektion nach Gelenkpunktion; Jäger, Anscheinsbeweis bei Injektionsschäden, VersR 1989, S. 994, 995 mit weiteren Nachweisen; OLG Köln, VersR 1988, S. 44

³⁶ Vgl. dazu Palandt-Heinrichs, § 280 Rn. 37; Bamberger/Roth-Grüneberg, § 280 Rn. 65

³⁷ BGHZ 51, S. 106

Der Beweislastumkehr bei der Produzentenhaftung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schädiger „näher daran“ ist³⁸. Genau diese Ausgangslage besteht jedoch auch im Fall des narkotisierten Kniepatienten. Es drängt sich daher auf § 280 BGB, der seit seinem Inkrafttreten am 01.01.2002 allgemein eine Beweislastumkehr im Bereich des Verschuldens statuiert, auch im Arzthaftungsrecht uneingeschränkt anzuwenden. Bis zum Inkrafttreten von § 280 BGB war die Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht schon heftig umstritten³⁹. Durch die Gesetzesänderung wurde die Diskussion neu belebt. Die Gegner der Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes meinen damals wie heute, dass Zwischenfälle bei einer medizinischen Behandlung wegen der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus auch schicksalhaft eintreten können⁴⁰. Aus dem ausbleibendem Erfolg oder dem Fehlschlagen der Behandlung könne deshalb nicht auf ein Verschulden des Arztes geschlossen werden⁴¹. Die für den Patienten ungünstige Beweislage rechtfertige sich aus dem Gedanken, dass das Eingriffsrisiko zunächst krankheitsbedingt sei und damit auch aus der Sphäre des Patienten komme⁴². Da der Heilungserfolg außerhalb des ärztlichen Leistungsrisikos liege, könne es bei einer Beweislastverteilung nach dem vertragsspezifischen Leistungsrisiko nicht zum Nachteil des Arztes ausschlagen, wenn im Prozess ungeklärt bleibe, aus welchen Gründen der Heilungserfolg ausgeblieben oder ein sonstiger Gesundheitsschaden eingetreten sei⁴³.

Nach Ansicht der Befürworter einer Beweislastumkehr ist allein die Behandlungsseite im Haftpflichtprozess zu hinreichend substantiierten Ausführungen betreffend Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit eines eingetretenen Medizinschadens in der Lage⁴⁴. Der Patient, der weder über das nötige Fachwissen verfüge, noch über einen Einblick in den Bereich, aus dem die nachgewiesene Schadensursache stamme, könne hierzu typischerweise nichts vortragen. Es sei auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Arzt gegenüber anderen Vertragsschuldern, die ebenfalls beweisbelastet seien, wenn sie sich bei einer festgestellten Pflichtverletzung auf mangelndes Verschulden berufen, zu privilegieren wären⁴⁵.

³⁸ so wörtlich BGHZ 51, S. 105

³⁹ Zum früheren Meinungsstand vgl. Palandt – Heinrichs, 61. Auflage, § 282 Rn. 18

⁴⁰ Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 109 Rn. 2, S. 985

⁴¹ Nixdorf, VersR 1996, S. 160 (162); Weber, NJW 1997, S. 761 (767); G. Müller, NJW 1997, S. 3049; dies. DRiZ 2000, S. 259 (262).

⁴² Laufs, aaO (Fn. 40), § 109 Rn. 2, S. 985; Schiemann in Staudinger, BGB 13. Bearb. 1998, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 94

⁴³ Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht 1996 Rn. 466 f.

⁴⁴ Katzenmeier, VersR 2002, S. 1068 unter Berufung auf Heinrichs, Wiedemann etc., Fn. 41 s. dort

⁴⁵ Katzenmeier, VersR 2002, S. 1068

Durch die Gesetzesänderung ist der Streit nach diesseitiger Auffassung zu Gunsten der Befürworter entschieden worden, weil der Gesetzgeber in Kenntnis der Kontroverse Ausnahmen für einzelne Berufsgruppen, insbesondere die Ärzte, nicht zugelassen hat⁴⁶.

Die Beweislastumkehr über § 280 im Bereich des Verschuldens löst das Problem des Patienten indessen nicht, zumindest aber nicht allein. § 280 setzt den Nachweis der objektiven Pflichtwidrigkeit voraus⁴⁷. Im Arzthaftungsprozess geht es aber, wie eine Untersuchung aus dem Jahre 1978 nachgewiesen hat⁴⁸, in 99 % der Fälle nicht um den Nachweis des Verschuldens, sondern um den Nachweis der objektiven Pflichtwidrigkeit, d.h. um die Frage, ob überhaupt ein Behandlungsfehler vorliegt oder nicht. Hier helfen die Beweislastregeln über das Verschulden und auch der neue § 280 nicht weiter⁴⁹. Die Lösung des Problems liegt nicht im Bereich der Beweislast, sondern im Bereich der (sekundären) Darlegungslast.

Der Kläger muss seine Klage nicht medizinisch schlüssig begründen⁵⁰, so wenig wie ein Bauherr handwerklich schlüssig darlegen muss, wo und auf welche Weise das Wasser durch das Dach des neu gedeckten Hauses gelangt⁵¹. „Es kann nicht verlangt werden, dass der Patient seinen Mangel an Fachkenntnissen aufholt, sondern es wird umgekehrt vom Fachmann (Krankenhaus, Arzt) verlangt, dass er sein Wissen preisgibt, um auf diese Weise zur Waffengleichheit zu gelangen“⁵². Mit diesen Worten umschreibt der Richter am BGH Greiner die so genannte „sekundäre Darlegungslast des Beklagten“⁵³. Wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind, erlegt die Rechtsprechung dem Gegner, der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei, die sekundäre

⁴⁶ vgl. Ziegler, Schwarzkittel und Weißkittel, JR 2002, S. 268; nach Martis/Winkhart, aaO (Fn. 17), S. 227 beruht dies lediglich auf einem Missverständnis.

⁴⁷ Katzenmeier, aaO (Fn. 24), S. 1069; Museliak – Stadler, aaO (Fn. 17), Rn. 279

⁴⁸ Stolz, Die Reformmodelle zum Arzthaftpflichtrecht, VersR 1978, S. 797 (ausgewertet wurden 15.000 Fälle); ebenso Martis/Winkhart, aaO (Fn. 17), S. 228

⁴⁹ Katzenmeier, aaO (Fn. 24) S. 1068; eine analoge Anwendung von § 280 BGB auf die objektive Pflichtwidrigkeit scheidet entgegen Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, 1995, Rn. 444 ff. aus. Dass der Kläger insoweit beweisbelastet ist, entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Deshalb existiert keine planwidrige Lücke. Auch der klare Wortlaut des § 280 („vertreten müssen“) spricht gegen die Analogie.

⁵⁰ Laufs, aaO (Fn. 40), § 108 Rn. 11, S. 982; Martis/Winkhart, aaO (Fn. 10), S. 466 f.; Gehrlein, Arzthaftungsrecht nach der ZPO-Novelle, Anwaltsblatt 2002, S. 493 mit weiteren Nachweisen; Greiner, Tatsachenermittlung im Arzthaftungsprozess in „Waffen-Gleichheit“ Schriftenreihe Medizinrecht im DAV, Springer, Berlin 2002, S. 12; OLG Düss., MDR 1984, S. 1033

⁵¹ Greiner, aaO (Fn. 50), S. 12 f.; BGH BauR 1999, S. 392

⁵² Greiner, aaO (Fn. 50), S. 13

⁵³ In diesem Sinne auch Zöller – Greger, aaO (Fn. 10), vor § 284, Rn. 34; BGH, NJW 1990, 3151 f.

Behauptungslast auf⁵⁴. Da der beklagte Arzt „näher daran“ ist und in der Regel über überlegenes Fachwissen verfügt, reicht es nicht aus, wenn er die Behauptung, über die pflichtwidrige Behandlung des geschädigten Patienten, lediglich pauschal oder gar mit Nichtwissen bestreitet. Er muss dem klägerischen Vortrag substantiierte, tatsächliche Angaben entgegensetzen⁵⁵. Der Arzt muss den Sachverhalt, so weit ihm dies möglich ist, vollständig offen legen. Ein Bestreiten des klägerischen Sachvortrages ohne die nach den Umständen zumutbare Substantiierung bleibt unwirksam und zieht die Geständnisfunktion des § 138 III ZPO nach sich⁵⁶. Der klägerische Vortrag wird für die Urteilsfindung als wahr und unbestritten unterstellt; das Verschulden des Arztes kann dann gem. § 280 vermutet werden⁵⁷.

Im Baurecht nennt man diese Zusammenhänge „Symptomtheorie“⁵⁸. Sie ist dort gefestigte Rechtsprechung⁵⁹. Nach Auffassung des VII. für Baurechtsfragen zuständigen Senats des Bundesgerichtshofs ist der Auftraggeber für den Fall, dass er Mängelansprüche verfolgt, nicht gehalten, zu den Ursachen für die festgestellten Mängelercheinungen vorzutragen. Er genügt seiner Darlegungslast mit der hinreichend genauen Bezeichnung der Mängelercheinungen (z. B. Eindringen von Wasser durch das neu gedeckte Dach⁶⁰). Ob die Ursachen dieses Symptoms tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Leistung des Auftraggebers zu suchen sind, soll Gegenstand des Beweises und nicht Erfordernis des Sachvortrages sein. Dies soll auch gelten, wenn eine vorgetragene Vermutung über eine Schadensursache sich als falsch erweise⁶¹.

Der Baurechtssenat begründet diese Auffassung damit, dass der Besteller nur die Symptome (Erscheinungen) zuverlässig kennen und beobachten könne; deshalb sei es Sache des sich anschließenden gerichtlichen Verfahrens zu klären, was die Ursachen der Mängelercheinungen seien. Eine andere Handhabung wäre nicht sachgerecht, weil sie das Risiko einer unzureichenden Erfassung der Mängel auf den Besteller verlagern würde, obwohl Kenntnis, Beurteilung und Beseitigung von Mängeln nach dem vertraglichen

⁵⁴ BGH, NJW 1990, 3151 f.

⁵⁵ Zöller – Greger, aaO (Fn. 10), vor § 284, Rn. 34; Im Fall 1.) müsste er beispielsweise darlegen, dass es nicht zur Verletzung der Schwellkörper des Penis gekommen ist, sondern z. B. narbige Veränderungen aufgrund einer anderen Erkrankung des Patienten (Induratio penis plastica)- vgl. unten Fn. 61 - ursächlich für die Verkrümmung des Penis wurden.

⁵⁶ BGH, NJW 1987, S. 1201; Museliak – Stadler, aaO (Fn. 17), § 138, Rn. 15

⁵⁷ s. o. Fn. 46

⁵⁸ vgl. Werner/Pastor/Müller, Baurecht von A-Z, 7. Auflage, München 2000, S. 317; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage, Düsseldorf 2002, Rn. 1472, S. 730. Ständige Rechtsprechung des BGH, BauR 1989, S. 81; BauR 1997, S. 1029.

⁵⁹ Vgl. z. B. BGH, BauR 1989, S. 81; NJW RR 1989, S. 208; BauR 1997, S. 1029; BauR 1999, S. 392; WM 2002, S. 869

⁶⁰ BGH, WM 2002, S. 869

⁶¹ BGH, WM 2002, S. 869; BGH, Baurecht 1999, S. 900

Pflichtenkreis sowie nach Informationsstand und Fachkenntnissen vorrangig Sache des Unternehmers seien⁶².

Diese Rechtsprechung ist auf das Arzthaftungsrecht in vollem Umfang zu übertragen. Die von der Rechtsprechung genannten Argumente treffen auch hier. Auch der Patient sieht nur die Symptome – den krummen Penis, das vereiterte Knie – und kann ihre Ursachen wegen mangelnder Fachkenntnisse nicht beurteilen.

Durch die Anwendung der Symptomtheorie brauchte er die Einzelheiten der schädigenden Handlung des Schädigers nicht mehr darlegen. Es würde ausreichen, vorzutragen, dass der Schädiger ihn behandelt hätte und dass in unmittelbarem Zusammenhang damit beim Patienten weitere Gesundheitsschäden (z. B. der krumme Penis oder das vereiterte Knie) aufgetreten sind. Zum Element der Pflichtwidrigkeit oder fehlenden Pflichtwidrigkeit hätte substantiiert der Schädiger vorzutragen.

Dem kann nicht mit dem Argument widersprochen werden, die Gebiete seien verschieden, es könnten nicht Äpfel mit Birnen verglichen werden, weil nach dem Dienstvertragsrecht, das für den Arzt maßgeblich ist, nur Bemühungen, aber kein Erfolg geschuldet sei und der Bauunternehmer, für den Werkvertragsrecht gelte, einen Erfolg schulde. Darum geht es nicht. Sowohl der Arzt als auch der Bauunternehmer schulden ein Verhalten nach den Regeln ihrer Kunst. Patient und Besteller sind in Bezug auf ihre fachtechnische Unterlegenheit vergleichbar, ebenso wie Arzt und Bauunternehmer in Bezug auf ihre fachtechnische Überlegenheit.

Das gefundene Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Stellt beispielsweise im Fall 1) ein Gutachter, nach dem der Arzt entsprechendes behauptet hat, eine „Induratio penis plastica“⁶³ fest, ist der Arzt entlastet – er haftet nicht. Lässt sich allerdings im Fall 2) die Ursache für die Verkeimung des Knies nicht klären, weil der Arzt seiner sekundären Darlegungslast nicht genügen konnte, haftet der Arzt bzw. die Klinik.

Die hier postulierte Anwendung der Symptomtheorie auch im Arzthaftungsrecht geht scheinbar über die Beweislastverteilung des § 280 BGB hinaus. Die Anwendung der Symptomtheorie widerspricht indessen weder § 280 BGB noch den allgemeinen zur Darlegungs- und Beweislast vertretenen Grundsätzen. Durch die Anwendung der

⁶² BGH, NJW 1989, S. 208

⁶³ Erkrankung, die vorwiegend Männer zwischen dem 40. und 60. Lebensjahr betrifft. Typisch sind dabei auf der Rückseite des Penis tastbare, narbige Veränderungen – so genannte Plaques – die zu mehr oder weniger ausgeprägten Verkrümmungen des Gliedes bei der Erektion führen.

Symptomtheorie werden diese Grundsätze nur konsequent umgesetzt. Danach ist das 1979 vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Postulat, die Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung, der Arzt habe bei der Behandlung gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft verstoßen, liege zunächst beim geschädigten Patienten⁶⁴, zu präzisieren. Diese Regel gilt nicht für die Darlegungslast generell und insbesondere dann nicht, wenn es sich um Vorgänge handelt, die sich in dem für den Patienten nicht einsehbaren Bereich des Arztes abspielen. Hier trifft die (sekundäre) Darlegungslast den Arzt, weil er das überlegene Fachwissen hat. Nur dadurch wird die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Waffengleichheit erreicht.

⁶⁴ BVerfG, NJW 1979, S. 1928