

**Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und
Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess nach der
Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte**

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät
der Universität Regensburg

vorgelegt von
Yvonne v. Harder

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Ute Walter
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dez. 2009

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	6
Thema der Arbeit	7
A. Grundlagen der Arzthaftung	11
I. Materiell-rechtliche Grundelemente	11
II. Beweisrecht	12
III. Dokumentationsfehler	15
1. Dokumentation als Pflicht gegenüber dem Patienten	16
2. Inhalt und Umfang der Dokumentationspflichten	19
a) Therapeutische Notwendigkeit	19
b) Rechenschaftspflicht	20
3. Voll beherrschbares Risiko	23
4. Exkurs zur forensischen Praxis	23
5. Beweisrechtliche Konsequenzen des Dokumentationsfehlers	24
6. Umkehr der Beweislast	26
IV. Grober Behandlungsfehler	27
1. Definition	27
2. Beweislastumkehr als Rechtsfolge	27
3. Beweislastumkehr und Gefährdungshaftung	28
4. Begründung der Beweislastumkehr	29
5. Ausnahmen	32
V. Beweisvereitelung	33

B.	Entwicklung der Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers	35
I.	Chronologische Darstellung der einschlägigen BGH-Entscheidungen	35
1.	BGH, Urteil vom 21. September 1982	35
2.	BGH, Urteil vom 3. Februar 1987	37
3.	BGH, Urteil vom 21. November 1995	40
4.	BGH, Urteil vom 13. Februar 1996	41
II.	Zusammenfassung	45
C.	Untersuchung der einzelnen Elemente und kritische Würdigung der Beweisfigur	47
I.	Befundsicherungspflichten	47
1.	Nachvollziehbarkeit und Reproduzierbarkeit	48
2.	Aufbewahrungszeit	49
3.	Verbleib von Krankenunterlagen	50
4.	Zulässigkeit und Beweiswert der EDV-Dokumentation	51
II.	Befunderhebungspflichten	53
1.	Unterbliebene Hinzuziehung eines Konsiliarius	53
2.	Diagnosefolgefehler	54
3.	Vorsorgeuntersuchung - keine Statussicherung?	57
4.	BGH-Beschluss vom 9. Januar 2007	58
III.	Verschulden	60
1.	„Grob verschuldete Unaufklärbarkeit“	60
2.	Vollbeherrschbares Risiko	61

IV.	Vermutungsregel für reaktionspflichtigen Befundes	63
1.	Beweisvereitelung	64
a)	Objektiver Tatbestand	65
b)	Subjektiver Tatbestand	68
c)	Beweisvereitelung ohne doppeltes Verschulden	70
d)	Zwischenergebnis	70
2.	Rechtsfolge der Beweisvereitelung	71
3.	Zwischenergebnis	73
V.	Rechtsbegriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit	73
1.	Auswertung von Gerichtsentscheidungen	74
2.	Entscheidung des OLG Köln vom 28. Mai 2003	78
3.	Eigene Auslegung	80
a)	Wahrscheinlichkeit als Beweismaß	80
b)	Zum Begriff der Wahrscheinlichkeit	82
VI.	Kausalität und Beweislastumkehr	84
1.	Befundverlust	84
2.	Befunderhebung	86
a)	Erforderlichkeit	87
b)	Interessen- und Systemgerechtigkeit	87
(1)	Parallelwertung zum Dokumentationsfehler	87
(2)	Wertungswidersprüche zum Diagnosefehler	89
(3)	Eigendynamik bei der Begutachtung	92
(4)	Gefährdungshaftung	94
(5)	Signalwirkung für die Praxis	95
c)	Zwischenergebnis	97
3.	Lösungsvorschlag	97
D.	Zusammenfassung und Ergebnis	99
	Literatur	101

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
BeckRS	BeckRechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CA	Karzinom
CTG	Cardiotokographie
CT	Computertomographie
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EKG	Elektrocardiographie
f., ff.	folgende, fortfolgende
FS	Festschrift
gem.	gemäß
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
insbes.	insbesondere
h.M.	herrschende Meinung
H-Arzt	Durchgangsarzt
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MBO	Musterberufsordnung
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannte
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
w. Nw.	weitere Nachweise
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung, Thema der Arbeit

Pointiert formuliert gilt im Arzthaftungsprozess derzeit der Grundsatz: Ist dem Arzt ein Befunderhebungs- oder Befundsicherungsfehler nachzuweisen, sind die Prozessaussichten für den Patienten günstig. Liegt hingegen ein einfacher sonstiger sog. Kunstfehler vor, sei es bei einer Operation, bei der Diagnosestellung, einem Verhaltenshinweis oder anderweitig, verbleibt es für den Patienten im Hinblick auf den schwierigen Kausalitätsnachweis bei einem erheblichen Prozessrisiko.

Hintergrund dieser Situation sind Beweiserleichterungen, die der BGH dem Patienten speziell beim Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler gewährt. Der beweisrechtliche Vorteil ergibt sich daraus, dass ein verlorener oder nicht erhobener Befund bereits dann als reaktionspflichtig unterstellt wird, wenn dies „hinreichend wahrscheinlich“ ist¹. Außerdem wird beim Befunderhebungsfehler zugunsten des Patienten eine Verkennung des Befundes bzw. eine Nichtreaktion seitens des Arztes fingiert. Hinsichtlich dieses fiktiven Sorgfaltspflichtverstoßes wird geprüft, ob es sich um einen einfachen oder groben Behandlungsfehler gehandelt hätte, wobei letzteres nach den von der Rechtsprechung etablierten Beweislastprinzipien im Arzthaftungsrecht² zur Beweislastumkehr für die Kausalität führt³.

Diese Rechtsprechung stellt eine Kombination⁴ der vom BGH gewährten Beweiserleichterungen bei Beweisvereitelung⁵ und der höchstrichterlich entwickelten Grundsätze der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler dar⁶.

1 BGH, NJW 1996, 1589.

2 Vgl. Kapitel A. I., II., Grundlagen der Arzthaftung.

3 BGH, NJW 1999, 862; BGH, NJW 2004, 2011.

4 Tombrink in Arzthaftungsrecht - Rechtspraxis und Perspektiven, S. 121.

5 BGH, NJW 1987, 1482; NJW 2004, 222; OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 1624; BGH NJW-RR 1989, 1371; BGH, VersR 1958, 849, VersR 1955, 344.

6 BGH, NJW 2004, 2011; NJW 1978, 2337; NJW 1983, 333; NJW 1981, 2513; NJW 1988, 2303; NJW 1989, 2332; NJW 1997, 796.

Die Ursprünge dieser Rechtsprechung reichen bereits mehrere Jahrzehnte zurück. Als wegweisende Entscheidungen sind insbesondere zwei BGH-Urteile vom 27. Juni 1978⁷ und vom 21. September 1982⁸, die sich mit der ärztlichen Dokumentationspflicht und den beweisrechtlichen Konsequenzen bei Dokumentationsmängeln befassen⁹, zu nennen. Für die Entwicklung der Rechtsprechungsfigur des Befundsicherungs- und Befunderhebungsfehlers knüpfte der BGH mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1983, bei der es um eine unterbliebene präoperative Laboruntersuchung bei einer Blinddarmentzündung ging, an diese Entscheidungen mit der Begründung an, es handle sich jeweils um Pflichten zur Stattsicherung des Behandlungsgeschehens¹⁰.

Ausgangsentscheidung der jetzigen Rechtsprechung des BGH zu den beweisrechtlichen Konsequenzen bei schuldhaft unterlassener Erhebung oder Sicherung medizinisch gebotener Befunde ist ein Urteil vom 3. Februar 1987¹¹, bei dem es um eine unterbliebene Röntgenthorax-Untersuchung bei Tuberkulose ging.

Mit BGH-Urteil vom 13. Februar 1996 - ein EKG-Streifen bei Herzinfarkt war nicht auffindbar - wurde der Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler schließlich als einheitliche Beweisfigur mit definierten Haftungsvoraussetzungen etabliert¹².

In der Literatur wurden die neu eingeführten, der klagenden Partei zugute kommenden Beweiserleichterungen zunächst nur wenig kommentiert¹³ und auch bei den Instanzgerichten spielte die Prü-

7 BGH, NJW 1978, 2337, siehe dazu A. II. 1.

8 BGH, NJW 1983, 333, siehe dazu A. II. 1.

9 Matthies, NJW 1983, 335; Quaas, Zuck, Medizinrecht, § 13 Rz. 117.

10 BGH, NJW 1983, 333.

11 BGH, NJW 1987, 1482.

12 BGH, NJW 1996, 1589.

13 Matthies, NJW 1983, 335; Kern, MedR 1983, 135; Giesen, MedR 1988; 23; Schlund, JR 1988, 65; Peter, NJW 1988, 751; Mehrhoff, NJW 1990, 1524; Laufs, NJW 1997, 1609. Ab Ende der 90ziger Jahre finden sich dann zunehmend Literaturmeinungen, die im Kontext der Arbeit zitiert werden. Dies gilt auch für die 2008 kurz vor Redaktionsschluss veröffentlichte Arbeit von Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes. Insgesamt gibt es jedoch bis heute vergleichsweise wenig Literatur zu dieser Beweisfigur.

fung von Fehlern bei der Befunderhebung und der Befundsicherung noch bis vor wenigen Jahren eine eher untergeordnete Rolle.

Dies hat sich in jüngerer Zeit grundlegend geändert. Der Befunderhebungsfehler wird nach der Erfahrung der Verfasserin¹⁴ von den Patienten(anwälten) nunmehr regelmäßig gerügt und der Sachvortrag nach Möglichkeit darauf ausgerichtet, dass der Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst nicht in der falschen Diagnose, sondern in der mangelhaften Diagnostik, d.h. in der unzureichenden Befunderhebung lag.

Die Gerichte wenden die Grundsätze zur unterlassenen Befunderhebung auf der einen Seite zunehmend erweiternd an, wie etwa bei der unterbliebenen Hinzuziehung eines Konsiliarius¹⁵ und bemühen sich andererseits darum, diesen neuen Weg in die Beweislastumkehr wieder einzuschränken¹⁶, letzteres insbes. durch die Formulierung hoher Anforderungen an die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ der Reaktionspflichtigkeit des unterstellten Befundes¹⁷. Die Befunderhebungsrechtsprechung stellt damit eines der wenigen Gebiete im Arzthaftungsrecht dar, in dem die Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist¹⁸.

Da im Arzthaftungsprozess die Beweislast wegen der Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises eine besonders prozessentscheidende Rolle spielt¹⁹, sind Beweiserleichterungen von größter praktischer Relevanz²⁰. Die Ausweitung von Beweisvorteilen für die Patientenseite kann zu einer vermehrten Haftung und damit zur Verteuerung der Berufshaftpflichtversicherungen der Ärzte bis hin zu der systematischen Kündigung besonders risikobehafteter Fachgebiete führen. Schmid²¹ merkt kritisch an, dass es nicht im Interesse der Allgemeinheit wie des Patienten liegen könne, wenn

14 Als Anwältin.

15 OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 106.

16 OLG Hamm, MedR 2006, 111 (zur unterbliebenen Vorsorgeuntersuchung); OLG Köln, NJW 2006, 69 (zum Diagnosefolgefehler).

17 OLG, Köln, VersR 2004, 247 (zum Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit).

18 Scheuch, ZMGR 2005, 296.

19 Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, Rz. 379; Spickhoff, NJW 2001, 1757.

20 Schultze-Zeu, VersR 2000, 564.

21 Schmid, NJW 1994, 767.

ärztliches Handeln im Einzelfall von Rücksichten auf versicherbare Risiken mitbestimmt wird. „Käme es dazu, dass besonders gefahrenträchtige Bereiche (wie etwa die Geburtshilfe) zu tragbaren Prämien nicht mehr versicherbar wären, so dass nur noch in wenigen, sehr gut gehenden Praxen diese Tätigkeit ausgeübt werden könnte, so wäre dies“, wie ihm beizupflichten ist, „sicher ein Rückschritt“²².

Zudem verstärkt die Angst vor Haftungsfällen und Prämien erhöhungen die Tendenz in die, wie Lauf es nennt, verhängnisvolle Defensivmedizin²³.

Beweiserleichterungen für die Patientenseite haben also weitreichende Konsequenzen für beide Seiten. Dies stellte Anlass dar, sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Rechtsprechungsentwicklung zum Befundsicherungs- und Befunderhebungsfehler für ein „ausgeglichenes Kräfteverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten“ - so Müller, Vorsitzende des Arzthaftungssenats des BGH – „geboten ist“²⁴ und ob sich diese durch Richterrecht²⁵ geschaffene Rechtsprechungsfigur interessen- und systemgerecht in das etablierte Arzthaftungsrecht einfügt²⁶ oder ob möglicherweise ein Begründungsdefizit besteht.

22 Schmid, NJW 1994, 767.

23 Laufs, NJW 1988, 1504.

24 Müller, VersR 2006, 1289, 1296; s.a. Reinhardt, NJW 1994, 93.

25 Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 73.

26 Prütting in MüKo, § 286 ZPO Rz. 123; Foerste in Musielak, § 286 ZPO, Rz. 37.

A. Grundlagen der Arzthaftung

Um die Rechtsprechungsentwicklung zum Befundsicherungs- und Befunderhebungsfehler nachvollziehbar darstellen zu können, soll zunächst ein kurzer Überblick zu den Grundprinzipien der Arzthaftung gegeben werden.

I. Materiell-rechtliche Grundelemente

Die materiell-rechtlichen Grundelemente der vertraglichen und deliktischen Arzthaftung nach §§ 823 ff. BGB sind der ärztliche Fehler, die Kausalität und der Schaden²⁷, wobei das dritte Element - der Schaden - für diese Arbeit nicht von Relevanz ist.

Ob ein ärztlicher Fehler zu bejahen ist, richtet sich nach dem „Standard guter ärztlicher Versorgung“, d.h. nach dem sog. Facharztstandard²⁸. Dieser gebietet, dass der Arzt „diejenigen Maßnahmen ergreift, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden“²⁹.

Für die Frage der Kausalität ist zu prüfen, ob der Schaden vermieden worden wäre, wenn sich der Arzt pflichtgemäß verhalten hätte³⁰. Auch, wenn dies zu bejahen ist, können sich auf Kausalität noch Einschränkungen ergeben, wie etwa nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm³¹, was hier ebenfalls mangels Relevanz keiner Vertiefung bedarf.

27 Müller, NJW 1997, 3049; Deutsch in FS für Caemmerer, S. 330.

28 BGH, NJW 2000, 2754; NJW 1993, 2989; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rz. 20.

29 BGH, NJW 1995, 776.

30 BGH, NJW 1975 824.

31 Grundsätzlich dazu Deutsch, FS für Geiß, S. 367, 369; s. auch Ulsenheimer et al., Geburtshilfe und Gynäkologie, S. 116; OLG Zweibrücken, BeckRS 2001 30200512 (ein Aneurysma, das später zu einer tödlichen Blutung führte, hätte als Zufallsbefund bei einer aus einem anderen Grund erfolgten Computertomographie festgestellt werden können).

II. Beweisrecht

Voraussetzung für die Anwendung des materiellen Rechts ist die im Wege der Beweiserhebung zu generierende Kenntnis des Tatrichters vom „wahren“ Sachverhalt³². Es bedarf gem. § 286 Abs. 1 ZPO seiner „richterlichen Überzeugung“, dass sich der streitgegenständliche Lebenssachverhalt mit den Tatbestandsmerkmalen der auf den Streitfall anzuwendenden Normen deckt³³.

Im Zivilprozess kommt der Beibringungsgrundsatz zur Anwendung, der sich daraus ergibt, dass kein öffentliches Interesse daran besteht, die Wahrheit von Tatsachen zu ermitteln, die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu Grunde liegen. Die Beschaffung und die Feststellung des Streitstoffes obliegt daher den Parteien. Das Gericht wirkt hierbei lediglich mit³⁴.

Abgeleitet aus dem Beibringungsgrundsatz gilt, dass jede Partei die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Tatbestand der ihr günstigen Norm erfüllt ist, d.h. die Klagepartei muss die anspruchsbegründenden und rechtserhaltenden Tatsachen, die beklagte Partei die rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Umstände darlegen und beweisen³⁵.

Die Beweislast für sämtliche Haftungsvoraussetzungen, auch für den Fehler, liegt beim Patienten. Denn wegen „der weitgehenden Undurchschaubarkeit des lebenden Organismus“ indiziert nach Rechtsprechung und Lit.³⁶ „ein Fehlschlag oder ein Zwischenfall *nicht* allgemein ein Fehlverhalten oder Verschulden des Arztes“³⁷.

Die Schuldrechtsreform führte zu einer Änderung von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB dahingehend, dass eine Schadensersatzpflicht dann

32 Reichold in Thomas, Putzo, vor § 284 Rz. 1.

33 Prütting in MüKo, § 286 ZPO, Rz. 11; Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 18; BGH NJW 1998, 3417.

34 Reichold in Thomas, Putzo, Einl. I Rz. 3; Greger in Zöller, vor § 128 Rz. 10 ff.

35 Reichold, aaO, vor § 284 Rz. 23; Greger aaO, vor § 284 Rz. 10 ff; Schmidt, JuS 2003, 1007; Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 34.

36 BGH, NJW 1988, 2949; s.a. BVerfG NJW 1979, 1925; Weber, R., NJW 1997, 761.

37 BGH, NJW, 1977, 1102; NJW 1991, 1540; NJW 1995, 1618.

entfällt, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat³⁸. Hieraus könnte man ableiten, dass grundsätzlich nicht der Patient für das Vorliegen, sondern der Arzt für das Nichtvorliegen eines Sorgfaltspflichtverstoßes beweibelastet sein soll. Dieser Ansatz hat sich jedoch in Rechtsprechung und Literatur nicht durchgesetzt³⁹. Vielmehr gilt, dass der Patient weiterhin für die objektive Pflichtverletzung⁴⁰ den Beweis zu erbringen hat und der Arzt nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nur dann exkulpationspflichtig ist, wenn er sich auf das Fehlen einer subjektiven Pflichtverletzung, also etwa auf einen Rechtsirrtum oder auf die Verkennung des medizinischen Standards berufen will⁴¹.

Der Beweis des Behandlungsfehlers ist grundsätzlich nach § 286 ZPO als sog. Strengbeweis zu führen⁴². Dies gilt auch für die haftungsbegründende Kausalität, also für den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Fehler und primärem Schaden⁴³.

Der Beweis ist einstufig, wenn es um das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Sachverhaltselements ohne Rückgriff auf weitere, dahinter stehende Tatsachen geht. Er ist zwei- bzw. mehrstufig, wenn er mit Hilfe anderer Tatsachen, die dann den Schluss auf die tatbestandsausfüllenden Sachverhaltselemente erlauben, geführt wird⁴⁴. Auch ein Indizienbeweis kann zum Nachweis der Haftungsvoraussetzungen zur Anwendung kommen. Er erfolgt über den Nachweis tatbestandsfremder Behauptungen, die den richterlichen Schluss auf das Vorliegen oder das Nichtvorliegen des bestrittenen Tatbestandsmerkmals rechtfertigen⁴⁵. Der Indizienbeweis kann selbst ein mehrstufiger Beweis sein⁴⁶.

38 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, in Kraft getreten zum 1. Januar 2002.

39 Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 39.

40 BGH NJW 2001, 1786; Grundmann in MüKo, § 276 BGB Rz. 55; Löwisch in Staudinger, § 276 BGB, Rz. 30.

41 Spickhoff, NJW 2003, 1701.

42 Müller, NJW 1997, 3049.

43 BGH, NJW 1987, 705; BeckRS, 1981 30383792.

44 Weber H., Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, Kausalität - Beweiswürdigung und Beweismaß - Beweiserleichterungen, S. 18.

45 Prütting in MüKo, § 284 ZPO, Rz. 24, 25; Weber H., aaO, S. 18.

46 Weber H., aaO, S. 181.

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Arzthaftung - Fehler, Kausalität, Schaden - lassen sich regelmäßig nicht ohne Rückgriff auf andere Tatsachen feststellen, sondern sind meist mehrstufig über zu beweisende Anknüpfungstatsachen, auch hypothetische Tatsachen⁴⁷ oder Indizien zu ermitteln. Eine Anknüpfungstatsache in diesem Sinne ist etwa die Erkennbarkeit eines Rest-Gallensteins auf einem intraoperativ gefertigten Röntgenbild⁴⁸. Käme es zum Verlust des Bildes, wären verschiedene Indizien für eine bereits intraoperativ bestehende Erkennbarkeit des Gallensteins denkbar, etwa unmittelbar postoperativ fortbestehende Beschwerden oder ein postoperativ gefertigtes Röntgenbild, auf dem der Stein erkennbar ist.

Unterbleibt eine Reaktion auf einen pathologischen Befund, z.B. auf den intraoperativ erkennbaren Rest-Gallenstein, kann dies unter Berücksichtigung weiterer Tatsachen wie etwa der gutachterlichen Feststellung, dass eine Pflicht zur Entfernung bestanden hätte, als Ergebnis des mehrstufigen Beweises den Schluss auf das Haftungselement Fehler begründen.

Das beim Befunderhebungsfehler als Fiktion unterstellte Befundergebnis⁴⁹ stellt eine hypothetische Tatsache im oben genannten Sinne dar.

Der sog. Strengbeweis nach § 286 ZPO erfordert für Fehler, Kausalität und Schaden die volle Überzeugung des Gerichts, wobei sich die Formel eines „für das praktische Leben brauchbaren Grades von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“, etabliert hat⁵⁰. Für die Kausalität bei einem Unterlassen verlangt die Rechtsprechung eine mit an Sicherheit

47 Leipold in Stein-Jonas, § 284, Rz. 12.

48 „Gallenstein“-Entscheidung des BGH, NJW 1996, 779.

49 Siehe B. I. 4.

50 BGH, NJW 1970, 946; 1994, 801; Greger aaO, § 286 Rz. 19; Deutsch, Spickhoff, aaO, Rz. 382.

grenzende Wahrscheinlichkeit⁵¹. Ein naturwissenschaftlicher Nachweis der Wahrheit wird nicht gefordert⁵².

Aufgrund der besonderen Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten, die der Arzthaftpflichtprozess für den Patienten mit sich bringt, stellt der BGH reduzierte Anforderungen an die Substanziierung des klagebegründenden Sachverhalts⁵³ und gewährt dem Patienten auf der Basis richterlicher Rechtsfortbildung im Interesse der Waffengleichheit⁵⁴ unter bestimmten Voraussetzungen beweiserrechtliche Privilegierungen⁵⁵. Die wichtigste Regel stellt die Beweislastumkehr für die Kausalität bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers dar⁵⁶. Zudem werden dem Patienten Beweiserleichterungen für den sog. Anscheinsbeweis⁵⁷, bei Dokumentationsmängeln⁵⁸ sowie bei Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlern, die Thema dieser Arbeit sind, eingeräumt. Beweiserleichterungen bei Beweisvereitelung durch die Gegenseite stellen zwar kein typisch arzthaftungsrechtliches Phänomen dar, sie sind für diese Arbeit dennoch von besonderer Relevanz, weil der BGH es offen gelassen hat, ob die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler diesem Institut oder dem auch im Zivilprozess geltenden Grundsatz von Treu und Glauben zuzuordnen ist⁵⁹.

III. Dokumentationsfehler

Wie bereits eingangs angemerkt, knüpft die Rechtsprechung zum Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler an die Rechtspre-

51 Z.B. OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1325.

52 Greger, aaO, § 286 Rz. 19; Foerste in Musielak, § 286 ZPO, Rz. 19; BGH, NJW 1986, 1541.

53 BGH NJW 83, 340; 84, 1408; Knerr in Geigel, Haftpflichtprozess, 37. Kapitel, Rz. 83; Schmid, NJW 1994, 767; Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 392, 393.

54 Prütting in MüKo, § 286 ZPO, Rz. 119; Foerste in Musielak, § 286 ZPO, Rz. 37; NJW-RR 1997, 892.

55 Deutsch, Spickhoff, aaO, zu sämtlichen Beweiserleichterungen im Überblick, Rz. 384 ff.

56 BGH, NJW 2004, 2011; 1981, 2513; 1978, 2338; 1968, 2291.

57 Z. B. bei Lagerungsschäden, s. BGH, NJW 1984, 1408; NJW 1995, 1618.

58 BGH, NJW 1995, 1611.

59 BGH, NJW 1987, 1482 (Röntgen-Kontrolle bei Tbc-Erkrankung).

chung zu Dokumentationsversäumnissen an, auf die daher näher eingegangen werden soll.

1. Dokumentation als Pflicht gegenüber dem Patienten

In den 60er Jahren vertrat der BGH noch die Auffassung, Aufzeichnungen des Arztes dienten nur als interne Gedächtnisstütze, eine gegenüber dem Patienten bestehende Pflicht zu ihrer sorgfältigen und vollständigen Führung bestünde hingegen nicht⁶⁰. Im folgenden Jahrzehnt rückte der BGH⁶¹ hiervon mit der Begründung ab, dass „diese Bewertung einer überholten ärztlichen Berufsauffassung unangemessen Raum zugesteht und an ihr nicht mehr festgehalten werden kann“⁶². Mit der bereits in der Einleitung erwähnten Entscheidung des BGH vom 27. Juni 1978⁶³ gewährte der BGH erstmals Beweiserleichterungen bei Dokumentationsfehlern.

Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Chirurgin nahm bei einer Patientin eine Blinddarmoperation vor. Wenige Tage nach der Operation entwickelte die Patientin eine Darmlähmung und erlitt einen Kreislaufzusammenbruch, an dem sie verstarb. Bei der Patientin bestand bereits vor dem Eingriff ein urologischer Infekt. Ein Blutbild und eine Urinuntersuchung hatte die Ärztin indessen - entgegen dem von ihr diktierten Krankenblatt - präoperativ nicht veranlasst. Die Nichtbehandlung des urologischen Infektes wertete das OLG als behandlungsfehlerhaft. Die Kausalität sah das OLG jedoch als nicht bewiesen an, was der BGH zwar bestätigte, jedoch die „ganz unzulängliche und teilweise sogar (möglicherweise bewusst) falsche ärztliche Dokumentation der Krankengeschichte und beweisrechtlichen Folgerungen dieser Dokumentationsmängel, die das OLG hätte ziehen müssen“ monierte und erstmalig feststellte:

„Dass eine Pflicht des Arztes zu angemessener Dokumentation besteht, ... lässt sich ... aus der **selbstver-**

60 BGH, NJW 1963, 389.

61 BGH, NJW 1972, 1520.

62 BGH, NJW 1978, 1681.

63 BGH, NJW 1978, 2337.

ständlichen therapeutischen Pflicht gegenüber dem Patienten erklären ... soweit diese Pflicht geht, kann der Arzt sich auch beweisrechtlich nicht auf eine angebliche Unzumutbarkeit der erforderlichen Aufzeichnungen berufen Übrigens unterliegt es keinem Bedenken, diese Pflicht zur Dokumentation wenigstens in dem Umfang, in dem sie sich auch schon aus allgemeinen therapeutischen Erwägungen anbietet, dem Arzt **auch außerprozessual als eine Art Rechenschaftspflicht** aufzuerlegen, ähnlich der, die bei der Verwaltung fremden Vermögens seit langem selbstverständlich ist. Aus den vorstehend dargestellten Erwägungen ergeben sich für den Fall einer offensichtlich unzulänglichen ärztlichen Dokumentation besondere **beweisrechtliche Konsequenzen** Allerdings darf auch hier nicht nach einer starren Regel Beweislastumkehr angenommen werden, vielmehr sind **Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr gehen können**, immer dann und soweit geboten, als nach tatrichterlichem Ermessen dem Patienten die (volle) Beweislast für einen Arztfehler angesichts der vom Arzt verschuldeten Aufklärungshindernisse billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.“
(Anm.: Die Hervorhebungen mit Fettdruck sind in diesem wie auch in den weiteren Rechtsprechungszitaten hinzugefügt.)

Nach diesem Urteil ergibt sich die Pflicht zur Dokumentation gegenüber dem Patienten also aus

- der therapeutischen Notwendigkeit der Dokumentation als Basis für die Weiterbehandlung
- sowie aus
- der Rechenschaftspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten in Anlehnung an die Rechenschaftspflicht eines Vermögensverwalters.

Abgeleitet aus den gesetzlich geregelten Rechenschaftspflichten wie z.B. der Rechenschaftspflicht des Vermieters über die Betriebskosten gem. § 556 Abs. 3 BGB oder des Vormundes, der gem. § 1840 BGB über seine Vermögensverwaltung dem Vor-

mundschaftsgericht Rechnung zu legen hat, gilt nach h.M. auf der Grundlage von § 242 BGB als allgemeines Prinzip, das derjenige rechenschaftspflichtig ist, der (zumindest auch) fremde Angelegenheiten besorgt⁶⁴. Voraussetzung ist eine vertragliche, gesetzliche oder anderer Sonderrechtsbeziehung⁶⁵, aufgrund derer der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang seines Rechtes im Ungewissen ist, der Verpflichtete dagegen die Kenntnis der Tatsachen besitzt und sie unschwer offenbaren kann, auf die der Berechtigte zur Geltendmachung seines Rechtes angewiesen ist⁶⁶. Das Prinzip der Rechenschaftspflicht trägt dem Interesse des Gläubigers an einer umfassenden und übersichtlichen Information Rechnung, die Fremdverwaltung zu überprüfen und bei Missständen Ansprüche geltend zu machen⁶⁷.

Diese Grundsätze wurden zwar für die Besorgung fremder Rechtsgeschäfte entwickelt, die Interessenlage stellt sich jedoch bei der Befassung des Arztes mit der Gesundheit des Patienten nicht anders dar⁶⁸. Auch hier bestehen ein entschuldbares Unwissen des Patienten auf der einen Seite und die Kompetenz des Arztes zur Offenbarung der relevanten Gesundheitsdaten und des Behandlungsgeschehens auf der anderen Seite. Die vom BGH gezogenen Parallele zur Rechenschaftspflicht des Vermögensverwalters ist damit überzeugend.

Soweit die Dokumentationspflicht gehe, dürfe sich der Arzt - so der BGH⁶⁹ - auch beweisrechtlich nicht auf eine angebliche Unzumutbarkeit der erforderlichen Aufzeichnungen berufen. Die dem Patienten zuzubilligenden Beweiserleichterungen müssten eigenen Grundsätzen folgen, die sich an dem von der Behandlerseite verschuldeten Aufklärungshindernis zu orientieren hätten. Zu der dogmatischen Einordnung dieser Beweiserleichterungen hat sich der BGH weder in dieser noch in einer späteren Entscheidung ab-

64 Krüger in MüKo, § 259 BGB, Rz. 5, 6; Bittner in Staudinger, § 259 BGB, Rz. 3 ff, Unberath in Beck'scher Online-Kommentar § 259 BGB, Rz. 6, 7.

65 BGH, NJW1957, 669.

66 Krüger aaO, § 259 BGB, Rz. 5, 6.

67 Krüger aaO, § 259 BGB, Rz. 6.

68 Uhlenbruck, NJW 1980, 1339.

69 Dazu unten A. III. 5.

schließlich geäußert. In der Lit. wird der Dokumentationsfehler zumeist dem Institut der Beweisvereitelung zugeordnet⁷⁰.

Diese Ausgangsentscheidung zur Dokumentationspflicht und ihrer beweisrechtlichen Relevanz hat der Ärzteschaft seinerzeit ein erhebliches Umdenken hinsichtlich der Rollen- und Machtverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis abgefordert. Nunmehr, drei Jahrzehnte später, darf man bei der Ärzteschaft als bekannt und akzeptiert voraussetzen, dass dem Patienten eine ordnungsgemäße Dokumentation geschuldet wird⁷¹.

2. Inhalt und Umfang der Dokumentationspflichten

a) Therapeutische Notwendigkeit

Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 befand der BGH⁷² zu der Frage von Inhalt und Umfang der Dokumentationspflichten, dass „nur die für die ärztliche Diagnose und die Therapie wesentlichen medizinischen Fakten in einer für den Fachmann hinreichend klaren Form“ aufzuzeichnen seien. Die ärztliche Dokumentation diene vor allem therapeutischen Belangen. Ihr Inhalt und Umfang richte sich hingegen nicht danach, wie am besten Beweise für einen späteren Arzthaftungsprozess zu sichern seien⁷³. 1993 beschäftigte sich der BGH⁷⁴ erneut mit der Frage, wieweit die Dokumentationspflichten des Arztes gehen und führte aus:

„Eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, ist auch nicht aus Rechtsgründen geboten, so dass aus dem Unterbleiben derartiger Aufzeichnungen keine beweisrechtlichen Folgerungen gezogen werden können.“

70 Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 66, Prütting in MüKo, 286 Rn. 88; Mehrhoff NJW 1990, 1524.

71 Peter, NJW 1988, 751.

72 BGH, NJW 1989, 2330.

73 Mehrhoff, NJW 1990, 1524.

74 BGH, NJW 1993, 2375.

Der BGH blieb also dabei, dass die Dokumentationspflicht gegenüber dem Patienten ihre Grenzen in der therapeutischen Notwendigkeit findet und die Rechenschaftspflicht keine darüber hinausgehenden Dokumentationspflichten begründet. Mit diesen Urteilen wurde der seither geltende Grundsatz festgeschrieben, dass eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, auch nicht aus Rechtsgründen geboten ist⁷⁵.

Soweit die medizinische Notwendigkeit besteht, sind die Aufzeichnungen vollständig, richtig, wahr, zeitgerecht und geordnet (klar, übersichtlich, nachprüfbar) vorzunehmen⁷⁶.

b) Rechenschaftspflicht

Mit einem Urteil aus dem Jahr 1981 bejahte der BGH eine Pflicht zur Dokumentation für die Aufklärung über die Versagerquote bei Sterilisationen⁷⁷. Bei dieser Aufklärung handelt es sich um keine Risikoaufklärung, für die der Arzt beweispflichtig ist, sondern um eine vertragliche Nebenpflicht, deren Verletzung von Patientenseite zu beweisen ist. Die relevante Passage aus der Entscheidung betrifft daher *nicht* die Beweiswürdigung einer (unzureichend) dokumentierten Risikoaufklärung, sondern die Frage der Dokumentationspflicht selbst:

„Nachdem inzwischen geklärt ist, dass solche Eingriffe unter den entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen rechtlich zulässig sind, haben sie in der Praxis eine größere Bedeutung gewonnen; auch sind ihre in gewissem Umfang unvermeidlichen Fehlschläge inzwischen mehrfach forensisch hervorgetreten. Bei dieser Sachlage **liegt es** heute für den Arzt, der eine Sterilisation aus Gründen der Familienplanung vornimmt, **so nahe**, sich seinen Hinweis auf die Versagerquote schriftlich bestätigen zu lassen, dass die Unterlassung dieser Vorsichtsmaßnahme (der ersichtlich therapeutische Bedenken nicht entgegenstehen können) ein Beweisan-

75 Müller, DRiZ 2000, 259, 262; BGH, NJW 1999, 3408; NJW 1993, 2375.

76 Kilian, NJW 1987, 695.

77 BGH NJW 1981, 2001, 2004.

zeichen dafür bilden mag, dass die Erfüllung dieser aus dem Behandlungsvertrag folgenden Nebenpflicht versäumt worden ist.“

Die Dokumentationspflicht wird also damit begründet, dass sie „so nahe“ lag, dass sie vom BGH auch rechtlich erwartet wurde. Dies, obgleich keine medizinisch-therapeutische Notwendigkeit erkennbar ist, wofür der Hinweis auf die Versagerquote hätte dokumentiert werden müssen. Wenn auch nicht explizit, so geht es doch im Kern bei einer „nach Sachlage nahe liegenden“ Dokumentation um die Rechenschaftspflicht des Arztes. Dieser soll nach der erkennbaren Intention des BGH als Sachwalter der Behandlungsdokumentation neben den medizinisch notwendigen, auch die der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit dienenden Inhalte der Behandlung und Beratung festhalten.

Diese Entscheidung des BGH stellt eine Einzelfallentscheidung dar, so dass sie nicht geeignet ist, den wiederholt formulierten Grundsatz, allein die therapeutische Notwendigkeit bestimme den Umfang der Dokumentation, auszuweiten geeignet wäre.

Zu bedenken ist jedoch, dass auch andere Sachverhalte in Betracht kommen, bei denen eine vollständige Dokumentation nicht schon aufgrund der medizinischen Notwendigkeit gefordert werden kann. Dies trifft etwa auf Fälle unter der Geburt auftretender Schulterdystokien mit der Folge dauernder Gesundheitsschäden zu. Denn die Kenntnis, welche Maßnahmen von wem in welcher Reihenfolge durchgeführt wurden, ist für die weitere Behandlung des eingetretenen Gesundheitsschadens nicht erforderlich⁷⁸. Die Instanzgerichte verlangen dennoch regelmäßig genaue Angaben zu den einzelnen geburtshilflichen Entwicklungsmanövern und rügen Dokumentationen wie „schwierige Schulterentwicklung“ ausdrücklich als unzureichend⁷⁹. Unter Berufung auf die höchstgerichtliche Einschränkung auf die „medizinisch notwendige“ Dokumentation ließe sich eine Dokumentationspflicht in diesen Fällen daher verneinen.

78 So auch Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 262; Hausch, VersR 2006, 612, 616 f.

79 OLG München vom 16.9.1999, Az 1 U 3549/98; OLG München vom 12.11.1998, Az 1 U 3671/97; OLG Koblenz, OLG-Report 2002, 303.

Dieses Ergebnis stößt aber insoweit auf Bedenken, als für den Patienten und den Gutachter die Krankengeschichte und der Behandlungsverlauf nur durch die vollständige Dokumentation nachvollziehbar sind⁸⁰. Auch das Bundesverfassungsgericht betonte mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1979⁸¹, dass der richtigen und umfassenden Dokumentation der ärztlichen Behandlung eine entscheidende Bedeutung angesichts der generell vorhandenen Beweisschwierigkeiten in Arzthaftungsprozessen zukommt und „oftmals nur aufgrund der ärztlichen Dokumentation der Behandlung ein Beweis für bestimmte Tatsachen und Geschehnisabläufe zu führen“ ist⁸². Der BGH formuliert dies ähnlich mit einem Urteil vom 3. Februar 1987⁸³, allerdings in einem Nebensatz und im Rahmen einer Entscheidungsbegründung, bei der es um die beweisrechtlichen Nachteile des Befundsicherungsfehlers und nicht primär um den Umfang der geschuldeten Dokumentation ging:

„Die ... ärztliche Verpflichtung, durch entsprechende Untersuchungsmaßnahmen einen bestimmten Krankheitsstatus zu erheben, verfolgt zwar in erster Linie therapeutische Ziele. Sie dient aber auch, **ähnlich wie die Pflicht zur Dokumentation der Befunde, der Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Patienten, dem Rechenschaft über den Gang der ärztlichen Behandlung abzulegen ist.**“

Das Prinzip der Rechenschaftspflicht wird also von der Rechtsprechung in allen dargestellten Entscheidungen als wesentliche Begründung für die Dokumentationspflicht herangezogen. Wie dargestellt, ist dieser Ansatz auch überzeugend⁸⁴. Er käme daher als tragfähige Begründung für eine Dokumentationspflicht auch für solche Konstellationen in Betracht, bei denen keine medizinische

80 Wagner in MüKo, § 823, Rz. 740.

81 BVerfG, NJW 1979, 1925 (betraf die intraoperative Schädigung eines Nervens).

82 OLG Saarbrücken, VersR 1988, 916 mit entsprechender Akzentsetzung.

83 BGH, NJW 1987, 1482.

84 A. III. 1.

Notwendigkeit für die Dokumentation besteht⁸⁵, der Patient jedoch ein berechtigtes Interesse an einer vollständigen Aufzeichnung der Ereignisse hat, wie dies insbes. bei komplikationsbehafteten Behandlungsverläufen der Fall ist.

Dieser Punkt bedarf hier jedoch keiner abschließenden Klärung. Als das für diese Arbeit relevante Ergebnis ist vielmehr festzuhalten, dass sich nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH der Umfang der Dokumentationspflicht *allein* aus der therapeutischen Notwendigkeit ergibt. Nur soweit dies zu bejahen ist, dient die Dokumentation *zugleich* dem Zweck der Rechenschaft gegenüber dem Patienten.

3. Voll beherrschbares Risiko

Als vom Arzt voll beherrschbare Risiken werden solche angesehen, die keinen Einflüssen aus den „Eigenheiten des menschlichen Organismus oder aus dem Kernbereich ärztlichen Handelns“⁸⁶ unterliegen. Die Dokumentationspflicht unterliegt keinen derartigen Risiken oder Unwägbarkeiten. Ihre Erfüllung kann durch sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens vielmehr objektiv voll beherrscht werden. Daher stellt die Vollständigkeit der ärztlichen Dokumentation ein sog. voll beherrschbares Risiko dar⁸⁷.

4. Exkurs zur forensischen Praxis

Um die Frage der Dokumentationspflicht für eine bestimmte Maßnahme wird in Arzthaftungsprozessen zum Teil zäh gerungen, so z.B. bei der Dokumentation einer Blutdruckmessung mit unauffälligem Ergebnis bei einer geburtshilflichen Eingangsuntersuchung⁸⁸. Die insgesamt geringe Zahl entsprechender Entscheidungen legt

85 Siehe auch Schmid, NJW 1987, 681, 683; Laufs, NJW 1997, 1609; Frahm, Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rz. 128; Steffen, Pauge, Arzthaftungsrecht, Rz. 456 zu Begründung, Inhalt und Umfang der Dokumentationspflichten.

86 BGH NJW 2007, 1682.

87 Vgl. Teichner, NJW 2002, 276 zur schriftlichen Einwilligungserklärung als voll beherrschbares Risiko.

88 BGH, NJW 1955, 1611.

jedoch nahe, dass Gerichte und begutachtende wie beklagte Ärzte die Dokumentationspflichten im Haftungsprozess meist ähnlich einschätzen und bei Dokumentationsmängeln eher versucht wird, nicht belegte Untersuchungen und Behandlungsschritte anderweitig zu beweisen.

Hausch⁸⁹ befürchtet allerdings, dass diese Übereinstimmung nicht selten daher rührt, dass der Jurist von einer medizinischen und der Mediziner von einer juristisch begründeten Dokumentationspflicht ausgeht. Derartige Missverständnisse belegen, dass 30 Jahre nach der Ausgangsentscheidung zur Dokumentationspflicht *auch* als Rechenschaftspflicht gegenüber dem Patienten⁹⁰, dieser Aspekt nicht nur allgemein geläufig ist, sondern - wenn auch zu Unrecht - im Bewusstsein der Ärzteschaft sogar in den Vordergrund getreten ist. Ein solches Fehlverständnis muss im Einzelfall, durch geeignete Befragung des Sachverständigen erkannt und ausgeräumt werden⁹¹.

5. Beweisrechtliche Konsequenzen des Dokumentationsfehlers

An das oben⁹² bereits besprochene Ausgangsurteil zur Dokumentation aus dem Jahr 1978⁹³ anknüpfend stellte der BGH mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1982⁹⁴ noch einmal klar, dass der Dokumentationsmangel als solcher keine Anspruchsgrundlage bildet. Der Dokumentationsfehler könne nur dazu führen, dass dem Patienten der durch ihn erschwerte Beweis eines behaupteten Behandlungsfehlers erleichtert wird. Damit bleibe es aber Voraussetzung des Anspruchs, dass ein schuldhafter Behandlungsfehler als Ursache des auszugleichenden Gesundheitsschadens ernstlich in Frage komme. Dies sei zunächst vom Patienten schlüssig zu behaupten, wobei an die Substanziierung keine allzu großen Anforderungen gestellt werden dürften.

89 Hausch, VersR 2006, 612, 616 ff.

90 BGH, NJW 1978, 2337.

91 Hausch, aaO.

92 Siehe A. III. 1.

93 BGH, NJW 1978, 2337.

94 BGH, NJW 1983, 332.

Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1988⁹⁵ erfolgte die weitere Präzisierung der beweisrechtlichen Konsequenzen im Fall der unzulänglichen Dokumentation:

„Diese Beweiserleichterung hilft dem Patienten jedoch zunächst nur insoweit, als **sie die Vermutung begründet, dass eine nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist.**“

Während der BGH mit seinem oben besprochenen⁹⁶ Ausgangsurteil aus dem Jahr 1978⁹⁷ noch formulierte, dass „nicht nach einer starren Regel eine Beweislastumkehr angenommen“ werden dürfe, sondern vielmehr „Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr der Beweislast gehen können, immer dann und soweit geboten seien, als nach tatrichterlichem Ermessen dem Patienten die (volle) Beweislast für einen Arztfehler angesichts der vom Arzt verschuldeten Aufklärungshindernisse billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann“, entwickelte der BGH hier nun eine klare Prämisse. Gewährt werden gemäß der Entscheidung von 1988⁹⁸ nicht länger Beweiserleichterungen oder sogar eine Beweislastumkehr für den Fehler, „soweit“ die Beweislast unzumutbar ist, vielmehr wird die Sachverhaltslücke dahingehend geschlossen, dass die Maßnahme - völlig unabhängig von der Frage, ob ihre unterbliebene Dokumentation ein für den Patienten zumutbares oder nicht zumutbares Aufklärungshindernis bedeutet - als unterblieben unterstellt wird.

Der beweisrechtliche Nachteil ist damit kompensiert, der Patient hat nach Schließung der Sachverhaltslücke den allgemeinen Beweisregeln folgend zu beweisen, dass die Unterlassung der ärztlichen Maßnahme einen Fehler darstellt und dieser für den Schaden kausal ist⁹⁹. Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 hat der BGH¹⁰⁰ die gefestigte Rechtsprechung noch einmal bestätigt:

95 BGH, NJW 1988, 2949.

96 Siehe A.III.1.

97 BGH, NJW 1978, 2337.

98 BGH, NJW 1988, 2949.

99 Siehe auch Steffen, FS für Brandner, S.327, 331.

100 BGH, NJW 1995, 1611.

„ ... um auch für die Prozessführung eine gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis zu schaffen ... kann der Tatrichter aus der Nichtdokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnahme bis zum Beweis des Gegenteils durch die Behandlungsseite darauf schließen, dass die Maßnahme unterblieben ist.“

Der meist durch Zeugen angetretene Beweis des Gegenteils scheidert dabei regelmäßig daran, dass entweder der Arzt mit dem Patienten allein war oder es erst zu einem so viel späteren Zeitpunkt zu einer Klage kommt, dass sich die seinerzeit beteiligten Ärzte, Hebammen, Schwestern und Pfleger, die als Zeugen benannt werden, sich regelmäßig nicht mehr in glaubwürdiger Weise an den genauen Ablauf der Ereignisse erinnern können¹⁰¹.

6. Umkehr der Beweislast

Wird ein durch andere Beweismittel nicht ausgleichender Dokumentationsfehler festgestellt, hat dies nach dem Vorstehenden zunächst keine Konsequenzen für den Kausalitätsnachweis. Der BGH führte mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1993 aus¹⁰²:

„Grundsätzlich führt eine Dokumentationslücke auch nicht unmittelbar zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs. Dazu kann es vielmehr nur kommen, **wenn die Dokumentationslücke einen groben Behandlungsfehler indiziert**, der als solcher die Grundlage für eine Beweislastumkehr bildet.“

Erst im nächsten Schritt kann dem Patienten also eine Beweislastumkehr zukommen, und zwar dann, wenn die dem Arzt - jedenfalls beweisrechtlich - anzulastende Unterlassung einen groben Behandlungsfehler darstellt, auf den im Folgenden eingegangen wird.

101 Siehe z.B. OLG Stuttgart, VersR 1999, 582, 583.

102 BGH, NJW 1993, 2375.

IV. Grober Behandlungsfehler

Wie eingangs bereits angesprochen, hat der BGH die beim groben Behandlungsfehler für den Nachweis des Kausalzusammenhangs gewährte Beweislastumkehr in die Figur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers integriert. Auf diesen wird daher näher eingegangen.

1. Definition

Ein grober Behandlungsfehler mit der Folge der Beweislastumkehr für den Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden liegt nach gefestigter Rechtsprechung des BGH¹⁰³ vor,

„wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf“¹⁰⁴.

Die Feststellung, ob es sich um einen groben oder einen einfachen Behandlungsfehler handelt, stellt eine juristische, dem Tatrichter obliegende Beurteilung dar¹⁰⁵. Sie muss aber in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können¹⁰⁶.

2. Beweislastumkehr als Rechtsfolge

Die früher verwendete Formulierung, dass der grobe Behandlungsfehler für den Patienten „zu Beweiserleichterungen bis hin

103 BGH, NJW 1999, 862; NJW 1997, 798; NJW 1986, 1540.

104 BGH, NJW 1998, 1780.

105 Hausch, VersR 2002, 671.

106 BGH, NJW 1998, 1780; NJW 1997, 798; NJW 1999, 862; NJW 2001, 2791; NJW 2002, 2944.

zur Umkehr der Beweislast¹⁰⁷ führen könne¹⁰⁸, hat der BGH mit Urteil vom 27. April 2004¹⁰⁹ aufgegeben. Es gilt nunmehr:

„Ein grober Behandlungsfehler der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, führt grundsätzlich zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden. Dafür reicht aus, dass der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; nahe legen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden hingegen nicht.“

Hintergrund dieser Rechtsprechungsänderung waren die Schwierigkeiten der Instanzgerichte, die sich bei der Interpretation der Formulierung „bis hin zur Umkehr der Beweislast“ bzw. daraus ergaben, dass es in verschiedenen BGH-Entscheidungen hieß, das Ausmaß der dem Patienten zuzubilligenden Beweiserleichterungen sei im Einzelfall danach abzustufen, in welchem Maße wegen der besonderen Schadensneigung des Fehlers das Spektrum der für den Misserfolg in Betracht kommenden Ursachen verbreitert oder verschoben worden sei¹¹⁰. Mit der klarstellenden Entscheidung vom 27. April 2004 entfällt die Frage, ob im Einzelfall „weniger“ Beweiserleichterung als eine Beweislastumkehr gerechtfertigt sein kann.

3. Beweislastumkehr und Gefährdungshaftung

Über die Umkehr der Beweislast kommt es zu einer starken Annäherung an eine Gefährdungshaftung¹¹¹, da der Schuldner nicht für nachgewiesenes Verschulden, sondern aufgrund der Vermutung möglicherweise auch ohne Verschulden haftet¹¹².

107 BGH, NJW 1978, 2337; NJW 1983, 333; NJW 1981, 2513; NJW 1988, 2303; NJW 1989, 2332; NJW 1997, 796.

108 Kritisch Laumen, NJW 2002, 3739.

109 BGH, NJW 2004, 2011.

110 BGH, NJW 1988, 2949; NJW 1994, 801; NJW 1995, 778.

111 Schäfer, Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 149.

112 Koziol in Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 54.

Unter Gefährdungshaftung wird grundsätzlich eine verschuldens-unabhängige Haftung verstanden. Die Rechtfertigung für Gefährdungshaftung wird generell in der Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle gesehen¹¹³. Dieser Aspekt passt auf die Arzthaftung jedoch nicht, da primär nicht der Arzt, sondern der erkrankte Organismus die Gefahrenquelle darstellt¹¹⁴. Eine regelhafte Gefährdungshaftung wird aus diesem Grund für das Arzthaftungsrecht überwiegend abgelehnt¹¹⁵.

Als Ausnahmetatbestand besteht für die Umkehr von der Beweislast bei grobem Behandlungsfehler daher ein gesteigertes Rechtfertigungsbedürfnis¹¹⁶. Auf die Frage der Begründbarkeit dieses beweisrechtlichen Vorteils wird nachfolgend eingegangen.

4. Begründung der Beweislastumkehr

Die Begründung des BGH, *warum* die Behandlerseite im Fall des groben Behandlungsfehlers die Beweislast treffen soll, lautet¹¹⁷,

„dass das von dem Behandlungsfehler in das Behandlungsgeschehen hineingetragene Aufklärungsschwernis, um dessen Verteilung nach der Billigkeit es geht, darin liegt, dass das Spektrum der für den Misserfolg in Betracht kommenden Ursachen gerade wegen der besonderen Schadensneigung des Fehlers verbreitert bzw. verschoben worden ist. Zudem wird in vielen Fällen ohnehin der grobe Verstoß, schon weil er sich gegen elementare Regeln ärztlicher Behandlung richtet und so dem Behandlungsverlauf sein Gepräge gibt, den Misserfolg der Behandlung besonders nahe bringen.“

113 Grundmann in MüKo, § 276 BGB Rz. 4, 5; Kaufmann in Geigel, Haftpflichtprozess, 25. Kap. Rz. 1, 2; Hübner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, S. 245.

114 Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, S. 124; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 174 ff.

115 Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, S. 125, Wagner in MüKo, § 823 Rz. 704, Katzenmeier, Arzthaftung, S.181 ff.

116 Reinhardt, NJW 1994, 93.

117 BGH, NJW 1983, 333.

Gegen diese Begründung lässt sich einwenden, dass die Intensität der ärztlichen Fehlleistung in keinem Zusammenhang mit der verteilten Nachvollziehbarkeit des Geschehens steht¹¹⁸. Auch kann der grobe Fehler gegebenenfalls die Aufklärung des Verlaufs sogar vereinfachen. Beispielhaft zu nennen sind die grob fehlerhafte intraoperative Durchtrennung eines Harnleiters und die durch einfach fehlerhafte Operation bedingte Durchblutungsstörung des Harnleiters mit der gleichen, aber später auftretenden Folge einer Leckage. In der ersten Variante ist die Komplikation direkt nach der Operation und in der zweiten Variante erst nach Tagen bis Wochen erkennbar. Daher wäre in der ersten Variante die Rekonstruktion des Kausalverlaufs einfacher, obgleich ein grober Behandlungsfehler vorläge, als dies bei der zweiten Variante, bei nur einfachem Behandlungsfehler der Fall wäre.

Das Argument, der grobe Behandlungsfehler bringe in vielen Fällen den Misserfolg besonders nahe, d.h. die Annahme einer hierdurch bedingten Gefahrenerhöhung, ist nur beschränkt tragfähig, da es keine generelle Geltung beanspruchen kann¹¹⁹. Dies gilt insbes. für Fehler, bei denen weniger die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts als vielmehr das potentielle Schadensausmaß so groß ist, dass die Verletzung der zu ihrer Vermeidung dienenden Sorgfaltspflichten als grob zu gelten hat¹²⁰.

Weitere Einwände aus der Literatur gegen die vom BGH gewährte Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler lauten: Die Pflichten, gegen die der Arzt im Falle des Behandlungsfehlers verstoße, hätten nicht den Zweck, die Nachvollziehbarkeit des Kausalverlaufs, sondern ausschließlich eine ordnungsgemäße ärztliche Behandlung sicherzustellen¹²¹. Die Schwierigkeit der Aufklärbarkeit des Kausalverlaufs sei kein Spezifikum der medizinischen Behandlung. Eine Beweislastsonderregel gerade für den Arzt, lasse sich daher nicht begründen¹²². Die Akzentsetzung auf die grobe Fehlerhaftigkeit laufe der Lehre vom Schutzbereich der Norm zu-

118 Hanau, NJW 1968, 2291; Doppeide, VersR 2007, 1050.

119 Katzenmeier, FS für Laufs, S. 909, 925.

120 Z.B. Hygienefehler bei intraartikulären Injektionen, BGH NJW 2008, 2606.

121 Kleinewefers-Wilts, VersR 1967, 620; Matthies, NJW 1983, 335.

122 Spickhoff, NJW 2004, 2354; Matthies, NJW 1983, 335.

wider¹²³. Die Beweislastumkehr sei ein krudes und mechanisches Instrument, das in seinen Wirkungen von einem Extrem unvermittelt zum anderen übergeht¹²⁴. Das Kriterium des groben Arztverschuldens beinhalte einen Strafcharakter, der dem Zivilprozessrecht fremd sei¹²⁵. Es handle sich um eine Regel, die eine Fülle von Fehlurteilen produziere¹²⁶.

Festzuhalten ist, dass die Umkehr der Beweislast bei grobem Behandlungsfehler als Billigkeitsprinzip für ein „ausgeglichenes Kräfteverhältnis zwischen Arzt und Patient“¹²⁷ vom BGH entwickelt wurde, von der Literatur jedoch hinsichtlich der Erreichung des angestrebten Ziels sowie der dogmatische Begründbarkeit nachhaltig angezweifelt wird¹²⁸.

Letztlich bleibt - wie Spickhoff beizupflichten ist - die „alte Frage nach dem Grund der besonderen Verteilung der Beweislast bei schwerem Fehler offen“. Man müsse von „richter- und (trotz der Kritik im Schrifttum) gewohnheitsrechtlich verfestigten Regeln ausgehen ..., die in der Praxis nur noch in Rand- und Zweifelsfällen zu Weiterentwicklungen führen“ wird¹²⁹.

Thema dieser Arbeit ist die Entwicklung der Rechtsprechungsfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler auf der Basis dieser „verfestigten Regeln“. Untersucht werden soll, ob die Figur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers eine sach- und systemgerechte Weiterentwicklung des etablierten Arzthaftungsrechts darstellt¹³⁰. Die „alte Frage“ nach der dogmatischen Begründung würde den Rahmen dieser Arbeit daher sprengen und kann offen bleiben.

123 Deutsch, VersR 1988, 1, 3; Deutsch, NJW 1993, 1506.

124 Weber, H., aaO, S. 235.

125 Fleischer, JZ 1999, 766.

126 Wagner, NJW 2006 Beil. zu Heft 22, S. 5, 7.

127 Müller, VersR 2006, 1289.

128 Katzenmeier leitet eine dogmatische Begründung aus der materiellrechtlichen Pflichtenstellung des Arztes ab, Arzthaftung 2002, 467.

129 Spickhoff, NJW 2004, 2345.

130 Siehe A. I., II.

5. Ausnahmen

Anzumerken ist noch, dass die BGH-Rechtsprechung - wenn auch von der Behandlerseite zu beweisende - Ausnahmen¹³¹ kennt, bei denen trotz groben Behandlungsfehlers keine Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite erfolgt, und zwar dann, wenn

- ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist¹³²,
- sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt¹³³

oder

- der Patient durch sein Verhalten eine selbstständige Komponente für den Heilungserfolg vereitelt hat und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann¹³⁴.

Gerade die erste Ausnahme zeigt, wie prozessentscheidend die Beweislast im Arzthaftungsverfahren ist. Denn meist vermag der Gutachter zwar die grundsätzliche Eignung des Fehlers, den Schaden zu verursachen, eindeutig zu beurteilen. Die Frage nach der Ursächlichkeit im konkreten Fall kann hingegen im Regelfall weder sicher bejaht noch verneint werden. In medizinischen Gutachten finden sich vielmehr häufig Angaben, wonach die Kausalität als „eher unwahrscheinlich“ oder „nicht sehr wahrscheinlich“ eingeschätzt wird. Solche Beurteilungen reichen jedoch weder zur Feststellung der Kausalität, noch zur Entlastung aus, die eine „äußerste Unwahrscheinlichkeit“ erfordert¹³⁵, so dass es für den Prozessausgang dann allein auf die Beweislast ankommt.

131 BGH, NJW 2004, 2011.

132 BGH, NJW 1995, 1611; NJW 1998, 1780; NJW 1997, 796; NJW 2004, 2011.

133 BGH, VersR 1981, 954, 955.

134 BGH, NJW 2002, 2944; NJW 2004, 2011.

135 BGH, NJW 1995, 1611; NJW 1998, 1780; NJW 1997, 796; NJW 2004, 2011.

V. Beweisvereitelung

Wie bereits oben¹³⁶ erwähnt, hat der BGH es offen gelassen, ob der Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler den Prinzipien der Beweisvereitelung oder dem auch im Zivilprozess geltenden Grundsatz von Treu und Glauben zuzuordnen ist¹³⁷. Daher sollen die Grundzüge des Instituts der Beweisvereitelung dargestellt werden.

Eine allgemeine Normierung der Beweisvereitelung und ihrer Rechtsfolgen findet sich in der ZPO nicht. Es gibt jedoch verschiedene gesetzliche Regelungen zu Beweisvereitelungs-Konstellationen, insbes. zu dem Beweismittel Urkunde. Nach § 444 ZPO können bei dem Entzug oder der Untauglichmachung einer Urkunde die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden. Ähnliche Regelungen finden sich in §§ 427, 441 ZPO. Nach § 446 ZPO kann das Gericht, wenn der Gegner es ablehnt, sich vernehmen zu lassen oder keine Erklärung abgibt, nach freier Überzeugung entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will. Den Vorschriften liegt der gemeinsame Rechtsgedanke zugrunde, dass es keiner Partei erlaubt sein darf, aus einem Verhalten Vorteile zu ziehen, durch das dem beweisbelasteten Gegner die Beweisführung vereitelt wurde¹³⁸.

Dieses Grundprinzip soll nach h.M. allgemein zur Anwendung kommen, wenn die gegnerische Partei vorsätzlich oder fahrlässig einen Beweis verhindert¹³⁹. Das beweisvereitelnde Verhalten kann vor oder während eines Prozesses erfolgen und sich auf alle Beweismittel beziehen¹⁴⁰.

136 A. II.

137 BGH, NJW 1987, 1482 (Röntgen-Kontrolle bei Tbc-Erkrankung).

138 BGH, NJW 1987, 1482; NJW 2004, 222; OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 1624; BGH NJW-RR 1989, 1371; BGH, VersR 1958, 849; Huber in Musielak, ZPO § 444 Rz. 1; Schreiber in MüKo, § 444 ZPO, Rz. 6.

139 BGH, NJW 2004, 22; BGH NJW 2006, 434; Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 62.

140 Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 64.

Der BGH¹⁴¹ fordert in Übereinstimmung mit der Literatur¹⁴² für die Beweisvereitelung grundsätzlich einen doppelten Schuldvorwurf. Das Verschulden muss sich gezielt oder fahrlässig¹⁴³ sowohl auf die Zerstörung bzw. Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion, also darauf beziehen, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen¹⁴⁴.

Umstritten ist, ob eine Beweislastumkehr für die Kausalität oder eine Beweislastumkehr für die Aussage, die mit dem fehlenden Beweismittel hätte getroffen werden sollen oder eine andere Sanktion die gebotene Rechtsfolge der Beweisvereitelung darstellt¹⁴⁵.

Ob der Befunderhebungs- und der Befundsicherungsfehler unter diese Voraussetzungen zu subsumieren sind und wie die vom BGH gewählte Rechtsfolge einzuordnen ist, soll mit dieser Arbeit untersucht werden.

141 BGH NJW 1994, 1594, 1595; BGH, NJW 2004, 222.

142 Musielak, § 286 Rz. 65; Prütting in MüKo § 286 Rz. 81; Baumgärtel, Festschrift für Kralik S. 63, 70

143 BGH NJW 2006, 434 .

144 BGH NJW 2004, 2299; BGH NJW 2005, 3490.

145 Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 92, 116, Prütting in MüKo, § 286 Rz. 85 ff..

B. Entwicklung der Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers

Zunächst werden die für die Entwicklung der Rechtsprechung des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler relevanten Urteile dargestellt.

I. Chronologische Darstellung der einschlägigen BGH-Entscheidungen

Die Darstellung erfolgt chronologisch, um nachvollziehbar aufzuzeigen, wie die „anfänglich eher großzügige Gewährung von Beweiserleichterungen nachträglich eingegrenzt“¹⁴⁶ wurde.

1. BGH, Urteil vom 21. September 1982 Beweislastumkehr für den Kausalitätsnachweis bei Nichterhebung von Diagnose- und Kontrollbefunden (Präoperativ unterlassene Laboruntersuchungen)

Im Anschluss an die bereits¹⁴⁷ als Ausgangsentscheidung zu Beweiserleichterungen bei Mängeln der ärztlichen Dokumentation zitierte höchstrichterliche Entscheidung aus dem Jahr 1978¹⁴⁸ musste sich der BGH 1982¹⁴⁹ - nachdem das OLG nach weiterer Sachaufklärung die Klageabweisung durch das LG noch einmal bestätigt hatte - mit dem Fall erneut befassen. Die wegweisenden Ausführungen in Richtung auf die später etablierten Beweiserleichterungen bei einem Befunderhebungsfehler sind folgende:

„Wenn der Arzt in ungewöhnlichem Ausmaß **einfachste Diagnose- und Kontrollbefunde** zum Behandlungsgeschehen nicht erhebt und deshalb in besonderem Maß dafür die Verantwortung trägt, dass die **notwendigsten Daten zur Aufdeckung des Behandlungsverlaufs** nicht zur Verfügung stehen, können hinsicht-

146 Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, B 154.

147 Siehe A. III. 1.

148 BGH, NJW 1978, 2337 (unzureichend dokumentierte Krankengeschichte sowie unterbliebene Laboruntersuchung vor Blinddarmoperation).

149 BGH, NJW 1983, 333.

lich der Belastung des Behandlungsgeschehens mit den Risiken einer Statussicherung **Parallelen zu Dokumentationsversäumnissen** gezogen werden, auf deren beweisrechtliche Folgen für den Kausalitätsnachweis der erkennende Senat in seinem Urteil vom 27.6.1978 ebenfalls schon hingewiesen hat. Das vernachlässigt das BerGer., wenn es solchen Versäumnissen beweisrechtliche Folgerungen deshalb abspricht, weil es sich nicht um Versäumnisse bei der Führung der Krankenpapiere, sondern um Behandlungsfehler im eigentlichen Sinne handele

Solange nicht mit ausreichender Sicherheit ausgeräumt werden kann, dass die gravierenden Versäumnisse ... die Feststellungen zu den Ursachen des Todes von Frau M zusätzlich erschwert haben können, ist die Frage nach Beweiserleichterungen ... auch auf diese Mängel der Behandlung zu erstrecken. Das wird selbst dann gelten, wenn das BerGer. ... die Versäumnisse ... **nicht** als grobe Behandlungsfehler bewerten sollte.“

Der zweite Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Im Arzthaftungsprozess kann eine Beweislastumkehr für den Kausalitätsnachweis nach den Grundsätzen, die bei groben Behandlungsfehlern dazu entwickelt worden sind, auch dann in Betracht kommen, wenn der Arzt in erheblichem Ausmaß Diagnose- und Kontrollbefunde zum Behandlungsgeschehen nicht erhoben hat und deshalb in besonderem Maß dafür verantwortlich ist, dass die Daten zur Aufdeckung des Behandlungsverlaufs nicht zur Verfügung stehen.“

Hier zeichnet sich bereits eine Emanzipation vom groben Behandlungsfehler durch Einführung einer hiervon unabhängigen Beweislastumkehr für den Befunderhebungsfehler ab. Die Begründung lautet, dass der Verstoß gegen „elementare Pflichten zur Aufdeckung und Kontrolle des Geschehens“ bzw. das „Nichterheben einfachster Diagnose- und Kontrollbefunde“ einer unzureichenden Dokumentation der Krankengeschichte *entspräche*. Die Beweis-

last für den Behandlungsverlauf sei dem Patienten unter diesen Voraussetzungen abzunehmen und dem Patienten eine Beweislastumkehr für die Kausalität zu gewähren.

Während der BGH mit seinem Ausgangsurteil zum Dokumentationsmangel vom 27. Juni 1978 ebenfalls noch formulierte, dass Beweiserleichterungen „bis zur Umkehr der Beweislast zu gewähren seien“¹⁵⁰, hat er - wie oben dargestellt¹⁵¹ - zwei Monate nach diesem ersten Befunderhebungs-Urteil die Beweisvorteile beim Dokumentationsfehler auf die Annahme eingeschränkt, die Maßnahme sei unterblieben¹⁵². Dies ist erwähnenswert, weil der BGH die Beweiserleichterungen für den Befunderhebungs- und Befund sicherungsfehler kontinuierlich an die Rechtsprechungsentwicklung zum Dokumentationsmangel mit ähnlichen Einschränkungen angenähert hat. Diese Entwicklung soll anhand der im Folgenden dargestellten Urteile gezeigt werden.

2. BGH, Urteil vom 3. Februar 1987 Beweiserleichterungen nur bei einem zumindest wahrscheinlichen Ursachenzusammenhang (Unterbliebene Röntgenkontrolle bei Tbc-Erkrankung)

Die vorangehend dargestellte Entscheidung¹⁵³, die noch eine Beweislastumkehr für die Kausalität bejahte, erfuhr in der nächsten einschlägigen Entscheidung vom 3. Februar 1987¹⁵⁴ eine erste Korrektur. Dem Urteil von 1987 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Röntgenkontrolle, die nach dem Gutachten wahrscheinlich eine Tbc-Erkrankung der Klägerin aufgezeigt hätte, war sorgfaltspflichtwidrig unterblieben. Der BGH sah die Entlastungspflicht für den Ursachenzusammenhang zwischen der unterlassenen Kontrolluntersuchung und dem Körperschaden beim Arzt, hob das klageabweisende Urteil auf und verwies die Angelegenheit zurück.

150 Siehe oben A. III. 1.

151 Siehe oben A. III. 5.

152 BGH, NJW 1983, 332.

153 BGH, NJW 1983, 333.

154 BGH, NJW 1987, 1482.

Die Begründung lautete¹⁵⁵:

„Ähnlich wie bei der Verletzung der ärztlich geschuldeten Verpflichtung zur Dokumentation von Befunden ... verschlechtert der Verstoß gegen ärztliche Berufspflichten bei der Befundsicherung die Möglichkeit, im Nachhinein den grundsätzlich vom Patienten zu erbringenden Beweis für den Ursachenverlauf zwischen Behandlungsfehler und Körperschaden zu führen. Für den Fall, dass ein Arzt **in ungewöhnlichem Ausmaß einfache Diagnose- und Kontrollbefunde zum Behandlungsgeschehen** nicht erhoben hat und deswegen in besonderem Maße die Verantwortung dafür trägt, dass die notwendigen Daten zur Aufdeckung des Behandlungsgeschehens nicht zur Verfügung stehen, hat der erkennende Senat **wegen der vom Arzt grob verschuldeten Unaufklärbarkeit** deswegen schon die Folgerung gezogen, dass das Aufklärungshindernis im Haftpflichtprozess nicht zu Lasten des Patienten gehen darf (BGH, NJW 1983, 333). In diesem Sinne ist mithin die ärztliche Verpflichtung zur Dokumentation und auch diejenige zur Befundsicherung in noch zu erörternden Grenzen **auch beweis- und damit prozessbezogen** ... In jedem Falle ist die Konsequenz, dass der Prozesspartei, die durch die von der Gegenpartei zu verantwortenden Aufklärungshindernisse benachteiligt wird, Beweiserleichterungen zugute kommen.

Im Regelfall muss es dabei bleiben, dass der Patient nicht nur den ärztlichen Behandlungsfehler, sondern auch dessen nachteilige Auswirkungen für seine Gesundheit nachzuweisen hat. Nur dann ist es gerechtfertigt, dem Patienten den Beweis für den Kausalzusammenhang zu erleichtern, **wenn eine Befunderhebung durch eine ärztliche Untersuchungsmaßnahme angesichts der Symptome des Patienten zur Aufklärung und Sicherung des Status ärztlich zweifelsfrei geboten gewesen und schuldhaft unterlassen wor-**

155 BGH, NJW 1987, 1482.

den ist, und wenn ein Befundstatus, wäre er erhoben worden, **wahrscheinlich** den vom Patienten behaupteten Ursachenverlauf auch geklärt hätte Je nach den Umständen des Einzelfalles wird der Tatrichter dann die **Wahrscheinlichkeit** eines Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden ausreichen lassen müssen, um die Haftung des Arztes zu begründen.“

Grund für die Beweiserleichterung ist also die aus Sicht des BGH in die Verantwortung des Arztes fallende Unaufklärbarkeit des Sachverhalts. Der BGH zieht wiederum über die fehlende Sicherung des Krankheitsstatus die Parallele zum Dokumentationsmangel. Die beiden ersten Leitsätze der Entscheidung¹⁵⁶ lauten:

- „1. Hat der Arzt es schuldhaft unterlassen, medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben und zu sichern, können dem Patienten Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes zugute kommen, wenn dadurch die Aufklärung eines immerhin wahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs zwischen ärztlichem Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden erschwert oder vereitelt wird und die Befundsicherung gerade wegen des erhöhten Risikos des in Frage stehenden Verlaufs geschuldet war.
2. Die ärztliche Verpflichtung zur Dokumentation und Befundsicherung ist in Grenzen auch beweis- und damit prozessbezogen. Der Prozesspartei, die durch die von der Gegenpartei zu verantwortenden Aufklärungshindernisse benachteiligt wird, kommen Beweiserleichterungen zugute.“

Während der BGH zunächst an die Entscheidung vom 21. September 1982¹⁵⁷ anknüpfend noch davon spricht, dass Beweiserleichterungen dann geboten seien, wenn der Arzt in „ungewöhnli-

156 BGH, NJW 1987, 1482.

157 BGH, NJW 1983, 333.

chem Ausmaß einfache Diagnose- und Kontrollbefunde zum Behandlungsgeschehen“ nicht erhoben hat, ist in der weiteren Urteilsbegründung und auch im Leitsatz nur noch die Rede von der schuldhaften Unterlassung, medizinisch „zweifelsfrei gebotene Befunde“ zu erheben und zu sichern. Damit wurde die Beschränkung auf „erhebliche Versäumnisse bei Diagnose und Kontrolle“ aufgegeben und diese Voraussetzung von den „medizinisch zweifelsfrei gebotenen Befunden“ abgelöst.

Zugleich erfolgte mit diesem Urteil auf der Ebene der Kausalität eine Einschränkung der Beweiserleichterung dahingehend, dass von Patientenseite zumindest die *Wahrscheinlichkeit* eines Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden zu beweisen sei.

Trotz der Forderung eines zumindest wahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs, blieb dem Patienten mit dieser Rechtsprechung immer noch ein erheblicher Beweisvorteil, da er anderenfalls hätte beweisen müssen, dass bei erfolgter Befunderhebung der Schaden *nicht* eingetreten wäre¹⁵⁸.

3. BGH, Urteil vom 21. November 1995 Befundsicherungsfehler (Verlust einer Röntgenaufnahme bei nicht entferntem Gallenstein)

Mit Urteil vom 21. November 1995¹⁵⁹ hatte der BGH Gelegenheit, sich mit einem Fall zu befassen, bei dem es nicht um eine unterbliebene Befunderhebung, sondern um den *Verlust* eines Befundes ging. Der Kläger behauptete, ein Restgallenstein sei übersehen worden, obgleich dieser auf den bei der Operation gefertigten Röntgenaufnahmen erkennbar gewesen sei. Die Röntgenaufnahmen waren unauffindbar. Der BGH nahm eine Umkehr der Beweislast für die Behauptung an, die der Kläger mit dem Befund hätte beweisen wollen. Er führte aus:

158 OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1325; BGH, NJW 1975, 824.

159 BGH, NJW 1996, 779.

„Es gehört zu den **Organisationsaufgaben des Krankenhausträgers, Unterlagen, die Auskunft über das Behandlungsgeschehen geben, zu sichern.** ... Dieser Pflicht hat die Bekl. nicht genügt. Deshalb ist im Gegensatz zur Auffassung des BerGer. nach den bisher getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass die Bekl. die Nichtverfügbarkeit der Behandlungsunterlagen zu verantworten hat. Daraus folgt, dass der Kl. des Beweises seiner Behauptung, dass der Reststein auf den während der Operation gefertigten Röntgenaufnahmen erkennbar gewesen ist, enthoben ist.“

Gerät der Patient mit seiner Behauptung, bei der Behandlung seien Fehler unterlaufen in Beweisnot, weil Befunde *verloren* wurden, sieht der BGH also, wie bei einer unzureichenden Befunderhebung, das Erfordernis von Beweiserleichterungen.

An dieser Entscheidung ist hervorzuheben, dass sich die gewährte Beweislastumkehr nicht länger auf Fehler *und* Kausalität bezieht, sondern auf die Anknüpfungstatsache „Erkennbarkeit des Restgalensteins“ während der Erstoperation beschränkt. Die Beweislast für die Kausalität des Schadens liegt hingegen beim Patienten.

4. BGH Urteil vom 13. Februar 1996 Befundsicherung – Entwicklung der jetzigen Rechtsprechungsfigur (Verlust eines EKGs bei Herzinfarkt)

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Befunderhebung und Befundsicherung wurde schließlich mit der Entscheidung vom 13. Februar 1996¹⁶⁰ begründet. Wiederum ging ein entscheidender Impuls für die Entwicklung der Rechtsprechung zur Befunderhebung- und Befundsicherung von einer Entscheidung aus, die sich mit dem *Verlust* eines Beweismittels befasst. Nachdem ein Hausarzt ein EKG geschrieben und befundet hatte, entließ er den Patienten, der kurz darauf mit einem Herzinfarkt zusammenbrach. Der beklagte Arzt konnte das EKG nicht vorlegen.

160 BGH, NJW 1996,1589.

Die Leitsätze¹⁶¹ der Entscheidung lauten:

- „1. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde und zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung der Befundträger (hier: Verlust eines Original-EKGs) lässt im Wege der Beweiserleichterung für den Patienten zwar auf ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis schließen, wenn ein solches hinreichend wahrscheinlich ist, regelmäßig jedoch nicht auf eine Ursächlichkeit der unterlassenen Befundausswertung für einen vom Patienten erlittenen Gesundheitsschaden.

2. Für die Kausalitätsfrage kann der Verstoß gegen die Befunderhebungs- und Sicherungspflicht nur dann beweiserleichternde Bedeutung gewinnen, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist; dies ist dann der Fall, wenn sich – gegebenenfalls unter Würdigung zusätzlicher medizinischer Anhaltspunkte – ein so deutlicher und gravierender Befund als hinreichend wahrscheinlich ergibt, dass seine Verkennung sich als fundamental fehlerhaft darstellen würde.“

Die mit der zeitlich vorangegangenen „Gallenstein“-Entscheidung¹⁶² noch konkret benannte Anknüpfungstatsache „Erkennbarkeit des Restgallensteins“ wurde mit dieser Entscheidung durch die Haftungsvoraussetzung des „reaktionspflichtigen Befundes“ abstrahiert und ersetzt. Die gewährte Beweislastumkehr für die mit dem verlorenen Beweismittel nicht mehr beweisbare klägerische Behauptung erhält zudem eine weitere Begrenzung. Die Beweiserleichterung greift seit dieser Entscheidung nur noch für die Reaktionspflichtigkeit des Befundes, wenn diese mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ vorgelegen hätte.

161 BGH, NJW 1996, 1589.

162 BGH, NJW 1996, 779.

Das Kriterium der hinreichenden Wahrscheinlichkeit führt als unbestimmter Rechtsbegriff zu dem Erfordernis der Definition. Dies erfolgte durch den BGH bis heute nicht. Die Obergerichte verwenden verschiedene Interpretationen, ohne dass es zu einem Konsens gekommen wäre, worauf im Rahmen der Untersuchung der einzelnen Elemente noch vertieft eingegangen werden soll¹⁶³.

Nach Feststellung des reaktionspflichtigen Befundes ist zu prüfen, ob die Verkennung oder Nichtreaktion als einfacher oder grober Fehler zu qualifizieren ist, wobei für letzteren nach dem „klassischen System“¹⁶⁴ eine Beweislastumkehr für die Kausalität gewährt wird.

Hervorzuheben ist, dass sich die Rechtsprechung durch die Auflösung in

- Feststellung des reaktionspflichtigen Befundes (*beweiserleichterter Nachweis*)
- und
- Kausalität (*Prüfung nach den allgemeinen Beweisregeln*)

den „klassischen“ Voraussetzungen der Arzthaftung¹⁶⁵ wieder angenähert hat. Laufs kommentierte dieses Urteil dahingehend, dass der BGH „das Gewicht dieser selbständigen Beweisfigur neuerdings zu relativieren gesucht“ habe „durch deren Verbindung mit den Regeln zum groben Fehler“¹⁶⁶.

Festzuhalten ist, dass mit dieser Entscheidung folgende Haftungsvoraussetzungen für den Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler¹⁶⁷ etabliert wurden:

163 Siehe C. IV.

164 Siehe A. IV.II.

165 Siehe A I., II.

166 Laufs, NJW 1997, 1609.

167 Siehe auch Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, B 157.

1. Fehlerebene

- a) Nichtreaktion auf einen reaktionspflichtigen Befund, der verloren wurde = Behandlungsfehlervorwurf
⇒ **Feststellung des „reaktionspflichtigen Befundes“**
1. Prüfungsschritt: Befundsicherungsfehler?
wenn ja ⇒
2. Prüfungsschritt: Spricht eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ dafür, dass der verlorene Befund reaktionspflichtig war? (= Beweiserleichterung für Fehler nachweis)

oder

- b) Nichterhebung eines Befundes, dessen Erhebung geboten war = Befunderhebungsfehler = Behandlungsfehler

2. Kausalitätsebene

a) Befundsicherung

Stellt die Verkennung oder Nichtreaktion auf den reaktionspflichtigen Befund einen groben Fehler dar?

Nein ⇒ Beweislast bei Patient

Ja ⇒ Umkehr der Beweislast

b) Befunderhebung

(1) Feststellung des „reaktionspflichtigen Befundes“

Spricht eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ dafür, dass der nicht erhobene Befund reaktionspflichtig gewesen wäre? (= Beweiserleichterung)

(2) Wäre die Verkennung oder Nichtreaktion auf den *fiktiven* reaktionspflichtigen Befund ein grober Fehler gewesen?

Nein ⇒ Beweislast bei Patient

Ja ⇒ Umkehr der Beweislast

Ohne diese zusätzliche Beweiserleichterung auf der **Kausalitätsebene** müsste die Klageseite beweisen, dass ein erhobener Befund reaktionspflichtig gewesen wäre und die ordnungsgemäße Reaktion den Schaden vermieden hätte¹⁶⁸. Wie bereits oben ausgeführt¹⁶⁹, gehört die Umkehr der Beweislast in den fließenden Übergang zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung¹⁷⁰. Die Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler stellt einen weiteren Schritt in Richtung Gefährdungshaftung dar, da der Schuldner mit der Umkehr der Beweislast für einen *fiktiven* groben Behandlungsfehler belastet wird.

II. Zusammenfassung

Der „wenig gradlinige Verlauf“¹⁷¹ der Rechtsprechungsentwicklung zum Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler gestaltete sich also wie folgt:

Mit seiner Ausgangsentscheidung aus dem Jahr 1982¹⁷² hat der BGH für den einfachen Befunderhebungsfehler einen eigenständigen Weg eingeschlagen und unter Verweis auf die dem Arzt obliegende Statussicherung in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Dokumentationsversäumnissen erstmals eine Umkehr der Beweislast auch ohne Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers bejaht.

Von dieser weitreichenden beweisrechtlichen Konsequenz ist der BGH anlässlich einer Entscheidung aus dem Jahr 1987¹⁷³ wieder abgerückt und hat einen zumindest „wahrscheinlichen Ursachenzusammenhang“ gefordert.

168 OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1325, BGH, NJW 1975, 824.

169 Siehe A. IV. 3.

170 Koziol in Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 54; Schäfer, Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 149.

171 Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, B 154.

172 BGH, NJW 1983, 333 (unterbliebene Laboruntersuchung vor einer Operation).

173 BGH, NJW 1987, 1482 (Röntgenbild bei Tbc).

Mit der „Gallenstein“-Entscheidung aus dem Jahr 1996¹⁷⁴ erfolgte nochmals eine Beschränkung der Beweisvorteile, und zwar auf eine Beweislastumkehr für die Feststellung, die mit dem nicht (mehr) vorliegenden Befund hätte bewiesen werden sollen.

Eine weitere Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1996¹⁷⁵ führte dann zu der noch immer gültigen Rechtsprechung. Mit dieser Entscheidung hat der BGH eine Vermutungsregel eingeführt, nach der ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis eines verlorenen oder nicht erhobenen Befundes dann anzunehmen ist, wenn hierfür eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ spricht.

Die Beweislast für die Kausalität entscheidet sich sodann danach, ob die - beim Befunderhebungsfehler tatsächliche und beim Befunderhebungsfehler hypothetische - Nichtreaktion auf den - beim Befundsicherungsfehler beweiserteilfestgestellten, beim Befunderhebungsfehler fiktiven - Befund einfach oder grob fehlerhaft gewesen wäre.

Trotz der dargestellten schrittweisen Reduzierung der ursprünglich gewährten Beweisvorteile, verbleiben dem Patienten damit erhebliche Beweiserleichterungen im Fall eines Befunderhebungs- oder Befundsicherungsfehlers.

174 BGH, NJW 1996, 779 (Erkennbarkeit des Gallensteins auf verlorener Röntgenaufnahme).

175 BGH, NJW 1996, 1589.

C. Untersuchung der einzelnen Elemente und kritische Würdigung der Beweisfigur

Für die einzelnen Voraussetzungen und Ebenen der jetzigen Rechtsprechungsfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers besteht noch erheblicher Klärungs- und Definitionsbedarf. Die Einzelelemente sollen im Folgenden untersucht, typische Probleme erörtert und etwaige Widersprüche aufgezeigt werden, wobei die Untersuchung den oben dargestellten Haftungsvoraussetzungen¹⁷⁶ folgt. Damit einhergehend soll das Konzept des Beweissicherungs- und Beweiserhebungsfehlers in seiner Gesamtheit auf die Frage der Interessen- und Systemgerechtigkeit geprüft werden.

I. Befundsicherungspflichten

Begonnen wird mit der Fehlerebene, hier mit dem Befundsicherungsfehler. Bei diesem ist zu beachten, dass der streitgegenständliche Sorgfaltspflichtverstoß nicht der Befundsicherungsfehler selbst ist, sondern es um den Behandlungsfehlervorwurf geht, einen seinerzeit vorliegenden reaktionspflichtigen Befund verkannt oder nicht beachtet, jedenfalls nicht auf ihn reagiert zu haben. Der Befundsicherungsfehler wird inzident für die Feststellung geprüft, ob der angelastete Behandlungsfehlervorwurf begründet ist.

Die Pflicht zur Befundsicherung ergibt sich als organisatorisch-technisch zu bewältigende Konsequenz aus der Dokumentationspflicht¹⁷⁷ und stellt einen Unterfall der den Arzt und das Krankenhaus allgemein treffenden Organisationspflichten¹⁷⁸ dar. Diese richten sich nach den einschlägigen Gesetzen und vertraglichen Pflichten, die sich aus den speziellen Bedürfnissen der ordnungsgemäßen Patientenversorgung ergeben¹⁷⁹.

Es stellt sich die Frage nach Inhalt und Umfang dieser Pflicht.

176 Siehe B. I. 4.

177 Geiß, Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rz. 212; Wellner in Geigel, Haftpflichtprozess, Rz. 269.

178 Wagner in Müko, § 823 BGB, Rz. 651-653; Lippert, NJW 1984, 2606; BGH, NJW 1996, 2429.

179 Deutsch, NJW 2000, 1745.

1. Nachvollziehbarkeit und Reproduzierbarkeit

„In welchem Umfang die Pflicht zur Sicherung medizinischer Befunde und zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung der Befundträger die Gewährleistung einer späteren Nachvollziehbarkeit / Reproduzierbarkeit beinhaltet“, ist gesetzlich nicht geregelt und höchststrichterlich auch nicht entschieden¹⁸⁰. Nachdem der Gesetzgeber jedoch für die Aufbewahrung von Krankenunterlagen bestimmte Zeiträume statuiert hat¹⁸¹, muss grundsätzlich gelten, dass der Aufbewahrungspflichtige eine Technik für die Aufzeichnung und Aufbewahrung zu verwenden hat, die eine Nachvollziehbarkeit und Reproduzierbarkeit für die jeweils geltende Aufbewahrungsfrist gewährleistet. Von dem Aufbewahrungspflichtigen ist zu verlangen, dass er die aktuellen technischen Erkenntnisse berücksichtigt und die Krankenunterlagen in geeigneter Form¹⁸² bzw. nach den einschlägigen Gesetzen, z.B. nach den Vorgaben der RöntgenVO, aufbewahrt¹⁸³. § 28 IV RöntgenVO erlaubt beispielsweise die Aufbewahrung auf einem Bild- oder Datenträger, wenn sichergestellt ist, dass die Wiedergaben oder die Daten mit den Bildern oder Aufzeichnungen bildlich oder inhaltlich übereinstimmen und während der Dauer der Aufbewahrungsfrist innerhalb angemessener Zeit lesbar gemacht werden können¹⁸⁴.

2. Aufbewahrungszeit

Fraglich ist, für welchen Zeitraum Befunde aufbewahrt werden müssen. In Betracht kommen die zivilrechtlichen Verjährungsfris-

180 Vom BGH, NJW 1988, 2949 als Frage aufgeworfen, aber mangels Relevanz für die Entscheidung unbeantwortet gelassen.

181 Krankenunterlagen sind nach der MBO über einen Zeitraum von 10 Jahren aufzuheben. Längere Aufbewahrungspflichten ergeben sich z.B. aus § 28 Abs. 3 Röntgenverordnung: 30 Jahre, § 85 Abs. 3 Strahlenschutzverordnung: 30 Jahre, Berufsgenossenschaftliche Verletzungsartenverfahren: 15 Jahre, Durchgangsarztverfahren nach Unfällen: 15 Jahre. Kürzere Aufbewahrungspflichten ergeben sich z.B. aus § 2 Abs. 3 Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten: 5 Jahre, § 5 Abs. 5 Betäubungsmittelverschreibungsverordnung: 3 Jahre.

182 Epple, Der Einsatz der EDV und die ärztliche Haftung, S. 167.

183 Kilian, NJW 1987, 695.

184 Roßnagel, Wilke, NJW 2006, 2145.

ten unter Beachtung der beweisrechtlichen Relevanz¹⁸⁵ sowie die gesetzlich normierten Aufbewahrungszeiten¹⁸⁶.

Für ersteres spricht, dass der Arzt grundsätzlich bis zum Eintritt der Verjährung mit einem Prozess überzogen werden kann und daher davon ausgehen muss, bis zum Ablauf der Verjährungsfrist Krankenunterlagen vorlegen zu müssen. Für letzteres spricht, dass der BGH für die Behandlungsdokumentation und die Befunderhebung wiederholt hervorgehoben hat, dass sich diese nicht nach einem später zu führenden Arzthaftungsprozess, sondern in erster Linie nach den therapeutischen Belangen richtet¹⁸⁷. Dieser Grundsatz ist, wie oben dargestellt¹⁸⁸, anerkannt. Damit muss auch für die Aufbewahrungszeit gelten, dass sie sich nicht nach einem später zu führenden Prozess und damit nicht nach der Dauer der längsten möglichen Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche zu richten hat¹⁸⁹.

Eine Vernichtung von Krankenunterlagen nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen stellt somit keine Verletzung einer Befundsicherungspflicht dar. Zu diesem Ergebnis gelangt auch das OLG Hamm mit einer Entscheidung aus dem Jahr 2003¹⁹⁰:

„Besteht aus medizinischen Gründen grundsätzlich keine Notwendigkeit, Behandlungsunterlagen länger als zehn Jahre aufzubewahren, so darf nach Ablauf der Aufbewahrungszeit dem Arzt aus ihrem Fehlen kein Nachteil erwachsen.“

Für den Fall, dass die Krankenunterlagen bereits hätten vernichtet werden dürfen, geht das OLG Hamm¹⁹¹ sogar noch einen Schritt weiter und verneint folgerichtig auch beweisrechtliche Nachteile bei Unvollständigkeit der Krankenunterlagen.

185 Keßler, KVS-Mitteilungen Heft 7-8/2001, S. XIV.

186 Siehe Fußnote 177.

187 BGH, NJW 1987, 1482, siehe auch OLG Düsseldorf, NJOZ 2003, 2375.

188 Siehe A. III. 2. c)

189 Ratzel, Lippert, Komm. zur MBO, 4. Aufl. § 10 Rz. 10.

190 OLG Hamm, VersR 2005, 412.

191 OLG Hamm, VersR 2005, 412.

„Denn der Arzt hätte mit Ablauf dieses Zeitraums die Unterlagen ebenso gut vernichten dürfen, ohne dass ihm Nachteile entstünden. Erwächst ihm aber aus dem Fehlen der Krankenunterlagen als solche kein Nachteil, dann darf ihm juristisch und nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist auch aus deren Unvollständigkeit kein Nachteil erwachsen.“

Mit dieser überzeugenden Argumentation wären - eine einschlägige Entscheidung ist nicht bekannt - gleichermaßen beweisrechtliche Nachteile beim Verlust eines Befundes zu verneinen, für den keine Dokumentationspflicht bestand. Dies würde z.B. für unauffällige Kontrolluntersuchungen gelten, hinsichtlich derer keine medizinische Dokumentation üblich ist¹⁹². Sofern der Befund dennoch dokumentiert, aber später verloren wird, muss, wie bei unvollständigen Krankenunterlagen, die bereits hätten vernichtet werden dürfen, gelten, dass aufgrund der fehlenden Dokumentationspflicht auch der Verlust des Befundes beweisrechtlich nicht sanktioniert werden darf.

3. Verbleib von Krankenunterlagen

Krankenunterlagen werden häufig an weiterbehandelnde Ärzte, Krankenhäuser oder den Patienten herausgegeben¹⁹³, mit der Folge, dass ihr Verbleib schließlich nicht selten ungeklärt ist und ein strittiger Befund im Prozess nicht vorgelegt werden kann. Hier stellt sich die Frage, welche Pflichten den Aufbewahrungspflichtigen bei Herausgabe von Krankenunterlagen treffen.

Der BGH hat mit der bereits oben zitierten „Gallenstein“-Entscheidung aus dem Jahr 1995¹⁹⁴ ausdrücklich gefordert:

„Erweist es sich als geboten, die Behandlungsunterlagen an eine andere Stelle herauszugeben, dann ist es Aufgabe des Krankenträgers zu dokumentieren,

192 BGH, NJW 1993, 2375.

193 OLG München, NJW 2001, 2806, zum Herausgabeanspruch des Patienten.

194 BGH, NJW 1996, 779.

wann er an welche Stelle für welchen Zweck die Unterlagen weitergeleitet hat. Erhält der Krankenhausträger die Unterlagen zurück, dann hat er auch dies zu vermerken; erhält er sie in angemessener Zeit nicht zurück, dann ist er gehalten, für ihre Rücksendung zu sorgen; auch diese Bemühungen und ihr Erfolg sind zu dokumentieren. In jedem Fall hat der Krankenhausträger dafür zu sorgen, dass über den Verbleib der Behandlungsunterlagen jederzeit Klarheit besteht.“

Diese Forderungen sind im Hinblick auf die medizinische und rechtliche Relevanz der Krankenunterlagen für den Patienten adäquat. Im Fall der Herausgabe von Originalkrankenunterlagen muss der Aufbewahrungspflichtige dies also nachvollziehbar dokumentieren und dafür sorgen, dass er die Unterlagen zu gegebener Zeit zurück erhält.

4. Zulässigkeit und Beweiswert der EDV-Dokumentation

In den letzten Jahrzehnten erfolgte eine kontinuierliche Umstellung der Dokumentation und Befundsicherung auf EDV-gestützte Krankenunterlagen. Die EDV-Dokumentation ist von der MBO (§ 10 Abs. 5 MBO-Ä) wie auch von der Rechtsprechung¹⁹⁵ als zulässig anerkannt. Eine Pflicht zur Sicherung gegen nachträgliche Veränderungen gab es zunächst nicht, wurde jedoch von der Bundesärztekammer im Mai 2008 mit Veröffentlichung neuer Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis eingeführt¹⁹⁶. Unter Verweis auf § 10 Abs. 5 MBO, wonach Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien besonderer Sicherungs- und Schutzmaßnahmen bedürfen, um deren Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern, müsse der Arzt, wenn er auf eine herkömmliche schriftliche Dokumentation verzichten will, die EDV-Dokumentation mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Diese Empfehlungen korrespondieren mit § 371a Abs. 1 ZPO, wonach die Vorschriften über

195 OLG Hamm, VersR 2006, 842; Schmidt-Beck, NJW 1991, 2335.

196 Empfehlungen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis, Dtsch Ärztebl. 2008; 105: A 1026 -1028, Heft 19.

die Beweiskraft privater Urkunden für elektronischer Dokumente entsprechend Anwendung finden, wenn eine solche Signatur erfolgt ist¹⁹⁷. D.h., dass ein privates elektronisches Dokument entsprechend § 416 ZPO vollen Beweis dafür erbringt, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Aussteller abgegeben worden sind, wenn es mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist¹⁹⁸.

Ohne elektronische Signatur handelt es sich bei der EDV-Dokumentation – anders als bei handschriftlichen Krankenunterlagen – weder um eine Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO¹⁹⁹, noch wird der elektronischen Aufzeichnung ein entsprechender Beweiswert zugesprochen. Der Richter kann den Ausdruck jedoch im Wege des Augenscheinsbeweises würdigen und als glaubwürdig bewerten²⁰⁰. Das OLG Hamm hat mit Urteil vom 26. Januar 2005²⁰¹ in diesem Sinne entschieden²⁰²:

„Eine EDV-Dokumentation, welche gegen nachträgliche Veränderungen nicht gesichert ist, hat dennoch den vollen Beweiswert wie eine übliche handschriftliche Dokumentation, wenn der Arzt plausibel darlegt, dass die Dokumentation auch aus medizinischen Gesichtspunkten plausibel erscheint.“

Im Hinblick auf die neuen Empfehlungen der Bundesärztekammer zur elektronischen Signatur ist allerdings für die Zukunft zu erwarten, dass die Rechtsprechung sich nicht länger auf eine entsprechende plausible Darlegung beschränkt, sondern bei fehlender Signatur höhere Anforderungen an den Nachweis stellt, dass die Dokumentation und damit die in ihr enthaltenen Befunde glaubwürdig sind.

197 Zu technischen Details siehe Bork, Elektronische Dokumentation: Beweiskraft vor Gericht Dtsch Arztebl 2002; 99: A 3164-3166, Heft 47.

198 Roßnagel, Fischer-Dieskau, NJW2006, 806.

199 Schreiber in MüKo., § 415 Rz. 4; Geimer in Zöller, vor § 415 Rz. 3.

200 Bittner, Die virtuelle Patientenakte, S. 38, Wellner in Geigel, Haftpflichtprozess Rz. 267.

201 OLG Hamm, VersR 2006, 842.

202 So auch Muschner, VersR 2006, 621, 627.

II. Befunderhebungspflichten

Wie bereits eingangs erwähnt, befindet sich die Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte insbes. zu der Fallgruppe der Befunderhebungspflichten noch im Fluss. Es finden sich Urteile mit ausweitender oder einengender Tendenz.

1. Unterbliebene Hinzuziehung eines Konsiliarius

Im Sinne einer ausweitenden Tendenz ordnete das OLG Koblenz mit Urteil vom 26. August 2003²⁰³ die verspätete Hinzuziehung eines konsiliarisch tätigen Arztes - als Novum - einem Befunderhebungsfehler zu. Das Gericht führt aus:

„Unterlässt es ein Facharzt schuldhaft, eine notwendige Untersuchung durch den Facharzt eines anderen Fachgebiets herbeizuführen, die wahrscheinlich zur Entdeckung einer behandlungsbedürftigen Krankheit geführt hätte, und wäre der Befund so deutlich und gravierend gewesen, dass ein Unterlassen der erforderlichen Behandlung sich als grob fehlerhaft dargestellt haben würde, so führt das zu einer Beweiserleichterung bezüglich der Kausalität für den eingetretenen Schaden. Die Frage, ob ein grober Behandlungsfehler vorgelegen hätte, ist in diesem Fall **nach dem für den zweiten Facharzt geltenden Ausbildungs- und Wissensstandard zu beurteilen.**“

Bedenklich erscheint es, den Sorgfaltspflichtverstoß „Nichterken- nung, dass ein anderes Fachgebiet zur Behandlung hinzugezogen werden muss“ als eine Nichterbeiführung einer Befunderhebung durch einen anderen Facharzt zu qualifizieren. Denn die Pflicht zur Hinzuziehung eines Konsilarztes beginnt dort, wo die eigene Kompetenz endet²⁰⁴. Aus diesem Grund lässt sich für den hinzu- ziehenden Arzt kaum beurteilen, ob der hinzugezogene Kollege noch Befunde erheben muss oder ob er seine konsiliarärztliche

203 OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 106.

204 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 669; OLG München, NJW-RR 1995, 85.

Beurteilung schon anhand der bereits erhobenen Befunde stellen kann. Hieran zeigt sich, dass es bei dieser Pflichtverletzung nicht eigentlich um einen Befunderhebungsfehler geht, sondern um die Verkennung der eigenen Kompetenzgrenzen und damit um ein sog. Übernahmeverschulden²⁰⁵.

Die Betrachtung als unterbliebene Befunderhebung erscheint damit willkürlich. Überzeugender wäre es, eine unterbliebene oder verspätete Hinzuziehung des Konsiliars nicht als vereitelte Befunderhebung durch den Konsiliararzt, sondern als eigenes Übernahmeverschulden zu behandeln.

Zudem wird der Einbruch von Tendenzen einer Gefährdungshaftung in das Arzthaftungsrecht über eine Umkehr der Beweislast bei grobem Fehler hinausgehend dadurch verschärft, dass sich der Arzt für die Beweislast an einem *fiktiven* groben Behandlungsfehler eines Kollegen auf einem ihm *fremden* Fachgebiet messen lassen muss²⁰⁶.

Ob diese weitreichende Verschiebung der Beweislast für die Kausalität in Richtung Arzt gerechtfertigt ist, soll an späterer Stelle im Kontext²⁰⁷ geprüft werden.

2. Diagnosefolgefehler

Eine Entscheidung des OLG Köln vom 20. Juli 2005²⁰⁸ zeigte hingegen eine einengende Tendenz. Es ging um die Frage, ob eine unterlassene Befunderhebung als solche zu gelten hat, wenn sie Folge einer fehlerhaften Diagnose ist oder ob in diesem Fall nicht ein Diagnosefehler und dessen gleich zu behandelnder Folgefehler vorliegen. Zum Sachverhalt: Der beklagte Gynäkologe führte bei der Klägerin eine Krebsvorsorgeuntersuchung durch. Den Abstrich befundete er als nicht pathologisch, da er die sehr wenigen abnormen Zellen nicht entdeckte. Diese Fehldiagnose bewertete das Gericht auf der Basis der eingeholten Gutachten als einfachen

205 Spindler in Beck'schen Online-Kommentar, § 823 BGB, Rz. 602 m.w.Nw.

206 OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 106.

207 Siehe C. VI. 4.

208 OLG Köln, NJW 2006, 69.

Diagnosefehler. Als Konsequenz dieses Fehlers unterließ der Arzt es, die objektiv gebotene Kontrolluntersuchung durchzuführen. Einige Monate später suchte die Klägerin einen anderen Gynäkologen auf, der sie wegen makroskopischer Auffälligkeiten in eine Klinik überwies, wo sie nach Konisation, die sich im Schnellschnitt als unzureichend erwies, hysterektomiert wurde und sich wegen Tumorbefalls eines Lymphknotens auch einer Chemotherapie unterziehen musste. Das OLG Köln führte zu der Frage, ob ein Befunderhebungsfehler mit der Folge von Beweiserleichterungen vorliegt, aus:

„Der Bekl. hatte unter Zugrundelegung des von ihm objektiv fehlerhaft ausgewerteten Befunds des Abstrichs vom 12. 5. 1998 keine Veranlassung zur Anordnung einer Kontrolluntersuchung nach weiteren drei Monaten. ... Es wird nicht selten so sein, dass eine vorwerfbar falsche Diagnosestellung Fehler in der weiteren Behandlung nach sich zieht. Für die Frage, ob einem Arzt ausnahmsweise die Beweislast für die Nichtursächlichkeit zwischen einem Behandlungsfehler und einem vom Patienten erlittenen Gesundheitsschaden auferlegt werden kann, muss Anknüpfungspunkt indes stets der dem Arzt zur Last gelegte Behandlungsfehler sein. Nur wenn dieser im Einzelfall - sei es, weil er als grob zu bewerten ist oder weil eine Verletzung der Befunderhebungspflicht vorliegt - eine Beweislastumkehr rechtfertigt, kann von der grundsätzlich dem Patienten obliegenden Beweisführungslast abgewichen werden. ... Es ist auch keine Rechtfertigung dafür ersichtlich, gleichwohl an die unterlassene Anordnung einer objektiv erforderlichen Kontrolluntersuchung im August 1998 beweisrechtliche Nachteile zu knüpfen. Vielmehr würde sich dann ein Wertungswiderspruch ergeben, denn mit der von der Rechtsprechung zu Recht befürworteten Zurückhaltung bei der Bewertung eines Diagnosefehlers als Behandlungsfehler verträgt es sich nicht, bei einem nicht fundamentalen Diagnoseirrtum gleichwohl alleine deshalb Beweiserleichterungen anzunehmen, weil

als bloße Folge jenes Fehlers an sich objektiv gebotene Befunderhebungen unterbleiben.“

Das OLG Köln macht damit deutlich, dass sich eine formale Betrachtungsweise verbietet. Fehler in Form der Nichterhebung eines Befundes müssen als nicht eigenständige Fehler dem Diagnosefehler zugerechnet werden, soweit sie die *Folge* eines diagnostischen Irrtums sind. Eine andere Ansicht vertritt Schultze-Zeu, die auch für den Diagnose*folge*fehler einen Befunderhebungsfehler bejaht, anderenfalls käme es

„zu einer nicht gerechtfertigten Schlechterbehandlung desjenigen Arztes, der eine richtige Diagnose aufstellt, gebotene diagnostische Anschlussbefunde dann aber nicht (vollständig) erhebt. Ihm wird insoweit der Befunderhebungsfehler mit allen Folgekonsequenzen vorgeworfen. Im Gegensatz dazu wird sein Arztkollege, der bereits eine falsche Diagnose aufstellte, doppelt belohnt: ihm wird nur der Diagnosefehler angelastet, nicht jedoch die unterlassene anschließende Befunderhebung. Er hat gute Chancen, ohne eine Haftung davonzukommen. Denn der geschädigte Patient hat noch die Last des Kausalitätsbeweises“²⁰⁹.

Dieser Einwand ist zutreffend. Die geforderte Konsequenz überzeugt jedoch nicht. Denn Schultze-Zeu sucht den Ausgleich dadurch zu erzielen, dass die rechtliche Behandlung des Diagnosefehlers den Regeln des Befunderhebungsfehlers, also einer Sonderregel angepasst wird, statt umgekehrt, den Ausgleich für die unterschiedliche Behandlung in der Hinterfragung und ggf. Modifikation der Sonderregel zu suchen²¹⁰. Letzteres wird mit dieser Arbeit favorisiert, wie im Weiteren dargelegt werden soll²¹¹.

An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass die Entscheidung des OLG Köln im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung steht, wonach Anknüpfungspunkt für die zivilrechtliche Verschuldenshaf-

209 Schultze-Zeu, VersR 2008, 898.

210 Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 312.

211 Siehe C. VI. 3.

tung beim Diagnosefehler der *tatsächliche* Diagnosefehler und nicht der fiktive Folgefehler ist. Die Frage, welche bei zutreffender Diagnose erfolgten Befunderhebungen zu welchen Konsequenzen geführt hätten, muss daher der Kausalitätsprüfung vorbehalten bleiben.

3. Vorsorgeuntersuchung – keine Statussicherung?

Eine einengende Tendenz zeigte auch eine Entscheidung des OLG Hamm vom 31. August 2005²¹² auf. Dieses kam zu dem Ergebnis, dass aus einer unterlassenen Vorsorgeuntersuchung keine Beweiserleichterungen resultieren sollen. Es ging um eine Mammographie zur Krebsvorsorge, die fehlerhaft unterblieben war. Der zweite Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Ein (unterstellt) fehlerhaftes Unterlassen einer Mammographie zur Krebsvorsorge führt nicht zu einer Beweiserleichterung nach den Grundsätzen der Verletzung der Befunderhebungs- und Sicherungspflicht, wenn keine Symptome für eine Erkrankung vorliegen.“

Ein Befunderhebungsversäumnis auf dem Gebiet der Gesundheitsvorsorge soll keine Beweiserleichterungen rechtfertigen, denn, so das OLG Hamm:

„Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen der unterlassenen Befunderhebung sind nur gerechtfertigt, wenn der Arzt vorhandenen Symptomen nicht in der gebotenen Weise nachgegangen ist. ... denn nur in diesem Fall kann ihm vorgeworfen werden, einen bei der Patientin vorhandenen Krankheitsstatus nicht gesichert und dadurch die Beweisführung zu ihren Lasten beeinträchtigt zu haben.“

Diese Argumentation erscheint insofern bedenklich, als offen bleibt, *warum* Vorsorgeuntersuchungen nicht der Status- und Beweissicherung dienen sollen. Man könnte nach Sinn und Zweck

212 OLG Hamm, MedR 2006, 111.

der Vorsorgeuntersuchungen geradezu das Gegenteil postulieren. Jedenfalls findet sich kein überzeugender Grund dafür, Befunderhebungen danach zu differenzieren, ob eine Untersuchung aufgrund eines Symptoms oder wegen Erreichens einer Altersgrenze indiziert ist. Dieser Entscheidung sollte für Parallelfälle - weitere Urteile sind nicht bekannt - nicht gefolgt werden.

4. BGH, Beschluss vom 9. Januar 2007 Abgrenzung Befunderhebungs- vom Diagnosefehler (Einholung einer zweiten Meinung)

Ebenfalls eine einengende Tendenz zeigte eine jüngere Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007²¹³. Es ging um die histopathologische Untersuchung eines Hautexzidates. Der Patient verstarb an einem malignen Melanom. Der BGH sah in der Nichteinholung einer Referenzmeinung trotz Zweifelhaftigkeit des Ergebnisses keinen Befunderhebungsfehler:

„Vielmehr handelt es sich nach den eigenen Feststellungen und der insoweit zutreffenden rechtlichen Würdigung des BerGer. um einen Diagnoseirrtum auf Grund fehlerhafter Bewertung eines ansonsten vollständig erhobenen Befunds.“

Der BGH grenzte also den Befunderhebungsfehler von solchen Fehlern ab, bei denen der Arzt aufgrund eines schwer zu deutenden Befundes zwar keinen Kontrollbefund erheben, den vorhandenen Befund aber hätte kontrollieren (lassen) müssen und bewertet letztere Konstellation als Diagnoseirrtum. In beiden Fällen fehlt also ein Teilstück der Diagnostik, um zur richtigen Diagnose zu gelangen.

Gegen die BGH-Rechtsprechung könnte man einwenden, dass nicht deutlich wird, warum das fehlende Teilstück „Erhebung eines Kontrollbefundes“ anders behandelt werden soll, als das Teilstück „fehlende Kontrolle eines Befundes“. Ein qualitativer Unterschied, etwa zu der Konstellation, über die das OLG Hamm mit Urteil vom

213 BGH, NJW-RR 2007, 744.

23.08.2000²¹⁴, zu entscheiden hatte, ist nicht erkennbar. Dort ging es um die radiologische Darstellung der Beckenvenen zum Ausschluss einer Thrombose. Das Gericht entschied:

„Ist sich der befundende Radiologe in der Diagnose unsicher, hat er eine weitere Befunderhebung in Form einer erneuten Phlebographie oder eine Computertomographie durchzuführen.“

Der Fehler wurde in Übereinstimmung mit der dargestellten BGH-Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler als solcher gewertet.

In dem BGH-Fall zur unterbliebenen Einholung einer zweiten Meinung²¹⁵ geht es in der Sache wie in dem OLG-Fall²¹⁶ um die Unsicherheit bei einer Befundung und das Ergreifen von Kontrollmaßnahmen. Deren unterschiedliche Behandlung und Differenzierung in „Einholung einer Zweitmeinung“ und eigenhändige „Erstellung eines Zweitbefundes“ erscheint willkürlich. Man könnte diskutieren, ob die unterbliebene Einholung einer Zweitmeinung bei bestehenden Zweifeln *wie* ein Befunderhebungsfehler bewertet werden müsste, um dieser Ungleichbehandlung zu begegnen.

Hiergegen spricht jedoch, dass nicht die Behandlung des Diagnosefehlers den Sonderregeln des Befunderhebungsfehlers angepasst werden sollte²¹⁷, so dass der BGH-Entscheidung zu folgen ist. Festzuhalten bleibt aber, dass diese Konstellation ein weiteres Mal die Frage aufwirft, wie ggf. die rechtliche Behandlung des Befunderhebungsfehlers zu modifizieren ist, um dem dargestellten Wertungswiderspruch abzuwehren. Hierauf wird im Rahmen des eigenen Änderungsvorschlags²¹⁸ eingegangen, auf den an dieser Stelle verwiesen wird.

214 OLG Hamm, BeckRS 2000 30128257.

215 BGH, NJW-RR 2007, 744.

216 OLG Hamm, BeckRS 2000 30128257.

217 Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 312.

218 Siehe C. VI. 3.

III. Verschulden

Fraglich ist, ob der BGH für den Befunderhebungs- oder den Befundsicherungsfehler im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Beweisvorteile ein besonderes Verschulden als erforderlich erachtet.

1. „Grob verschuldete Unaufklärbarkeit“

Mit seiner Ausgangsentscheidung zum Befunderhebungsfehler vom 21. September 1982 hat der BGH auf die Verletzung „elementarer Pflichten zur Aufdeckung und Kontrolle des Geschehens“ bzw. bei „Nichterheben *einfachster* Diagnose- und Kontrollbefunde“ im Sinne einer „vom Arzt grob verschuldeten Unaufklärbarkeit“ abgestellt²¹⁹. Matthies Kommentar²²⁰ hierzu lautete:

„Die beweisrechtliche Gleichschaltung (*Anm.: mit dem Dokumentationsfehler*) durch den BGH ist daher mit- samt ihrer Begrenzung auf erhebliche Versäumnisse bei Diagnose und Kontrolle angezeigt.“

Die nächste BGH-Entscheidung²²¹ aus der Reihe dieser neuen Rechtsprechung aus dem Jahr 1987 sprach bereits nur noch von der schuldhaften Nichterhebung von Befunden, deren Kenntnis angesichts der Symptome des Patienten zur Aufklärung und Sicherung des Status ärztlich „zweifelsfrei geboten“ gewesen wäre.

Die EKG-Entscheidung²²² aus dem Jahr 1996, mit der dann die aktuelle Rechtsprechung zum Befunderhebungsfehler etabliert wurde, erwähnt schließlich nur noch den Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde und zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung.

Sundmacher geht von einer fortbestehenden Beschränkung auf die „medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde“ aus und erachtet

219 BGH, NJW 1983, 333.

220 Matthies, NJW 1983, 335.

221 BGH, NJW 1987, 1482.

222 BGH, NJW 1996, 1589.

diese Einschränkung als erforderlich, um die Haftung für das bloße Krankheitsrisiko zu vermeiden²²³. Richtig ist insoweit, dass der Arzt nicht für jeden nicht erhobenen Befund haften kann, es also eine Beschränkung geben muss. Diese ergibt sich jedoch nach der Rechtsprechung des BGH nicht länger aus der „medizinisch zweifelsfreien“ Notwendigkeit, sondern aus den allgemeinen Arzthaftungsprinzipien, somit also danach, ob der Befund unter Verstoß gegen den Facharztstandard²²⁴ sorgfaltspflichtwidrig nicht erhoben wurde.

Damit hat sich der BGH für den Befunderhebungs- und Befundsi-
cherungsfehler also gegen besondere Verschuldensvorausset-
zungen entschieden.

2. Voll beherrschbares Risiko

Bei der Befundsicherung könnte es sich möglicherweise um ein voll beherrschbares Risiko handeln, so dass bei Nichtvorlage von Krankenunterlagen die Darlegungs- und Beweislast für die Verschuldensfreiheit bei der Behandlungsseite läge²²⁵. Schmid²²⁶ verneint ein voll beherrschbares Risiko mit folgender Begründung:

„Sind dagegen Krankenunterlagen nicht mehr auffindbar, wird meist eine schuldhafte Beweisvereitelung ... **nicht** angenommen werden können, weil in der Regel eine dem Arzt oder Krankenhaus zurechenbare Verhaltensweise als Ursache der Unauffindbarkeit nicht feststeht. Ob es angeht, hier den Verschuldensnachweis durch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum voll beherrschbaren Risiko zu ersetzen, mit der Folge, dass eine Klinik für in ihrem Bereich abhandeln gekommene Krankenunterlagen in jedem Falle erhebliche Beweismachteile hinnehmen müsste, erscheint doch recht zweifelhaft. Damit wird wohl nicht hinrei-

223 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 61.

224 Siehe A.I.

225 BGH, NJW 2007, 1682; NJW 1991, 1541 zum voll beherrschbaren Risiko; s.a. Spickhoff, NJW 2007, 1628, 1635.

226 Schmid, NJW 1994, 767.

chend berücksichtigt, dass für voll beherrschbares Risiko nur dann eine Ausnahme vom Verschuldensnachweis gerechtfertigt erscheint, wenn es sich um Abläufe oder technische Geräte handelt, deren volle Beherrschung deshalb gefordert werden kann, weil selbst die Eingehung eines Restrisikos zu Lasten von Leben und Gesundheit des Patienten nicht hinnehmbar wäre. Dies kann auf die Organisation von Krankenunterlagen und deren Aufbewahrung wohl kaum übertragen werden.“

Diese Wertung erscheint fraglich. Denn bei der Befundaufbewahrung handelt es sich wie bei der Dokumentation um eine organisatorisch-mechanische Aufgabe, die sich in der ausschließlichen Herrschaftssphäre des Arztes bzw. Krankenhauses abspielt. Damit liegt definitionsgemäß ein voll beherrschbares Risiko vor²²⁷.

Nach h.M.²²⁸ und ständiger Rechtsprechung²²⁹ bestünde auch eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Aufbewahrungspflichtigen für das fehlende Verschulden an der Nichtvorlage. Im Bestreitensfall müsste der Aufbewahrungspflichtige also substantiiert darlegen und beweisen²³⁰, dass er die von der Rechtsprechung gestellten hohen Anforderungen an die ordnungsgemäße Organisation der Krankenunterlagenarchivierung²³¹ eingehalten hat. Ein voll beherrschbares Risiko zu bejahen, bedeutet damit prozessual keinen ins Gewicht fallenden Nachteil gegenüber der ohnehin bestehenden sekundären Beweislast. Daher ist nicht erkennbar, warum es eine „Überspannung der Anforderungen“ darstellen würde, wenn bei Nichtvorlage von Krankenunterlagen die Darlegungs- und Beweislast für die Verschuldensfreiheit bei der Behandlungsseite läge. Die Aufbewahrung der Krankenunterlagen ist daher als voll beherrschbares Risiko zu qualifizieren²³².

227 BGH NJW 2007, 1682.

228 Wagner in MüKo, § 138 ZPO, Rz. 21; Prütting in MüKo, § 286 ZPO, Rz. 103.

229 BGH NJW 1990, 3151; NJW 1995, 3311; NJW 1999, 717; NJW 1999, 2887; NJW-RR 2002, 1309.

230 BGH, VersR 2005, 1238, 1239.

231 BGH, NJW 1996, 779.

232 So auch Frahm, Arzthaftungsrecht, Leitfaden für die Praxis, S. 97.

IV. Vermutungsregel für den reaktionspflichtigen Befund

Eines der Kernelemente der Beweisfigur des Befundsicherungs- oder Befunderhebungsfehler ist die oben dargestellte Vermutungsregel, wonach die Reaktionspflichtigkeit des fehlenden Befundes bei Vorliegen einer „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ zu bejahen ist²³³. Die dem Patienten ursprünglich gewährte Beweislastumkehr wurde zwar aufgegeben²³⁴, mit dieser Vermutungsregel verbleibt aber die Beweiserleichterung, dass der Patient vom Vollbeweis gem. § 286 ZPO für die Reaktionspflichtigkeit des fehlenden Befundes entoben wird.

Auch wenn die Entwicklung der Rechtsprechung die Position des Patienten wieder geschwächt hat, bezeichnet Gross die verbliebene Beweiserleichterung daher zutreffend als eine Vermutungsregel *zu Gunsten* des Patienten²³⁵.

Für diese stellt sich die Frage, wie sich die Abweichung vom üblichen Beweislastsystem begründen lässt. Der BGH führte mit einer der zentralen Entscheidungen²³⁶ für den Befunderhebungsfehler hierzu aus:

„Die sich aus der Behandlung des Patienten ergebende ärztliche Verpflichtung, durch **entsprechende Untersuchungsmaßnahmen** einen bestimmten **Krankheitsstatus** zu erheben, verfolgt zwar in erster Linie therapeutische Ziele. Sie dient aber auch, ähnlich wie die Pflicht zur Dokumentation der Befunde, der Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Patienten, dem Rechenschaft über den Gang der ärztlichen Behandlung abzulegen ist. Sicherlich hat sie keinen unmittelbaren Sicherungszweck im Hinblick auf künftige Haftpflichtprozesse. Aber wenn materiellrechtlich ein Befund zu sichern und wenn darüber Rechenschaft abzulegen ist, dann kann diese Verpflichtung in einem etwaigen späteren

233 BGH, NJW 1996, 1589.

234 BGH NJW 1983, 333; 1996, 779.

235 Gross, aaO, S. 429, 434.

236 BGH, NJW 1987, 1482 (Röntgen-Kontrolle bei Tbc-Erkrankung).

Prozess nicht außer Betracht gelassen werden. Die beweisbelastete Partei kann vielmehr dem zur Sicherung der Aufklärung Verpflichteten entgegenhalten, dass er schuldhaft auch die Beweislage im Prozess verschlechtert oder vereitelt hat. In diesem Sinne ist mithin die ärztliche Verpflichtung zur Dokumentation und auch diejenige zur Befundsicherung ... auch beweis- und damit prozessbezogen Ob es dabei um die **Fiktion eines Beweisergebnisses** als **Sanktion einer Beweisvereitelung** geht, oder ob das Ergebnis daraus folgt, dass die Berufung des Aufklärungspflichtigen, der die Aufklärung unterlassen hat, auf mangelnde Aufklärbarkeit im Prozess gegen den **Grundsatz von Treu und Glauben** verstößt, der auch im Prozessrecht Beachtung zu finden hat, kann für die Entscheidung offen bleiben. In jedem Falle ist die Konsequenz, dass der Prozesspartei, die durch die von der Gegenpartei zu verantwortenden Aufklärungshindernisse benachteiligt wird, Beweiserleichterungen zugute kommen.“

Aus der Sicht des BGH kommen als Begründung für die mit der Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler verbundenen Beweiserleichterungen also zwei Ansätze in Betracht. Entweder handele es sich um eine Beweisvereitelung durch den Arzt oder eine von ihm zu verantwortende Beweisnot, die nach Treu und Glauben²³⁷ Beweiserleichterungen für den Patienten gebiete. Eine dogmatische Einordnung soll im Folgenden vorgenommen werden.

1. Beweisvereitelung

Es stellt sich somit die Frage, ob eine mangelnde Befunderhebung oder Befundsicherung eine Beweisvereitelung durch den Prozessgegner darstellt.

237 Rauscher, MüKo, Einleitung Rz. 34.

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand einer Beweisvereitelung durch die gegnerische Partei ist - wie eingangs ausgeführt²³⁸ - die Verhinderung eines Beweises durch den Prozessgegner.

Für den Befundsicherungsfehler als Verlust eines Beweismittels lässt sich dies unproblematisch bejahen.

Für den Befunderhebungsfehler ist dies fraglich. Nach Weber stellt es keine Beweisvereitelung dar, wenn es nicht um den Verlust realer Beweismittel geht, sondern darum, dass „durch die Herbeiführung des konkreten Geschehensablaufes andere denkbare Geschehensabläufe nicht real wurden und nun nur hypothetisch bestimmbar sind“²³⁹. Dies beschreibt die Sachlage beim Befunderhebungsfehler.

Diese Ansicht erscheint nicht zwingend. Jedenfalls dann, wenn die Nichtrealwerdung eines hypothetischen Geschehensablaufs auf der Verletzung der Verpflichtung zur Erstellung eines Beweismittels i.S. einer prozessbezogenen Pflicht beruht, kann dieser Einschränkung nicht gefolgt werden. Denn in diesem Fall bezweckt die verletzte Verhaltenspflicht nicht nur den Schutz des Verletzten, sondern auch die Abwehr einer regelmäßig damit verbundenen Beweisnot²⁴⁰. Damit stellt sich die Frage, ob die Nichterhebung ei-

238 Siehe A. V.

239 Weber, H., aaO, S. 220, ebenso: Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, S. 119; Gaupp, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, Tübingen 1969, der bei einem „Kunstfehler“ einen zugleich beweisvereitelnden Aspekt ablehnt, S. 59, 87, dies allerdings insbes. mit dem Argument, dass eine Beweiserleichterung für die Kausalität eine Überkompensation darstelle. Um die Kausalität geht es an dieser Stelle nach der neuen BGH-Rechtsprechung jedoch nicht mehr. Ablehnend auch Baumgärtel, FS für Kralik, S. 63, 69, der grundsätzlich kein Erfordernis für die Anwendung der Grundsätze der Beweisvereitelung in der Arzthaftung sieht.; kritisch auch Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 64.

240 Stoll, FS für Hippel, S. 558; Adem Koyuncu, Das Haftungs-dreieck Pharmaunternehmen-Arzt-Patient, S. 216.

nes Befundes als prozessbezogene Pflicht zur Abwehr einer Beweisnot verstanden werden kann²⁴¹.

Der BGH²⁴² führt insoweit aus:

„Die ... ärztliche Verpflichtung, durch entsprechende Untersuchungsmaßnahmen einen bestimmten Krankheitsstatus zu erheben, verfolgt zwar in erster Linie therapeutische Ziele. Sie dient aber auch, **ähnlich wie die Pflicht zur Dokumentation der Befunde, der Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Patienten, dem Rechenschaft über den Gang der ärztlichen Behandlung abzulegen** ist.“

Der Senat stellt also die These auf, dass der Befunderhebung wie der Dokumentation ein Doppelcharakter inne wohnt, wonach sie *auch* der prozessbezogenen Statussicherung dient.

Bei der Befunderhebung geht es nicht nur um die Erfassung medizinischer Grunddaten oder um unkomplizierte und preiswerte Basis- und Routineuntersuchungen, sondern meist um Entscheidungen, die sich an schwierigen medizinischen, aber auch an ökonomischen Kriterien messen lassen müssen. Fast jede Entscheidung zum weiteren diagnostischen Vorgehen erfordert eine medizinische Nutzen-Risiko-Abwägung, da sie etwa mit einer Strahlenbelastung wie z.B. bei der Röntgenkontrolle bei Tbc-Erkrankung²⁴³ und der computertomographischen Untersuchung bei Subarachnoidalblutung²⁴⁴ oder sogar mit einem invasiven Eingriff wie etwa bei der Biopsie bei Niereninsuffizienz²⁴⁵ verbunden sein kann. Auch bei nicht invasiven und ungefährlichen Untersuchungen wie bei der präoperativen Laboruntersuchung²⁴⁶, dem Erregernach-

241 So auch Giesen, MedR 1988, 23, 24, Laumen, NJW 2002, 3739; ablehnend Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 237, die einen lediglich zufälligen Begleitschaden postuliert.

242 BGH, NJW 1987, 1482.

243 BGH, NJW 1987, 1482.

244 BGH, NJW 1999, 862.

245 BGH, NJW 1999, 860.

246 BGH, NJW 1983, 333.

weis²⁴⁷ oder der Kontrolle eines Herzschrittmachers²⁴⁸ ist jeweils die Frage zu entscheiden, ob ein Zuwarten vertretbar oder sofortiges Handeln geboten ist. Dies nicht nur, um den Patienten vor einem Übermaß an Untersuchungen zu schützen, sondern auch im Hinblick auf das im Sozialrecht geltende Wirtschaftlichkeitsgebot. Danach muss der Arzt vor jeder Befunderhebung auch unter ökonomischen Gesichtspunkten prüfen²⁴⁹, ob weitere Untersuchungen erforderlich sind oder ob sie vom Verlauf abhängig gemacht werden können.

Festzuhalten bleibt damit, dass jeder Befunderhebung ein komplexer Abwägungsvorgang vorausgehen muss, der in den Kernbereich ärztlicher Tätigkeit²⁵⁰ fällt und der Kunst der Behandlung oder Diagnosestellung an Schwierigkeit nicht nachsteht und daher auch lange nicht als eigenständige Fallgruppe, sondern als eine Ausprägung des Diagnosefehlers behandelt wurde²⁵¹ und weiterhin zu Recht der Diagnostizität²⁵² zugeordnet wird.

Während die Befunderhebung also den Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit betrifft, basiert die Dokumentationspflicht zwar auf der medizinischen Gebotenheit, stellt aber eine organisatorisch-mechanisch zur bewältigende Aufgabe im Sinne eines voll beherrschbaren Risikos dar²⁵³.

Da aber das gesamte ärztliche Handeln für den Patienten nachvollziehbar und überprüfbar sein muss²⁵⁴, überzeugt dennoch der Ansatz des BGH, wonach nicht nur die Dokumentation eines Befundes, sondern schon seine Erhebung als *auch* prozessbezogen bewertet wird²⁵⁵, zumal die berechtigten Interessen des Patienten vom BGH in eine angemessene Relation zum eigentlichen Schwerpunkt der Befunderhebung gesetzt werden:

247 BGH, BeckRS 2006 03932.

248 BGH, NJW 2004, 1871.

249 Herzog, GesR 2007, 1.

250 So auch Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 122.

251 Scheuch, ZMGR 2005, 296, 297.

252 Nixdorf, VersR 1996, 160

253 A. III. 3.

254 OLG Saarbrücken, VersR 1988, 916.

255 So auch Peter, Die Beweissicherungspflicht des Arztes, NJW 1988, 751.

„Sicherlich hat sie (*Anm.: die Befunderhebung*) **keinen unmittelbaren Sicherungszweck** im Hinblick auf künftige Haftpflichtprozesse. Aber wenn materiellrechtlich ein Befund zu sichern und wenn darüber Rechenschaft abzulegen ist, dann kann diese Verpflichtung in einem etwaigen späteren Prozess nicht außer Betracht gelassen werden. Die beweisbelastete Partei kann vielmehr dem zur Sicherung der Aufklärung Verpflichteten entgegenhalten, dass er schuldhaft auch die Beweislage im Prozess verschlechtert oder vereitelt hat.“

Mit dieser Arbeit wird daher der Ansicht gefolgt, dass die Nichterhebung eines medizinischen Befundes *zugleich* den objektiven Tatbestand einer Beweisvereitelung erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Wie bereits eingangs ausgeführt, fordert der BGH²⁵⁶ in Übereinstimmung mit der Literatur²⁵⁷ für die „klassische“ Beweisvereitelung einen doppelten Schuldvorwurf. Das Verschulden muss sich gezielt oder fahrlässig²⁵⁸ sowohl auf die Zerstörung bzw. Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen²⁵⁹.

Wie oben bereits ausgeführt, formuliert der BGH für die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers keine besonderen Verschuldensvoraussetzungen²⁶⁰. Insbes. unterbleibt die explizite Prüfung eines doppelten Verschuldens²⁶¹. Möglicherweise sieht der BGH das doppelte Verschulden im Fall eines Be-

256 BGH NJW 1994, 1594, 1595; BGH, NJW 2004, 222.

257 Musielak, § 286 Rz. 65; Prütting in Müko § 286 Rz. 81; Baumgärtel, Festschrift für Kralik S. 63, 70

258 BGH NJW 2006, 434.

259 BGH NJW 2004, 2299; BGH NJW 2005, 3490.

260 Siehe C. III. 1.

261 BGH NJW 1994, 1594, 1595.

fundsicherungs- oder Befunderhebungsfehlers ohne besondere Erwähnung als gegeben an. Hierfür spräche, dass bei der Befundsicherung für den Aufbewahrungspflichtigen ohne weiteres erkennbar ist, dass es sich um ein Beweismittel handelt, dessen Verlust eine Beweisnot des Patienten verursachen kann. Auch bei der Befunderhebung ist für den Arzt erkennbar, dass die Unterlassung einer gebotenen Befunderhebung - auch wenn sie keinen unmittelbaren Sicherungszweck im Hinblick auf künftige Haftpflichtprozesse hat²⁶² - zugleich zu dem späteren Fehlen eines Beweismittels führt.

Nach Sundmacher fehlt es hingegen - jedenfalls im Normalfall - an einem doppelten Verschulden, da zum Zeitpunkt der Befunderhebung ein Prozess nicht konkret absehbar sei. Die Verletzung einer abstrakten Rechenschaftspflicht würde nicht ausreichen. Denn die ärztliche Arbeit dürfte nicht von der vorsorglichen Beweissicherung geprägt sein, dies würde den Arzt zwingen - ohne Vorhersehbarkeit eines Haftungsprozesses - jede Einzelheit seines Handelns zu dokumentieren bzw. sich Zeugen hierfür merken zu müssen²⁶³. Dieser Argumentation kann insoweit nicht gefolgt werden, als die ärztliche Dokumentationspflicht bzw. Befunderhebungspflicht sich nach der Rechtsprechung des BGH *ausschließlich* aus medizinischen Gründen ergibt, der Arzt also keine Maßnahme allein zur Beweissicherung vorzunehmen hat²⁶⁴. Mit dieser Begründung lässt sich also nicht fordern, dass sich ein Verschulden auch auf die konkrete Vereitelung der Beweisfunktion beziehen müsse.

Nach Ansicht der Verfasserin reicht es zudem, dass für den Arzt erkennbar (und vermeidbar) ist, dass eine unterbliebene Dokumentation oder Befunderhebung *zugleich* auch eine Beweismittelnot für den Patienten bewirkt.

Auch, wenn sich also für den Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler zumeist ein doppelter Verschuldensvorwurf bejahen ließe, kann dennoch nicht unterstellt werden, dass der BGH dies ohne explizite Prüfung generell bejahen will. Daher ist vielmehr

262 BGH, NJW 1987, 1482.

263 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 130.

264 Siehe A. III. 2.

davon auszugehen, dass der BGH ein doppeltes Verschulden für verzichtbar hält.

c) **Beweisvereitelung ohne doppeltes Verschulden**

Fraglich ist, ob das Phänomen Beweisvereitelung bzw. ihre Rechtsfolgen einen doppelten Schuldvorwurf oder überhaupt ein Verschulden erfordert. In der Lit. finden sich z.T. Ansichten, die ein Verschulden für vollständig entbehrlich halten²⁶⁵. Auch Weber versteht diesen Begriff weit und sieht von ihm alle Fälle eines von der Gegenseite - unter Umständen auch unverschuldet - verhinderten Beweises umfasst²⁶⁶. Andere Autoren äußern sich zu der Frage des doppelten Verschuldens nicht genauer, ordnen den Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler dennoch der Fallgruppe der Beweisvereitelung zu²⁶⁷, da es unbillig²⁶⁸ erschiene und als venire contra factum proprium gegen Treu und Glauben²⁶⁹ verstieße, wenn derjenige, der dem anderen ein Beweismittel aus der Hand nimmt, hieraus Vorteile ziehen könnte²⁷⁰. Dieser Ansatz ist überzeugend. Denn die Beweisnot des Patienten beruht nicht auf höherer Gewalt oder Verschulden eines Dritten, sondern gerade auf einem Verschulden des Prozessgegners. Aus diesem Grund, aber auch zur Vermeidung eines Anreizes, Befunde vorsorglich - etwa, weil sie schwierig zu interpretieren sind und daher ein hohes Risiko eines Fehlers in sich bergen - nicht zu erheben oder zu sichern, darf sich für den Arzt kein Vorteil aus dem fehlenden Beweismittel ergeben.

d) **Zwischenergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine unterlassene Befunderhebung zwar nicht primär, aber *auch* als Beweisvereitelung

265 Rosenberg, Beweislast, S. 191 f.; Schneider, Beweis, Rz. 150.

266 Weber, H., aaO, S. 218.

267 Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, S. 332, Katzenmeier, Arzthaftung . S. 480.

268 Katzenmeier, Arzthaftung . S. 480.

269 Weber, H., aaO, S. 214; Gross, aaO, S. 429, 434; Steffen, FS für Brandner, S. 332, so auch Blomeyer, AcP 169 (1969), 305, 306.

270 Prütting in MüKo ZPO, § 286, Rz. 127; Greger in Zöller, vor § 284, Rz. 25, Baumgärtel, FS für Kralik S. 63, 70; Weber, H., aaO, S. 212.

zu bewerten ist. Ein Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben erübrigt sich damit.

2. Rechtsfolge der Beweisvereitelung

Als Rechtsfolge einer Beweisvereitelung kommen in Betracht die Beweislastumkehr für die Kausalität²⁷¹, die Beweislastumkehr für die Aussage, die mit dem fehlenden Beweismittel hätte getroffen werden sollen²⁷², die Bewertung im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO zu Lasten des Beweisvereiteler²⁷³, Beweismaßreduktion²⁷⁴, das Entfallen der Beweiserheblichkeit hinsichtlich der streitigen Behauptung, die Wahrunterstellung²⁷⁵ oder Kombinationen und Übergänge dieser Sanktionsformen.

Als Begründungen für die Wahl der Rechtsfolge sind im Wesentlichen zu nennen²⁷⁶: Schlussfolgerung aus dem beweisvereitelnden Verhalten auf die Richtigkeit des von der Gegenseite Behaupteten, „Bestrafung“ oder Kompensation, da die Beweisnot von der Gegenseite zu verantworten ist.

Da im Arzthaftungsprozess nur im Ausnahmefall von einem absichtlichen Befundverlust und wohl nie von einer zum Zwecke der Beweisvereitelung erfolgenden Unterlassung einer Befunderhebung ausgegangen werden kann, sind Schlussfolgerungen vom Verhalten der Behandlerseite auf das Ergebnis des fehlenden Befundes kaum möglich, so dass die erste Begründung nicht greifen kann.

Die zweite Begründung, die Bestrafung des Beweisvereiteler, ist ein „dem Zivilprozess insgesamt fremdes Element“²⁷⁷.

271 So noch die Ausgangsentscheidung zum Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler, BGH, NJW 1983, 333.

272 So die „Gallenstein“-Entscheidung des BGH, NJW 1996, 779.

273 Weber, H., aaO, S. 213, Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 139.

274 So die jetzt geltende Rechtsprechung zum Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler hinsichtlich des Befundes selbst, siehe auch Hausch, VersR 2005, 600.

275 Siehe hierzu etwa (ablehnend) Baumgärtel, FS für Kralik, S. 63, 72.

276 Weber, H., aaO, S. 213.

277 Weber, H., aaO, S. 213; s. a. Katzenmeier, Arzthaftung, S. 466, Honsell in FS für Westermann, 315, 335.

Überzeugend ist der kompensatorische Ansatz. Weber ist darin zu folgen, dass die - wie er es nennt - Beweissubstitution eine angemessene Rechtsfolge darstellt, andere Beweisvorteile wie etwa die Wahrunterstellung oder eine Beweislastumkehr für die Kausalität hingegen eine Überkompensation bedeuten würden²⁷⁸. Da das Beweismittel nicht rekonstruierbar ist, soll der Gegner so gestellt werden, wie er bei erfolgreicher Beweisführung mittels des vereitelten Beweises bestmöglichstenfalls stehen könnte²⁷⁹. Diese Substitution beschreibt Weber²⁸⁰ als „dem Ziel des Prozessrechts sachangemessen und relativ am nächsten, weil sie die Beweislastverteilung nicht verschiebt und den Richter bei der Sachverhaltsgewinnung von der Wahrheit nicht über das notwendige Maß hinaus festlegt.“

Der vom BGH gewählte Weg entspricht diesem Grundgedanken - Kompensation ohne punitiven Charakter -, erscheint aber noch geglückter.

Wie dargestellt wurden die eingeräumten Beweisvorteile Schritt für Schritt so fortentwickelt, dass die Beweisnot mit einer Vermutungsregel für das fehlende Beweismittel²⁸¹ ausgeglichen wird²⁸². Der Patient muss lediglich mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“, die Reaktionspflichtigkeit des fehlenden Befundes beweisen. Damit wird er zwar *nicht* „so gestellt, wie er bei erfolgreicher Beweisführung mittels des vereitelten Beweises *bestmöglichstenfalls* stehen könnte“²⁸³. Er wird jedoch hinsichtlich des Beweismaßes begünstigt, indem er vom Vollbeweis nach § 286 ZPO für den fehlenden Befund und die Frage seiner Reaktionspflichtigkeit entoben wird.

278 Weber, H., aaO, S. 217; Laumen, NJW 2002, 3739.

279 Weber, H., aaO, S. 216; Laumen, aaO.

280 Weber, H., aaO, S. 216.

281 So auch die von Baumgärtel grundsätzlich favorisierte Rechtsfolge für Beweisvereitelungen, wobei Baumgärtel für diese Rechtsfigur im Rahmen der Arzthaftung allerdings keinen Bedarf sieht, aaO, S. 63, 72.

282 Gehrlein, aaO, B 151.

283 Wie von Laumen, aaO und Weber, aaO, S. 216 befürwortet.

Die vom BGH gewählte Abkehr von der Umkehr der Beweislast zugunsten der Absenkung des Beweismaßes mit der Hürde der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ begegnet dem Risiko, dass der Patient ohne Befund mehr erhält, als dies mit Befund der Fall gewesen wäre²⁸⁴.

Diese Rechtsprechungsentwicklung erfolgte parallel zu der Entwicklung der Rechtsprechung bei Dokumentationsmängeln. Auch hier wurde zunächst eine Beweislastumkehr für den Fehler gewährt und im weiteren Verlauf der Beweisvorteil auf das im Streite stehende Beweismittel beschränkt. Insoweit wurde der Grundsatz etabliert, dass eine nicht dokumentierte Maßnahme als unterblieben gilt, so der Beweis nicht anders geführt werden kann. Der BGH schließt also in beiden Fällen die Beweislücke durch Unterstellung eines für den Patienten günstigen Sachverhalts.

Dieser vom BGH gewählte Weg stellt einen geglückten Ausgleich zwischen den unverschuldeten Beweisnöten des Patienten einerseits und dem gebotenen Schutz des Arztes vor beweisrechtlicher Überkompensation zu seinen Lasten andererseits dar.

3. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt damit, dass der Eingriff in das übliche Beweislastsystem²⁸⁵ durch die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers mit der Vermutungsregel für die Feststellung des reaktionspflichtigen Befundes sowohl hinsichtlich der Begründung als auch hinsichtlich der gewählten Rechtsfolge überzeugt. Dies gilt gleichermaßen für die Variante des schuldhaft verlorenen Befundes wie für den Befund, der sorgfaltspflichtwidrig nicht erhoben wurde.

V. Rechtsbegriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit

Wie der zentrale Begriff dieser Vermutungsregel, d.h. die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines reaktionspflichtigen Befundes,

284 Müller, NJW 1997, 3049, 3052.

285 Siehe A. I.; II.

zu definieren ist, hat der BGH offen gelassen. Anhaltspunkte für die Auslegung dieses Kriteriums sind lediglich, dass er über eine Beweislastumkehr zunächst für die Kausalität, dann für den Befund selbst, entwickelt wurde und erkennbar der Vermeidung einer beweisrechtlichen Überkompensation auf Patientenseite dienen soll²⁸⁶. Hieraus lässt sich grundsätzlich ableiten, dass keine zu hohen Anforderungen an den Nachweis durch den Patienten zu stellen sind und es vielmehr darum geht, solche Fälle herauszufiltern, bei denen anzunehmen ist, dass der Patient durch eine starre Beweislastumkehr mehr erhalte, als ihm bei Vorhandensein des Befundes zustehen würde.

Zunächst wird aufgezeigt, wie sich der BGH und die Obergerichte zu diesem Begriff gestellt haben. Anschließend soll das gebotene Wahrscheinlichkeitsmaß durch Auslegung eingegrenzt werden.

1. Auswertung von Gerichtsentscheidungen

Mit der EKG-Entscheidung des BGH vom 13. Februar 1996 wurde die Voraussetzung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Reaktionspflichtigkeit des hypothetischen Befundes eingeführt²⁸⁷. Dieser Entscheidung ist zwar zu entnehmen, dass eine für einen reaktionspflichtigen Befund sprechende Wahrscheinlichkeit von „mehr als 90 %“ auf jeden Fall ausreicht, nicht aber, wo die Untergrenze für die Bejahung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit liegen soll.

Das OLG Brandenburg beschäftigte sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1998²⁸⁸ mit der Frage einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines reaktionspflichtigen Ergebnisses im Falle einer früheren Biopsie bei Brustkrebs. Letzteres wurde mit der Feststellung verneint, dass die Krebserkrankung nicht „überwiegend wahrscheinlich“ festgestellt worden wäre, ohne dass sich hierfür in der Entscheidung des OLG eine Begründung fände.

286 Müller, VersR 2006, 1289.

287 Siehe B. I. 4.

288 OLG Brandenburg, NJW-RR 1999, 967.

Bei einer Entscheidung des OLG München vom 11. Januar 2001²⁸⁹ ging es um den Vorwurf des unzureichenden differentialdiagnostischen Ausschlusses einer Thrombose. Das Gericht verneinte ein reaktionspflichtiges Befundergebnis einer hypothetischen Doppler-Sonographie oder Phlebographie, da dieses für den streitigen Zeitpunkt „gänzlich unwahrscheinlich“ gewesen sei. Es findet sich jedoch auch hier keine genauere Begründung für dieses Ergebnis.

Das OLG Stuttgart befasste sich mit Urteil vom 22. Februar 2001²⁹⁰ mit der verspäteten Erkennung einer heparininduzierten Thrombozytopenie. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass eine Laborkontrolle mit keiner hinreichenden Wahrscheinlichkeit einen reaktionspflichtigen Befund erbracht hätte. Denn es sei ein reaktionspflichtiges Ergebnis nicht wahrscheinlicher gewesen als ein nicht reaktionspflichtiges Ergebnis. Auch, wenn das Gericht hierfür ebenfalls eine Begründung vermissen lässt, kann aus dieser Entscheidung zumindest abgeleitet werden, dass das OLG Stuttgart eine lediglich 50%ige Wahrscheinlichkeit nicht ausreichen lassen will.

Das OLG München²⁹¹ befasste sich im Rahmen einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 erneut mit dem Begriff des reaktionspflichtigen Befundes, jetzt wegen eines nicht erkannten Mammakarzinoms bei versäumter Mammographie. Auch bei dieser Entscheidung verzichtete das OLG München auf eine Definition des Begriffs und stellte lediglich fest, dass ein „völlig offenes“ Ergebnis nicht ausreichend sei.

Einer Entscheidung des OLG Dresden vom 6. Juni 2002²⁹² ist ebenfalls ohne vertiefende Begründung lediglich zu entnehmen, dass die Wahrscheinlichkeit von „nicht höher als 50 %“ unzureichend sein soll.

289 OLG München, BeckRS 2001 30154575.

290 OLG Stuttgart, NJOZ 2002, 1973.

291 OLG München, BeckRS 2001 30207019.

292 OLG Dresden, MedR 2003, 528.

Bei einer Entscheidung des OLG Koblenz vom 5. Juli 2004²⁹³ ging es um ein Neugeborenes mit dem Risiko einer kritischen Hypoglykämie, das auf der geburtshilflichen Abteilung belassen wurde, wo die erforderlichen Blutzuckerkontrollen unterblieben. Das Gericht befasste sich u.a. mit der Frage, ob die gebotene Blutzuckerkontrolle mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte. Dabei wird bemerkenswerter Weise die Frage aufgeworfen, ob eine „nicht nur ganz untergeordnete hinreichende Erwartung“ auch als ausreichend anzusehen sei. Diese Frage ließ das OLG Koblenz dann allerdings unbeantwortet, da in dem zu entscheidenden Fall der bis dahin bereits allgemein anerkannte Schwellenwert von mehr als 50 % Wahrscheinlichkeit erreicht war.

Bei einer Entscheidung des OLG Köln vom 31. Januar 2005²⁹⁴ ging es um die Vermeidbarkeit zerebraler Schäden eines Kindes durch CTG-Schreibung unter der Geburt und deren vorzeitige Beendigung durch Sectio oder Vakuumentbindung. Das OLG Köln formulierte widersprüchliche Mindestwahrscheinlichkeiten, und zwar einerseits eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ - dies wäre mehr als 50 %, also ab 51 % zu bejahen - und andererseits verlangt es „grundsätzlich 50 %“, also weniger als 51 %. Eine Begründung für diese wohl als 50 % gemeinte Mindestwahrscheinlichkeit findet sich in den Urteilsgründen nicht.

Einer Entscheidung des OLG München vom 24. Februar 2005²⁹⁵ lag ein apallisches Syndrom durch Sauerstoffmangel nach einer Strumaoperation zugrunde. Es ging u.a. um die Frage, ob bei der gebotenen engmaschigen Überwachung der sich aufbauende Sauerstoffmangel zu entdecken gewesen wäre. Das OLG München ließ hier eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ausreichen. Eine Begründung wird wiederum nicht gegeben.

Bei einer Entscheidung des OLG Nürnberg vom 24. Juni 2005²⁹⁶ ging es um die Frage, ob eine Netzhautablösung bereits früher

293 OLG Koblenz, NJW 2005, 1200.

294 OLG Köln, NJW 2006, 69.

295 OLG München, NJW-RR 2006, 34.

296 OLG Nürnberg, NJOZ 2006, 1674.

hätte festgestellt werden können. Zu der Frage der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ der Erkennbarkeit stellt das Gericht fest, dass man bei einer genauen Untersuchung „wahrscheinlich“ ein behandlungsbedürftiges Stadium der Retinopathie am rechten Auge hätte entdecken können. Das OLG Nürnberg ließ hier also eine nicht näher definierte Wahrscheinlichkeit genügen.

Das OLG Hamm warf mit Urteil vom 31. August 2005²⁹⁷ die Frage auf, ob man eine geringere Wahrscheinlichkeit als 50 % für die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausreichen lassen müsste, zeigte sich also gegenüber der sich abzeichnenden Tendenz, eine über 50 % liegenden Wahrscheinlichkeit zu fordern, kritisch eingestellt, ließ diese Frage aber letztlich unbeantwortet.

Bei einer Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 8. November 2006²⁹⁸ ging es um die Frage, ob ein kindlicher Sauerstoffmangel durch eine weitere CTG-Schreibung hätte erkannt und vermieden werden können. Das Gericht verwendete - wie schon das OLG Nürnberg mit Urteil vom 24. Juni 2005 - den sehr allgemeinen Begriff der Wahrscheinlichkeit, ohne diesen mit einem Zusatz zu präzisieren.

Festzuhalten bleibt damit, dass sich ein Konsens der Gerichte dahingehend abzeichnet, dass bei einer Wahrscheinlichkeit von *über* 50 % die Schwelle der hinreichenden Wahrscheinlichkeit als erreicht gelten soll. Kein Konsens besteht hingegen zu der Frage, ob dies auch schon bei einer 50%igen Wahrscheinlichkeit oder sogar darunter gelten soll.

Eine Begründung für die meist geforderte Mindestwahrscheinlichkeit von über 50 % oder eine Definition für die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ lassen sämtliche Entscheidungen bis auf ein Urteil des OLG Köln aus dem Jahr 2003²⁹⁹, auf das nachfolgend eingegangen werden soll, vermissen.

297 OLG Hamm, BeckRS 2005, 14409.

298 OLG Saarbrücken, NJOZ 2007, 933.

299 OLG Köln, VersR 2004, 247.

2. Entscheidung des OLG Köln vom 28. Mai 2003

Bei der Entscheidung des OLG Köln vom 28. Mai 2003³⁰⁰ ging es um eine unterbliebene Abstrich-Untersuchung bei Amnioninfektionssyndrom. Das OLG führt aus:

„Den vom Bundesgerichtshof bislang nicht näher konkretisierten Begriff der "hinreichenden Wahrscheinlichkeit" deutet der Senat entsprechend der bei § 287 ZPO oder § 294 ZPO vertretenen Wertung als "überwiegende Wahrscheinlichkeit", also als eine jedenfalls über 50% liegende Wahrscheinlichkeit Wie oben im einzelnen dargelegt, kann im hier gegebenen Fall von einer **mindestens 50%igen Wahrscheinlichkeit, dass sich bei einem Scheidenabstrich ein positiver Befund ergeben hätte, nicht ausgegangen werden, so dass auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Befunderhebungspflicht keine Beweiserleichterung für die Kläger zu begründen ist.“**

Hier fällt zunächst auf, dass das OLG Köln wie auch bei der oben³⁰¹ bereits zitierten Entscheidung vom 31. Januar 2005³⁰² einerseits eine "über 50% liegende Wahrscheinlichkeit", andererseits aber eine „mindestens 50%ige Wahrscheinlichkeit“ fordert. Auch, wenn sich Lebenssachverhalte nur selten so scharf fassen lassen, dass Wahrscheinlichkeiten zwischen 50 % und 51 % unterscheidbar wären, sind die verwendeten Begriffe doch widersprüchlich. Denn „mindestens 50 %“ und „über 50 %“ stellen unterschiedliche Schwellenwerte dar. Gemeint ist wohl eine Mindestwahrscheinlichkeit von 50 %.

Das OLG Köln³⁰³ begründet das aus seiner Sicht erforderliche Maß an Wahrscheinlichkeit wie folgt:

300 OLG Köln, VersR 2004, 247.

301 Siehe C. V. 2.

302 OLG Köln, NJW 2006, 69.

303 OLG Köln, VersR 2004, 247.

„Ein geringeres Maß würde zu unerträglichen Wertungswidersprüchen führen. Während an die Möglichkeit, über das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers zu Beweiserleichterungen zu gelangen, zu Recht erhebliche Anforderungen gestellt werden, und die Annahme eines groben Behandlungsfehlers eindeutig Ausnahmecharakter hat, ergeben sich über die Verletzung von Befunderhebungspflichten deutlich vereinfachte Möglichkeiten für einen durch ärztliche Handlung Geschädigten. Die Voraussetzung, dass die Verken- nung eines (fiktiven) positiven Befundes oder das Unterlassen einer Reaktion hierauf sich ihrerseits als grober Fehler darstellen müsse, bedeutet kein entsprechendes Korrektiv, denn hier dürfte die Annahme eines groben Fehlers eher die Regel. Der das gesamte Zivilrecht beherrschende Grundsatz, dass die Anspruchsbegründenden Tatsachen, insbesondere der ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung und Schadenseintritt vom Anspruchsteller zu beweisen sind, würde eine auch im Arzthaftungsrecht nicht zu rechtfertigende deutliche Aushöhlung erfahren.“

Das Gericht sieht in der 50%-Hürde also ein geeignetes Korrektiv für die mit dem Befunderhebungsfehler verbundenen Beweisvor- teile. Dieser Ansatz lässt sich jedoch nicht mit den Ausführungen des BGH in der „EKG“-Entscheidung³⁰⁴ vereinbaren:

„Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde und zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung der Befundträger lässt im Wege der Beweiserleichterung für den Patienten zwar auf ein reakti- onspflichtiges positives Befundergebnis schließen, wenn eine solches hinreichend wahrscheinlich ist, re- gelmäßig jedoch nicht auf eine Ursächlichkeit der unter- lassenen Befundauswertung für einen vom Patienten erlittenen Gesundheitsschaden.“

304 BGH, NJW 1996,1589.

Das Einzelement des reaktionspflichtigen Befundes ist also vom Kausalitätsnachweis streng zu trennen und somit auch nicht als Korrektiv auf der Kausalitätsebene zu verwenden.

Zudem lässt das OLG Köln ein Eingehen auf die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung bzw. ihren dogmatischen Hintergrund vermissen. Aus der dargestellten Rechtsprechungsentwicklung³⁰⁵ lässt sich ableiten, dass die hinreichende Wahrscheinlichkeit eine Korrektur gegenüber der vollen Beweislastumkehr für die streitige Tatsache des reaktionspflichtigen Befundes darstellt. Lediglich jene Fälle, bei denen ein reaktionspflichtiger Befund „zu“ unwahrscheinlich ist, als dass man ihn in einem fairen Prozess zu Gunsten des Patienten annehmen dürfte, sollen durch die Einschränkung auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit „herausgefiltert“ werden. Dem Interpretationsansatz des OLG Köln ist daher nicht zu folgen.

3. Eigene Auslegung

Im Folgenden soll der Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit unter Berücksichtigung des vorstehenden Rechtsprechungsüberblicks diskutiert und einer eigenen Auslegung zugeführt werden.

a) Wahrscheinlichkeit als Beweismaß

Die nachzuweisende Wahrscheinlichkeit wird überwiegend als Beweismaß für die richterliche Überzeugungsgewinnung gem. § 286 ZPO verstanden³⁰⁶. Dabei ist der vom BGH eingeführte Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer von vielen Wahrscheinlichkeitsbegriffen, den Rechtsprechung und Literatur für den Nachweis von Tatbestandsmerkmalen und der Kausalität, d.h. für die Bewertung einer Sachverhaltsbehauptung als wahr oder unwahr i.S.d. § 286 ZPO geprägt haben. Das bekannteste Beispiel ist die „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“, die eine

305 Siehe B. II.

306 Weber, aaO, S. 30; Laumen, NJW 2002, 3739, a.A. Greger, aaO, § 186 Rz. 19, der das erforderliche Maß der Wahrscheinlichkeit als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal versteht; differenzierend Heinrich, FS für Musielak, S. 231, 235.

größere Bedeutung im Strafrecht³⁰⁷ besitzt, im Zivilrecht aber etwa für die Unterlassungskausalität verwendet wird³⁰⁸. Als weiteres Beispiel ist die „gänzliche Unwahrscheinlichkeit“ zu nennen, mit der sich der Beklagte bei Umkehr der Beweislast für die Kausalität entlasten kann³⁰⁹.

Sundmacher bezweifelt, dass es sich bei der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ um eine Beweismaßreduktion handelt und formuliert die These, dass die Vermutungsregel einen Indizienbeweis darstelle³¹⁰. Richtig ist, dass sich - wie oben bereits dargestellt - die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Arzthaftung (Fehler, Kausalität, Schaden) z.T. nur über Indizien beweisen lassen³¹¹.

Ein erfolgreicher Indizienbeweis i.S. des vom Kläger geschuldeten Vollbeweises nach § 286 ZPO setzt grundsätzlich voraus, dass die der Schlussfolgerung zugrunde liegenden Indizien zur „Überzeugung des Gerichts“ den Beweis des relevanten Tatbestandsmerkmals erbringen³¹² bzw. den Tatrichter von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen³¹³ oder noch anders formuliert einen „für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit“ erbringen, „der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“³¹⁴.

Nach Auffassung der Verfasserin kommt die Vermutungsregel erst an dieser Stelle, und zwar in Form einer Beweismaßreduzierung³¹⁵ zum Tragen. Abweichend vom sonst geltenden Beweismaß muss der Kläger in Ermangelung unmittelbarer Beweise mit dem Indizienbeweis nicht die „Wahrheit“ oder „Gewissheit“ erbrin-

307 Z.B. BGH, NJW 1987, 2940.

308 Z.B. OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 1325.

309 BGH, NJW 1995, 1611; NJW 1998, 1780; NJW 1997, 796; NJW 2004, 2011.

310 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 145 ff.

311 Siehe A. II.

312 Prütting in MüKo § 284 ZPO, Rz. 24-25; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 43; BGH NJW 2004, 3423, 3424.

313 BGH, NJW 1989, 2947

314 BGH, NJW 1970, 946; 1994, 801; Greger aaO, § 286 Rz. 19; Deutsch, Spickhoff, aaO, Rz. 382.

315 BGH NJW 1987, 1482, 1484.

gen, dass ein reaktionspflichtiger Befund vorlag, sondern nur die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ für die Richtigkeit dieser Tatsache. Der Aspekt des Indizienbeweises und das gesenkte Beweismaß sind somit voneinander zu trennen, wobei die Vermutungsregel letzterem zuzuordnen ist³¹⁶.

Mit dieser Arbeit wird also die Auffassung vertreten, dass auch die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ des reaktionspflichtigen Befundes ein Beweismaß darstellt, und zwar eine Absenkung gegenüber dem sonst geschuldeten Vollbeweis i.S.v. § 286 ZPO³¹⁷.

b) Zum Begriff der Wahrscheinlichkeit

Die Feststellung von Wahrscheinlichkeiten für hypothetische Verläufe oder Ergebnisse gestaltet sich gerade in der Medizin sehr schwierig und die Erreichung einer naturwissenschaftlich bewiesenen Sicherheit ist fast nie möglich³¹⁸.

Scholl bezweifelt für die meisten Fragestellungen, dass die medizinische Wissenschaft bzw. der medizinische Sachverständige überhaupt in der Lage sei, für den konkreten Fall statistisch zutreffende Prozent-Angaben hinsichtlich einer definierten Wahrscheinlichkeit zu machen³¹⁹. In Ermangelung eines geeigneteren Konzepts wird der Wahrscheinlichkeitsbegriff dennoch überwiegend als ein objektiv naturwissenschaftlicher bzw. statistischer verstanden³²⁰.

Wie dargestellt, hatte die Rechtsprechung große Probleme, die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ auf einer Wahrscheinlichkeitskala von 0 % – 100 % einem bestimmten Schwellenwert zuzuordnen oder diesen gar zu begründen. Denn verbalquantifizierende Beschreibungen wie etwa „hohe Wahrscheinlichkeit“ oder „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, „mit an Sicherheit

316 Foerste in Musielak, § 286 ZPO Rz. 62.

317 Siehe A. II.

318 Wachsmuth, Schreiber, NJW 1982, 209; Dubben, Beck-Bornholdt, Mit an Wahrscheinlichkeit grenzender Sicherheit, S. 33.

319 Scholl, NJW 1983, 319.

320 Weber, H., aaO, S. 38; BGH NJW 1973, 1926.

grenzende Wahrscheinlichkeit“ oder die hier in Rede stehende „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ sind nicht ohne weiteres in einen Prozentzahl übersetzbar.

Vom Wortsinn her könnte man dem nicht näher begründeten Ansatz mancher Gerichte folgen, dass Wahrscheinlichkeit erst oberhalb der 50%-Schwelle, also ab 51 % erreicht sei, weil erst hier die Wahrscheinlichkeit die Unwahrscheinlichkeit überwiegt. Dieser Ansatz kann für die Begrifflichkeit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit aber keine Geltung beanspruchen. Denn, was hinreichend ist, stellt eine normative Wertung dar, die an jedem beliebigen Punkt einsetzen sein kann³²¹. Daher lässt sich auch ein Fall der überwiegenden Unwahrscheinlichkeit, z.B. eine nur 20%ige Wahrscheinlichkeit noch unter den Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit subsumieren. Unter Berufung auf den Wortsinn kann also eine mindestens 51%ige Wahrscheinlichkeit nicht verlangt werden.

Eine Parallele könnte zu den Fällen der gänzlichen Unwahrscheinlichkeit gezogen werden, die die Grenze bei der Beweislastumkehr für die Kausalität darstellt³²². Für diesen Wahrscheinlichkeitsbegriff fehlt es jedoch ebenfalls an klaren Kriterien³²³, so dass dieser Ansatz nicht weiter führt.

Eine Mindestwahrscheinlichkeit von 50 % lässt sich aus dem Sinn und Zweck, eine Überkompensation zu vermeiden³²⁴, kaum ableiten. Denn die hinreichende Wahrscheinlichkeit dient dazu, eine Überkompensation bei der Substitution des fehlenden Beweismittels zu verhindern. Daher muss sie zwar oberhalb der reinen „Geignetheit“ zur Schadensverursachung liegen³²⁵.

321 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 148.

322 Müller, VersR 2006, 1289.

323 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 193; "waffengleichheit": Das Recht in der Arzthaftung, S. 47.

324 Müller, NJW 1997, 3049, 3052.

325 Stegers in Arzthaftungsrecht - Rechtspraxis und Perspektiven: Rechtspraxis und Perspektiven, S. 144.

Nach ihrem Sinn und Zweck eine *niedrige* Hürde darzustellen, muss sie jedoch abweichend von der Wertung der meisten Instanzgerichte deutlich unter einer Mindestwahrscheinlichkeit von 50 %³²⁶ angesetzt werden. Es bleibt dabei von der Rechtsprechung zu klären, welche Prozentzahl diese niedrige Hürde in geeigneter Weise repräsentiert³²⁷.

Eine Reduktion der einschlägigen Fallkonstellationen im Hinblick auf die im übrigen mit dieser Beweisfigur verbundenen Beweiserleichterungen ist dogmatisch jedenfalls nicht begründbar und sollte mit diesem Kriterium nicht erfolgen.

VI. Kausalität und Beweislastumkehr

Nach den vom BGH geprägten Haftungsvoraussetzungen schließt sich in der weiteren Prüfung die Frage an, ob die Verkennung oder Nichtreaktion auf den verlorenen oder nicht erhobenen Befund als einfach oder grob fahrlässig zu qualifizieren ist, um auf dieser Basis gegebenenfalls eine Beweislastumkehr für die Kausalität zu gewähren.

1. Befundverlust

Dieses Vorgehen stellt beim Befundverlust keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der Arzthaftung³²⁸ dar, da der Befund ja seinerzeit *tatsächlich* vorlag und damit auch *tatsächlich* nicht auf ihn reagiert wurde.

Die Prüfung, mit welchem Grad von Fahrlässigkeit die Nichtreaktion zu bewerten ist, um hiervon die Frage einer etwaigen Beweislastumkehr abhängig zu machen, fügt sich daher ohne Besonderheiten in das übliche Beweislastsystem der Arzthaftung ein.

326 So hingegen Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 159, der für eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als „halbwegs praktikable“ Lösung plädiert.

327 Hausch, aaO S. 193

328 Siehe A. I. II.

2. Befunderhebung

Anders sieht es hingegen beim Befunderhebungsfehler aus. Bei der Beweisfigur des Befunderhebungsfehlers wird von den klassischen Haftungsvoraussetzungen insofern abgewichen, als sich die Behandlerseite für die Beweislast an der fiktiv unterbliebenen Reaktion auf einen fiktiven Befund messen lassen muss. Diese Konstruktion ist im etablierten System der Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht exzeptionell. Sie gewährt eine Beweislastumkehr für die Kausalität auf der Basis eines fiktiven groben Behandlungsfehlers bei einem tatsächlich nur einfachen Behandlungsfehler.

Helbron vertritt die Ansicht, dass kaum Fälle denkbar seien, in denen die Nichterhebung des Befundes noch verständlich sei, aber die hypothetische Auswertung des hypothetischen Befundes so fehlerhaft gewesen wäre, dass dies einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfte³²⁹. Wenn sich ein so gravierender Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergeben hätte, dann müsse meist die Unterlassung der Befunderhebung selbst schon grob fehlerhaft sein. Spickhoff warnt jedoch zu Recht davor, dass eine strengere Beurteilung und Bejahung von Befunderhebungsfehlern als grob fehlerhaft, eine überspitzte Einschätzung in den klinischen Alltag bringen und diesen verzerren würde³³⁰. Dieser Auffassung ist der Vorzug zu geben. Als Beispiel ist eine unterbliebene Routine-Labor-Untersuchung zu nennen. Sie wird nicht allein dadurch grob fehlerhaft, dass sie - wäre sie erfolgt - eindeutige Hinweise auf eine später festgestellte Erkrankung ergeben hätte.

Dass eine Beweislastumkehr durch einen einfachen Befunderhebungsfehler ausgelöst werden kann, bezeichnet Spickhoff als dessen Fernwirkungen. Hieraus ergäbe sich, dass die Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers nach der BGH-Rechtsprechung jedenfalls nicht auf einer zivilrechtlichen Sanktion besonders schweren Verschuldens beruhe³³¹. Dem ist zu folgen, da Zielrichtung des BGH nicht die Bestrafung des groben Behand-

329 Helbron, aaO, S. 59.

330 Spickhoff, NJW 2004, 2345, 2346.

331 Spickhoff, NJW 2004, 2345, 2346.

lungsfehlers³³² ist, sondern die gerechte Verteilung der Beweislast im Arzt-Patienten-Verhältnis³³³.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Beweislastumkehr als Ausnahme von der Grundregel für eine faire Prozessführung geboten ist und ob sie sich in geeigneter Weise³³⁴ in das etablierte Arzthaftungsrecht einfügt³³⁵.

a) **Erforderlichkeit**

Wie oben bereits herausgearbeitet³³⁶ intendiert der BGH mit den Beweiserleichterungen beim Befundsicherungs- und Befunderhebungsfehler den Ausgleich der mit dem Sorgfaltspflichtverstoß zugleich verbundenen Beweisvereitelung.

Für den Befunderhebungsfehler stellt sich die Frage, warum der BGH Beweiserleichterungen auf Kausalitätsebene bei nur *fiktiv* grobem Fehler gewährt und nicht bereits die Schließung der Sachverhaltslücke durch die Vermutungsregel für einen reaktionspflichtigen Befund - ähnlich wie beim Dokumentationsmangel - als ausreichende Kompensation ansieht³³⁷. Eine ausdrückliche Begründung findet sich in den einschlägigen Entscheidungen nicht.

Nachvollziehbar ergibt sich dieses Vorgehen jedoch unter der Prämisse, dass der Patient auch beweisrechtlich so gestellt werden soll, wie er günstigstenfalls bei Erhebung des Befundes hätte stehen können.

Für den vollständigen Ausgleich sämtlicher Nachteile durch die vom Arzt verschuldete Beweisnot erscheint das Anknüpfen an den fiktiven Fehler für eine etwaige Beweislastumkehr, wie Müller -

332 Steffen, FS für Brandner, S. 333.

333 BGH, NJW 1983, 333.

334 Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 73.

335 Prütting in MüKo, § 286 ZPO, Rz. 119; Foerste in Musielak, § 286 ZPO, Rz. 37; NJW-RR 1997, 892.

336 C. IV. 1. d).

337 Dafür Nixdorf, VersR 1996, 160, 162 - allerdings ohne Kenntnis der jetzt geltenden Haftungsvoraussetzungen nach der "EKG-Entscheidung" des BGH, NJW 1996, 1589.

Vorsitzende des Arzthaftungssenats des BGH - zuzustimmen ist, also als geboten³³⁸.

b) Interessen- und Systemgerechtigkeit

Wie oben ausgeführt, wird der Qualifikation der Befunderhebungspflicht *auch* als Beweissicherungspflicht mit dieser Arbeit grundsätzlich zugestimmt³³⁹.

Mit dieser Begründung wurde auch die Substitution des fehlenden Beweismittels mittels der oben dargestellten Vermutungsregel für den reaktionspflichtigen Befund als angemessen und interessenrechtlich angesehen. Dabei hatte sich gezeigt, dass die Lösung des BGH den Patienten nicht so stellt, wie er bei erfolgreicher Beweisführung mittels des vereitelten Beweises *bestmöglichenfalls* hätte stehen können³⁴⁰. Vielmehr sieht der BGH zur Vermeidung einer Überkompensation eine Einschränkung auf die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ der Reaktionspflichtigkeit des Befundes vor. Damit gelingt dem BGH eine interessenrechtliche (positive) Substitution des fehlenden Beweismittels und zugleich eine Lösung, die sich durch Anlehnung an die (negative) Schließung der Sachverhaltslücke beim Dokumentationsfehler in das bestehende Arzthaftungsrecht systemgerecht einfügt.

Untersucht werden soll, ob dies für die Gewährung einer Beweislastumkehr bei nur einfachem Befunderhebungsfehler ebenfalls gelungen ist.

(1) Parallelwertung zum Dokumentationsfehler

Die gewählte Rechtsfolge wurde vom BGH aus der Parallele zum Dokumentationsfehler abgeleitet³⁴¹. Auch in der Literatur wird für die weitreichenden beweisrechtlichen Konsequenzen des Befunderhebungsfehlers häufig ins Feld geführt, dass es *wie* beim Do-

338 Müller, VersR 2006, 1289, 1296; s.a. Reinhardt, NJW 1994, 93.

339 C. IV d).

340 Weber, H., aaO, S. 216; Laumen, aaO.

341 B. I. 1., 2.

kumentationsfehler, in der Hand des Arztes gelegen hätte, für die Existenz des Beweismittels zu sorgen³⁴².

Bereits oben wurde dargelegt, dass dieses Argument nur partiell greift. Denn die Befunderhebung betrifft im Gegensatz zur Dokumentation den Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit, stellt kein voll beherrschbares Risiko dar und kann im Hinblick auf die medizinische und ökonomische Begründungspflicht zumeist auch nicht vorsorglich erfolgen³⁴³.

Zudem stellt sich die Frage, ob die Rechtsfolgen tatsächlich vergleichbar sind.

Sundmacher sieht den Unterschied darin, dass es beim Dokumentationsfehler nur zu einer beweisrechtlichen Sanktion kommt, während der Befunderhebungsfehler eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt³⁴⁴. Dies ist zwar zutreffend. Beim Befunderhebungsfehler kommt es jedoch *zusätzlich* zu einer beweisrechtlichen Sanktion.

Dennoch erscheint die Parallele fraglich, bedenkt man folgendes: Die Rechtsprechung zum Dokumentationsfehler wurde von einer ursprünglichen Beweislastumkehr für den Arztfehler³⁴⁵ dahingehend weiter entwickelt, dass die Beweislücke (negativ) durch die Annahme, die Maßnahme sei unterblieben, geschlossen wird. Der BGH hat sich beim Dokumentationsfehler ausdrücklich gegen eine Umkehr der Beweislast für die Kausalität entschieden.

„Grundsätzlich führt die lückenhafte Dokumentation auch nicht unmittelbar zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs“³⁴⁶.

In Übereinstimmung hiermit hat sich die Befunderhebungsrechtsprechung dahingehend entwickelt, dass die Beweislücke nicht

342 Dopheide, VersR 2007, 1050; Gehrlein, aaO, B 157.

343 Siehe C. IV: a).

344 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 123.

345 BGH, NJW 1978, 2337.

346 BGH, NJW 1993, 2375.

länger zu einer Beweislastumkehr für Fehler oder Kausalität führt, sondern (positiv) durch Fiktion des Befundes geschlossen wird. Die nicht dokumentierte und damit als unterblieben unterstellte Maßnahme kann zwar einen groben Fehler indizieren. Der entscheidende Unterschied ist jedoch, dass es insoweit - wie auch beim Befund*sicherungs*fehler - um das Anknüpfen von Beweiserleichterungen an ein *tatsächliches* - wenn auch beweiserleichtert festgestelltes - Unterlassen und nicht um ein *fiktives* Unterlassen geht³⁴⁷. Dass die fiktive Nichtreaktion auf den fiktiven Befund bei der weiteren Prüfung beim Befunderhebungsfehler auf der Kausalitätsebene zur Beweislastumkehr führen kann, stellt daher eine eigenständige Weiterentwicklung der Befunderhebungsrechtsprechung dar, die sich von den Rechtsfolgen vom Dokumentationsfehler erheblich unterscheidet bzw. wesentlich weitergeht.

Auf der Ebene der Kausalität versagt die Parallele zum Dokumentationsfehler also insoweit, als es bei diesem um ein - wenn auch beweiserleichtert festgestelltes - *tatsächliches* Unterlassen und nicht um ein *fiktives* Unterlassen geht, auf das die Grundsätze des groben Behandlungsfehlers angewandt werden.

(2) Wertungswidersprüche zum Diagnosefehler

Ein Anknüpfen an ein fiktives Unterlassen kennt das Arzthaftungsrecht für andere Sorgfaltspflichtverstöße nicht, bei denen ein entsprechendes Vorgehen in Betracht käme. Hier ist in erster Linie an den Diagnosefehler zu denken, bei dem man ebenfalls die Frage der Beweislast für die Kausalität davon abhängig machen könnte, ob die fiktive Nichtreaktion auf die richtige Diagnose einen einfachen oder groben Behandlungsfehler dargestellt hätte.

Ein solcher Fall wurde bereits von der Rechtsprechung entschieden, und zwar vom OLG Köln in dem oben bereits erörterten Fall einer unterbliebenen Befunderhebung als Folge eines Diagnosefehlers³⁴⁸. Gleichmaßen kommt ein *fiktiver* Behandlungsfehler in Folge eines Diagnosefehlers in Betracht, wie folgendes Beispiel

347 Anders Müller, NJW 1997, 3049, 3052, die diesen Unterschied unerwähnt lässt.

348 OLG Köln, NJW 2006, 69.

verdeutlicht: Ein Neurochirurg operiert aufgrund eines einfachen Diagnosefehlers in der Annahme, dass es sich um einen Tumor handelt, einen Multiple-Sklerose-Herd aus dem Rückenmark. Bei dem Patienten zeigen sich im weiteren Verlauf neurologische Ausfallerscheinungen, hinsichtlich derer nicht eindeutig festzustellen ist, ob sie operationsbedingt sind oder zur Grunderkrankung gehören. Für die Frage einer etwaigen Beweislastumkehr für die Kausalität könnte - wie beim Befunderhebungsfehler - die Frage gestellt werden, ob das Herausoperieren eines Multiple-Sklerose-Herdes einfach oder grob fehlerhaft war, wobei letzteres bejaht werden müsste³⁴⁹. Nach derzeitiger Rechtslage bleibt jedoch der einfache Diagnosefehler, d.h. die fehlerhafte Annahme eines Tumors, Ausgangspunkt der Kausalitätsprüfung.

Schultze-Zeu will diesen Wertungswiderspruch dadurch ausgleichen, dass zumindest eine unterlassene Befunderhebung in der Folge eines Diagnosefehlers haftungsrechtliche Berücksichtigung finden soll³⁵⁰. Dieses Vorgehen würde jedoch - wie das obige Beispiel zeigt - nur einen Teil der Wertungswidersprüche auflösen, da es auch zu einem fiktiven groben Behandlungsfehler in Folge eines einfachen Diagnosefehlers kommen kann.

Für die vorgeschlagene Konsequenz, d.h. über die Sonderregel der Beweisfigur des Befunderhebungsfehlers das Arzthaftungsrecht weiter zu modifizieren, stünde keine anderes Argument als die intendierte Auflösung von Wertungswidersprüchen zu Verfügung, da beim Diagnosefehler das Argument der zugleich erfolgten Beweisvereitelung nicht mehr greifen würde. Gegen dieses Vorgehen steht das Prinzip, dass Grundregeln nicht an Sonderregeln angepasst werden. Vielmehr müssen für Sonderregeln überzeugende Begründungen vorliegen³⁵¹.

349 Bei der Erkrankung der Multiplen Sklerose besteht weder diagnostisch noch therapeutisch die Indikation zur Operation. Siehe etwa Limmroth, Kastrup, Therapieleitfaden Multiple Sklerose, S. 48.

350 Schultze-Zeu, VersR 2008, 898.

351 Reinhardt, NJW 1994, 93; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 312.

Noch eklatantere Wertungswidersprüche zeigen sich bei Fallkonstellationen, in denen der Gutachter den Vorwurf „Diagnosefehler“ wegen der Schwierigkeit der Diagnose nicht erhebt und als Minus dazu ein Befunderhebungsfehler bejaht.

Dies soll an folgendem Fallbeispiel verdeutlicht werden: Ein radiologischer Befund sei außerordentlich schwierig zu interpretieren, eine weitere Bildgebung wäre jedoch für den Patienten, z.B. ein frühgeborenes Kind in äußerst instabiler Gesundheitssituation, mit erheblichen Risiken verbunden. Hier könnte der Gutachter im Hinblick auf die schwierige Bewertung des Röntgenbildes einen Diagnosefehler verneinen, aber zu dem Ergebnis kommen, dass die Ärzte hätten Zweifel entwickeln und trotz der Risiken für das Kind eine weitere Bildgebung hätten durchführen müssen. Es wird daher unterstellt, dass der Sachverständige sich als Minus zum Diagnosefehler für einen einfachen Befunderhebungsfehler entscheidet.

Nach gefestigter BGH-Rechtsprechung³⁵² gilt für den Diagnosefehler jedoch, dass „Irrtümer bei der Diagnosestellung, die in der Praxis nicht selten vorkommen, ... jedoch oft nicht die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes“ sind. Die Symptome einer Erkrankung seien nicht immer eindeutig, sondern können auf die verschiedensten Ursachen hinweisen. „Dies gilt auch“ so der BGH,

„unter Berücksichtigung der vielfachen technischen Hilfsmittel, die zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen sind. Auch kann jeder Patient wegen der Unterschiedlichkeiten 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.“

352 BGH, NJW 2003, 2827; NJW 1981, 2360.

Insbes. bei unterbliebenen Kontrollbefunden kann es daher zu der paradoxen Situation kommen, dass der Gutachter als Minus zu einem Diagnosefehler einen Befunderhebungsfehler bejaht, der Arzt aber nicht gemäß der vom BGH geforderten Zurückhaltung einen beweisrechtlichen Vorteil, sondern sogar einen erheblichen beweisrechtlichen Nachteil erfährt.

Als weiteres Beispiel derartiger Wertungswidersprüche ist die oben³⁵³ bereits besprochene Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007³⁵⁴ zu nennen, bei der es um die Nichteinholung einer Referenzmeinung bei einer histopathologische Untersuchung eines Hautexzidates ging. Wie dargestellt, verneinte der BGH einen Befunderhebungsfehler, da es nicht um einen fehlenden Kontrollbefund, sondern um die Kontrolle eines Befundes durch einen Kollegen ging. Ein qualitativer Unterschied, der es rechtfertigen würde die fehlende Kontrolle des Befundes „nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler“ zu werten, einen fehlenden Kontrollbefund jedoch mit einer Beweislastumkehr für den fiktiven Folgefehler zu sanktionieren, offenbart sich jedoch nicht.

Die gefestigte Rechtsprechung zu den Grundprinzipien der Arzthaftung erfährt also auf Kausalitätsebene im Verhältnis zum Diagnosefehler Wertungswidersprüche, die zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

(3) Eigendynamik bei der Begutachtung

Sobald feststeht, dass bei dem Patienten ein bestimmter Schaden aufgetreten ist, fällt es - ex post - leicht zu sagen, *welche* Laborbefunde, Abstriche, Röntgenaufnahmen etc. wegweisend gewesen *wären*. Auch wenn der Sachverständige beachtet, dass er aus der Sicht ex ante zu begutachten hat³⁵⁵, wird er sich dennoch für genau solche Befunde interessieren, von denen er annimmt, dass sie im Hinblick auf das jetzige Krankheitsbild bereits zu einem früheren Zeitpunkt auffällig gewesen sein dürften³⁵⁶. Nachdem der

353 Siehe C. II. 4.

354 BGH, NJW-RR 2007, 744.

355 OLG München, BeckRS 2006 08218, OLG Köln, VersR 2004, 794.

356 So auch Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 141.

Patient ja tatsächlich erkrankt ist, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass ein früher erhobener Befund reaktionspflichtig gewesen wäre. Denn diese Frage ist im Rahmen des Gutachtens nicht prospektiv, sondern retrospektiv zu beurteilen. Dass sich sodann die Verkennung oder die Nichtreaktion auf die maligne Erkrankung als grob fehlerhaft darstellt, wird fast immer der Fall sein³⁵⁷.

Dieser Quasiautomatismus hat das OLG Köln³⁵⁸ in der oben bereits zum Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit erörterten Entscheidung³⁵⁹ veranlasst, nach einem Korrektiv zu suchen und für die Anknüpfungstatsache des reaktionspflichtigen Befundes eine Mindestwahrscheinlichkeit von 50 % zu fordern. Denn, so das OLG Köln:

„Ein geringeres Maß würde zu unerträglichen Wertungswidersprüchen führen. Während an die Möglichkeit, über das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers zu Beweiserleichterungen zu gelangen, zu Recht erhebliche Anforderungen gestellt werden, und die Annahme eines groben Behandlungsfehlers eindeutig Ausnahmecharakter hat, ergeben sich über die Verletzung von Befunderhebungspflichten deutlich vereinfachte Möglichkeiten für einen durch ärztliche Handlung Geschädigten. Die Voraussetzung, dass die Verkennung eines (fiktiven) positiven Befundes oder das Unterlassen einer Reaktion hierauf sich ihrerseits als grober Fehler darstellen müsse, bedeutet kein entsprechendes Korrektiv, denn **hier dürfte die Annahme eines groben Fehlers eher die Regel denn die Ausnahme sein.**“

Wie bereits oben dargelegt³⁶⁰, sollten diese zutreffenden Einwände aber nicht dazu führen, dem Patienten in seiner von der Gegenseite zu verantwortenden Beweisnot eine überhöhte Hürde für das fehlende Beweismittel selbst aufzubauen. Am richtigen Platz

357 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 148.

358 OLG Köln, VersR 2004, 247.

359 Siehe C. V. 2.

360 Siehe C. V. 2.

sind diese Einwände vielmehr auf der Kausalitätsebene, nämlich insoweit, als der BGH durch die gewählte Sonderkonstruktion, so die berechnete Kritik des OLG Köln, „deutlich vereinfachte Möglichkeiten für einen durch ärztliche Handlung Geschädigten“ eröffnet. Die vom BGH³⁶¹ angestrebte Waffengleichheit wird also durch das Anknüpfen an den *fiktiven* Folgefehler bei unzureichender Befunderhebung auch unter diesem Gesichtspunkt gerade nicht erreicht.

(4) Gefährdungshaftung

Der Arzt wird beim Befunderhebungsfehler beweisrechtlich so behandelt, als hätte er auf den auffälligen Befund nicht reagiert. Zur Beweislastumkehr wegen eines fiktiven *groben* Behandlungsfehlers kommt es dabei, wenn der Befund so unzweifelhaft auffällig gewesen wäre, dass die Verkennung oder Nichtreaktion auf den Befund „eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf“³⁶². Mit anderen Worten, dem Arzt wird - beweisrechtlich - unterstellt, er hätte nicht nur einen mehrdeutigen oder schwierigen, sondern sogar einen eindeutigen Befund verkannt bzw. ignoriert.

Diese Annahme stellt gerade im Hinblick auf die Eindeutigkeit des auffälligen Befundes die Unterstellung eines eher unwahrscheinlichen Kausalverlaufes dar. Dass ein Arzt einen solchen Befund verkennt, muss nämlich als deutlich unwahrscheinlicher gelten, als die Verkennung eines mehrdeutigen Befundes. Der beklagte Arzt muss sich also an einem Verhalten messen lassen, für das er in der Mehrzahl der Fälle sicher zu Recht für sich in Anspruch nehmen kann, dass er diesen Fehler nicht begangen hätte, hätte er den Befund denn erhoben³⁶³.

Umgekehrt kommt es zu *keiner* Beweislastumkehr in jenen Fällen, in denen der Arzt viel eher auf einen Befund nicht reagiert hätte,

361 BGH, NJW 1996, 1589.

362 BGH, NJW 1998, 1780.

363 Hausch, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 150.

nämlich wenn dieser so wenig eindeutig ist, dass die Nichtreaktion jedenfalls keinen groben Behandlungsfehler darstellt.

Die zugunsten des Patienten erfolgende Fiktion eines groben Behandlungsfehlers entspricht also nicht dem hypothetisch wahrscheinlichen Sachverhalt. Dieser Rechtsprechung ist damit anzulasten, dass sie eine (über die Umkehr der Beweislast bei grobem Behandlungsfehler hinausgehende³⁶⁴) Gefährdungshaftung darstellt, für die - wie oben bereits ausgeführt - im Arzthaftungsrecht grundsätzlich kein Raum besteht³⁶⁵.

Darüber hinaus führt sie zu, wenn auch mit dieser Arbeit kritisierte, aber doch folgerichtigen Weiterungen durch die Instanzgerichte, wie die bereits erörterte³⁶⁶ Entscheidung des OLG Koblenz vom 26. August 2003³⁶⁷ gezeigt hat. Denn hier musste sich der beklagte Arzt für die Beweislast auf Kausalitätsebene an einem fiktiven Fehler eines Kollegen auf einem ihm *fremden* Fachgebiet messen lassen.

Eine überzeugende Rechtfertigung³⁶⁸ unter der Prämisse der Waffengleichheit konnte nach dem Vorstehenden jedoch nicht gefunden werden. Daher muss das Anknüpfen an den fiktiven Folgefehler beim Befunderhebungsfehler auch unter dem Aspekt einer (versteckten) Gefährdungshaftung abgelehnt werden.

(5) Signalwirkung für die Praxis

Das Deutsche Arzthaftungsrecht gilt insbesondere aufgrund der Rechtsfortbildungen der Zivilgerichte als Patientenschutzrecht von hoher Qualität³⁶⁹. Die so geschaffenen „weit reichenden, intensi-

364 Siehe A. IV. 3.

365 Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, S. 125, Wagner in MüKo, § 823 Rz. 704, Katzenmeier, Arzthaftung, S.181 ff.

366 Siehe C. II. 1.

367 OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 106 (unterlassene Hinzuziehung eines Konsiliarius)..

368 Katzenmeier, Arzthaftung, S. 174 ff., Grundmann in Müko, § 276 BGB Rz. 4, 5; Kaufmann in Geigel, Haftpflichtprozess, 25. Kap. Rz. 1, 2.

369 Laufs, NJW 2000, 1757, 1759.

ven und ausdifferenzierten Patientenrechte³⁷⁰ haben auch eine reflektorische Wirkung auf die Ärzteschaft. Deren Planen und Handeln wird heute durch die Sorge vor der Arzthaftung entscheidend mitstrukturiert und bestimmt³⁷¹, gleichzeitig aber durch das Sozialrecht mit Budgetierung, Wirtschaftlichkeitsprüfungen, Arzneimittel-Richtlinien und Regressverfahren unter gegenläufigen Druck gesetzt³⁷².

Für die Befunderhebungsrechtsprechung gilt, dass dem Arzt haftungsrechtlich empfohlen werden muss, bei Fragen der Befunderhebung keinerlei Risiko einzugehen und großzügig eher „zu viel“ als „zu wenig“ Diagnostik zu betreiben. Diese dem Arzt durch die Rechtsprechung nahe gelegte Sichtweise bedeutet folglich eine Zunahme des ohnehin „wachsenden Spannungsverhältnisses von ökonomischen Zwängen und Haftungsrecht“³⁷³. Zudem kann ein Herangehen des Arztes, der aus Angst vor den Folgen einer unzureichenden Befunderhebung zu einer Überdiagnostik tendiert, nicht im Patienteninteresse liegen, da diagnostische Maßnahmen nicht immer ohne Risiken sind und eine so verstandene Medizin auch den Blick für das Wesentliche verliert³⁷⁴.

Weiterhin bedeutet die Befunderhebungsrechtsprechung für die praktische Arbeit ein hohes Maß an Unsicherheit hinsichtlich möglicher juristischer Konsequenzen. Zur Haftungsvermeidung muss der Arzt im Tagesgeschäft nicht die Frage stellen, ob ein Befund zum Ausschluss einer gravierenden Erkrankung nötig ist, sondern ob seine Nichtreaktion auf einen erhebaren Befund einen groben Fehler darstellen würde. Diese Weiterbildung des Arzthaftungsrechts widerspricht den Interessen des Patienten und stellt sich für den Rechtsadressaten als derart komplex dar, dass sie kaum noch nachvollziehbar ist. Erfahrungsgemäß stößt sie aus diesem Grund auch auf geringe Akzeptanz.

370 Festvortrag von Laufs anlässlich der Eröffnung des 83. Deutschen Röntgenkongresses am 8. Mai 2002, Jahresbericht 2002 des FB Medizin der JLU Giessen, www.med.uni-giessen.de/infoweb/dekanat/jahresmübericht_2002.pdf.

371 Puhl, Dierks, FS für Geiß, S. 477, 486.

372 Laufs, NJW 1999, 1758.

373 Spickhoff, NJW 2005, 1694.

374 Laufs, Medizinrecht, Rz. 496.

c) Zwischenergebnis

Für den Befunderhebungsfehler stellt sich diese Rechtsprechungsfigur auf Kausalitätsebene als nicht interessen- und systemgerecht dar. Das intendierte Ziel der Waffengleichheit wurde verfehlt.

3. Lösungsvorschlag

Die dargestellten Widersprüche ließen sich vermeiden, wenn man grundsätzlich von einem Anknüpfen von Beweislastregeln an *fiktive* Fehler Abstand nehmen würde. Dies würde keine Änderung bei der Behandlung des Dokumentations- oder Befundsicherungsfehlers bedeuten, denn hier handelt es sich um, wenn auch beweisleichtert festgestellte *tatsächliche* Fehler. Vielmehr ginge es allein um den Verzicht auf eine Sonderbehandlung des Befunderhebungsfehlers auf Kausalitätsebene.

Dieses Vorgehen würde kombiniert mit einer niedrigen Hürde bei der Vermutung eines reaktionspflichtigen Befundes eine ausreichende Kompensation des fehlenden Beweismittels darstellen und zugleich den Vorteil bieten, Weiterungen, die im Hinblick auf die dargestellten Wertungswidersprüche von den Gerichten³⁷⁵ und der Literatur³⁷⁶ bereits als notwendig erachtet werden, zu erübrigen.

Es wird daher vorgeschlagen, den Befunderhebungsfehler auf Kausalitätsebene nicht anders als andere Behandlungsfehler zu behandeln, d.h. eine Beweislastumkehr für die Kausalität auf Fälle grob fehlerhaft versäumter Befunderhebungen zu beschränken, dafür aber generell auf das Anknüpfen von Beweislastregeln an *fiktive* Fehler zu verzichten.

Auch Sundmacher plädiert für die Änderung der Rechtsprechung des Befunderhebungsfehlers, schlägt allerdings den generellen Verzicht auf sämtliche Beweislasteileichterungen, auch die Be-

375 OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 106 (unterbliebene Hinzuziehung eines Konsiliarius als Befunderhebungsfehler).

376 Schultze-Zeu, VersR 2008, 898 (Ausweitung des Befunderhebungsfehlers auf den Befunderhebungsfolgefehler).

weislastumkehr beim groben Behandlungsfehler, zugunsten eines abgesenkten Beweismaßes für die Kausalität auf eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ vor³⁷⁷. Dieses Vorgehen soll für den Befunderhebungsfehler mit der Vermutungsregel der hinreichenden Wahrscheinlichkeit für den reaktionspflichtigen Befund i.S. eines Indizienbeweises kombiniert werden³⁷⁸. Dieser Vorschlag basiert auf der Ablehnung der auch in der vorliegenden Arbeit kritisch gesehenen Umkehr der Beweislast beim groben Behandlungsfehler.

Wie dargestellt wurde die Umkehr der Beweislast bei grobem Behandlungsfehler jedoch als eine Rechtsprechungsentwicklung akzeptiert, die einer Änderung nicht mehr zugänglich ist. Untersucht wurde, wie die Entwicklung der Rechtsprechungsfigur auf der Basis der Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler zu bewerten ist. Daher betrifft der Lösungsvorschlag dieser Arbeit (lediglich) eine Korrektur dieser Rechtsprechungsfigur im Rahmen der bereits verfestigten Regeln der Arzthaftung.

338 Siehe zu der (mit dieser Arbeit abgelehnten) Annahme eines Indizienbeweises C. IV. 3.

378 Sundmacher, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, S. 219.

D. Zusammenfassung und Ergebnis

Nach der für die jetzige Rechtsprechungsfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers zentralen BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1996 ist hinsichtlich des fehlenden Befundes ein reaktionspflichtiges positives Befundergebnis anzunehmen, wenn eine solches „hinreichend wahrscheinlich“ ist³⁷⁹.

Diese Vermutungsregel stellt eine angemessene, dem gerechten Interessenausgleich dienende Beweiserleichterung für den Patienten dar, der aufgrund des ärztlichen Verschuldens in Beweisnot geraten ist.

Das „Tatbestandsmerkmal“ der hinreichenden Wahrscheinlichkeit hat der BGH allerdings nicht näher konkretisiert. Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte sind uneinheitlich, wobei sich eine Tendenz abzeichnet, dass eine mindestens 50 %ige Wahrscheinlichkeit gefordert wird. Das OLG Köln³⁸⁰ begründet diese hohe Hürde mit dem Ziel, die einschlägigen Fallkonstellationen im Hinblick auf die mit dieser Beweisfigur verbundene Option einer Beweislastumkehr bei nur einfachem Behandlungsfehler, zu reduzieren. Aus den Entscheidungen des BGH lässt sich jedoch klar ableiten, dass dieser unbestimmte Rechtsbegriff allein zur Korrektur der Überkompensation durch die volle Beweislastumkehr für den Befund *selbst* eingeführt wurde und streng von der Kausalitätsebene zu trennen ist. Dass die Obergerichte diese Rechtsprechungsentwicklung über das Kriterium der hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu korrigieren versuchen, ist zwar verständlich, aber mit der Rechtsprechung des BGH nicht vereinbar und wird den unverschuldeten Beweisnöten des Patienten auch nicht gerecht.

Nach der erkennbaren Intention des BGH soll die hinreichende Wahrscheinlichkeit keine hohe Hürde für den Patienten darstellen, sondern lediglich eine Überkompensation vermeiden. Ihr Vorliegen sollte daher - so das Ergebnis dieser Arbeit - schon dann bejaht werden, wenn ein reaktionspflichtiger Befund nicht so unwahr-

379 BGH, NJW 1996, 1589.

380 OLG Köln, VersR 2004, 247.

scheinlich ist, dass er mit nur sehr geringer Wahrscheinlichkeit reaktionspflichtig gewesen wäre. Wo die deutlich unter 50 % liegende, hinreichende Wahrscheinlichkeit auf einer Skala von 0 % bis 100 % genau anzusiedeln ist, bleibt aber letztlich eine wertende Entscheidung, die der Rechtsprechung vorbehalten ist.

Während beim Befundsicherungsfehler die Beweiserleichterungen auf der Ebene des Fehlernachweises gewährt werden (die Annahme eines reaktionspflichtigen Befundes indiziert den Behandlungsfehler), betreffen die Beweiserleichterungen beim Befunderhebungsfehler die Kausalitätsebene. Letzteres gilt einerseits für die erst auf Kausalitätsebene zu prüfende hypothetische Anknüpfungstatsache des reaktionspflichtigen Befundes und betrifft andererseits die Prüfung des fiktiven Verschuldens (einfach oder grob fahrlässig) auf der Basis des fiktiven Fehlers, woraus sich eine Beweislastumkehr für die Kausalität ergeben kann. Denn im Fall eines fiktiven groben Fehlers, gewährt der BGH wie beim tatsächlichen groben Behandlungsfehler eine Beweislastumkehr für die Kausalität.

Die Beweislastumkehr für die Kausalität an einen einfachen Befunderhebungsfehler zu knüpfen, stellt eine exzeptionelle Modifikation des von der Rechtsprechung etablierten Beweislastsystems in der Arzthaftung dar. Der BGH bezweckt die Kompensation der mit der unterbliebenen Befunderhebung verbundenen Beweisverteilung auch auf Kausalitätsebene durch beweisrechtliche Fiktion. Hieraus ergeben sich jedoch Wertungswidersprüche und eine beweisrechtliche Besserstellung des Patienten, für die in der Gesamtschau keine überzeugenden Gründe gefunden werden konnten. Es wird daher vorgeschlagen, den Befunderhebungsfehler nicht anders als andere Behandlungsfehler zu behandeln, d.h. eine Beweislastumkehr für die Kausalität auf Fälle grob fehlerhaft versäumter Befunderhebungen zu beschränken.

Literaturverzeichnis

- Baumgärtel, Gottfried Anmerkung zu BGH (JR 1983, 192), JR 1983, 193
- Baumgärtel, Gottfried Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, Festschrift für Winfried Kralik, Wien, 1986, S. 63 ff.
- Bischoff, Rolf Die Haftung des Arztes aus Diagnosefehlern oder unterlassenen Untersuchungen, Festschrift für Karlmann Geiß, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, S. 345 ff.
- Bittner, Volker Die virtuelle Patientenakte, Gießen, 2001
- Bittner, Claudia Staudinger, Komm. zum BGB, Neubearbeitung 2004, zu § 256
- Blomeyer, Arwed AcP 169 (1969), 305
- Bork, Reinhard,
Stehle, Wolfgang Elektronische Dokumentation: Beweiskraft vor Gericht, Dtsch. Ärztebl. 2002; 99: A 3164–3166, Heft 47
- Deutsch, Erwin Neuere internationale Entwicklungen des Arztrechts und der Arzthaftung, VersR 1982, 715
- Deutsch, Erwin Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen, VersR 1988, 1
- Deutsch, Erwin Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, 1506

Deutsch, Erwin	Kausalität und Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Festschrift für Karlmann Geiß, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, S. 367 ff.
Deutsch, Erwin	Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, NJW 2000, 1745
Deutsch, Erwin; Spickhoff, Andreas	Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, 2008
Dopheide, Oliver	Der grobe Behandlungsfehler - eine Beweislastverteilung nach Kollektiven? VersR 2007, 1050
Epple, Gerald	Der Einsatz der EDV und die ärztliche Haftung, Frankfurt, 1994
Fleischer, Holger	Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766
Foerste, Ulrich	Musielak, Komm. zur ZPO, 6. Aufl., München 2008, zu § 286
Frahm, Wolfgang; Nixdorf, Wolfgang	Arzthaftungsrecht, Leitfaden für die Praxis, 3. Aufl., Karlsruhe, 2005
Gaupp, Rolf Dietrich	Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, Tübingen 1969
Gehrlein, Markus	Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl., München, 2006
Geimer, Reinhold	Zöller, Kommentar zur ZPO, 26. Aufl., Köln, 2007, zu § 415

Geiß, Karlmann; Greiner, Hans-Peter	Arzthaftpflichtrecht, Aktuelles Recht für die Praxis, 5. Aufl., München 2006
Giesen, Dieter	Beweisrechtliche Folgen pflichtwidrig unterlassener diagnostischer Maßnahmen, MedR 1988, 23
Greger, Reinhard	Zöller, Kommentar zur ZPO, 26. Aufl., Köln, 2007, zu § 286 ZPO
Gross, Werner	Beweiserleichterungen bei Unterlassung medizinisch gebotener Befunderhebung, Festschrift für Karlmann Geiß, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, S. 429 ff.
Grundmann, Herbert	Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., München 2006, zu § 276
Hanau, Peter	Anmerkung zu BGH (NJW 1968, 2291), NJW 1968, 2291
Hausch, Axel	Die neuere Rechtsprechung des BGH zum groben Behandlungsfehler – eine Trendwende? VersR 2002, 671
Hausch, Axel	Die personelle Reichweite der Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, VersR 2005, 600
Hausch, Axel	Vom therapierenden zum dokumentierenden Arzt, VersR 2006, 612
Hausch, Axel	Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis - Eine kritische Bestandsaufnahme, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2007

Heinrich, Christian	Zur Funktion der Beweislastnormen, Festschrift für Hans-Joachim Musielak, München, 2004, S. 231 ff.
Helbron, Hanja	Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, München, 2001
Herzog, Horst	Zwischen Budget u. Haftung: Faktische Rationalisierungsentscheidungen auf dem Rücken der Ärzte, GesR 2007, 1
Honsell, Heinrich	Der Strafgedanke im Zivilrecht - ein juristischer Atavismus FS Westermann Köln 2008, 315
Huber, Michael	Musiliak, Komm. zur ZPO, 6. Aufl., München 2008, zu § 444
Katzenmeier, Christian	Arzthaftung, Tübingen, 2002
Katzenmeier, Christian	Verschärfung der Berufshaftung durch Beweisrecht – Der grobe Behandlungsfehler in FS für Adolf Laufs, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, S. 909 ff.
Katzenmeier, Christian	"Heilbehandlungsrisikoversicherung" - Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz? VersR 2007, 137 ff.
Kern, Rüdiger	Anmerkung zu BGH (MedR 1983, 144), MedR 1983, 135
Keßler, Ulrich	Aufbewahrungsfristen für Patientenunterlagen in Arztpraxen, KVS-Mitteilungen, Heft 7-8, 2001, S. XIV

Kilian, Wolfgang	Rechtliche Aspekte der digitalen medizinischen Archivierung von Röntgenunterlagen, NJW 1987, 695
Kleinewefers, Herbert; Wilts, Walter	Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, VersR 1967, 620
Knerr, Gerhard	in Geigel, Der Haftpflichtprozess, 37. Kapitel, München, 25. Auflage, 2008
Koyuncu, Adem	Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen - Arzt – Patient, Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschäden, Springer, Berlin 2007
Koziol, Helmut	in Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Von Franz Bydlinski, Christian von Bar, Walter Wilburg, 1986, S. 51 ff.
Krapoth, Fabian	Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, München 1996
Krüger, Wolfgang	Münchener Kommentar zur ZPO, 3.Aufl., München 2007, zu § 259
Laufs, Adolf	Arztrecht, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, 5. Auflage, München, 1993
Laufs, Adolf	Die Entwicklung des Arztrechts 1987/88, NJW 1988, 1499
Laufs, Adolf	Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, 1609
Laufs, Adolf	Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, 1758

Laufs, Adolf	Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das Notwendige zu tun, NJW 2000, 1757
Laufs, Adolf	Festvortrag anlässlich der Eröffnung des 83. Deutschen Röntgenkongresses am 8. Mai 2002, Jahresbericht 2002 des FB Medizin der JLU Giessen
Laumen, Hans-Willi	„Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ - Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, 3739
Leipold, Dieter	Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl., Tübingen, 2005, zu § 284 ZPO
Limmroth, Volker Kastrup, Oliver	Therapieleitfaden zur Multiplen Sklerose, Stuttgart, 2. Aufl. 2003
Löwisch, Manfred	in Staudinger, Komm. zum BGB, 255-304, 13. Aufl. 2004
Matthies, Karl-Heinz	Anmerkung zu BGH (NJW 1983, 333), NJW 1983, 335
Mehrhoff, Friedrich	Aktuelles zum Recht der Patientendokumentation, NJW 1990, 1524
Möllers, Thomas	Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht - Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, Verlag Mohr Siebeck, München 1996
Müller, Gerda	Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, 3049

Müller, Gerda	Spielregeln für den Arzthaftungsprozess, DRiZ 2000, 259
Müller, Gerda	Neue Perspektiven beim Schadenersatz, VersR 2006, 1289
Muschner, Jens	Der prozessuale Beweiswert ärztlicher (EDV)-Dokumentation, VersR 2006, 621
Musielak, Hans-Joachim	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Bonn 1975
Nixdorf, Wolfgang	Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung: Beweislastverteilung im Fluss? VersR 1996, 160
Peter, Jürgen	Die Beweissicherungspflicht des Arztes, NJW 1988, 751
Prütting, Hanns	Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., zu § 286, München, 2000
Puhl, Wolfhart; Dierks, Christian	Der Einfluss der Zivilgerichtsbarkeit auf die Qualität der medizinischen Versorgung, Festschrift für Karlmann Geiß, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, S. 477 ff.
Quaas, Michael; Zuck, Rüdiger	Medizinrecht, 2. Aufl., München, 2007
Ratajczak, Thomas	in "waffen-gleichheit": Das Recht in der Arzthaftung, Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht, unter Mitwirkung von Karl-Otto Bergmann, Springer, 2002

Ratzel, Rudolf; Lippert, Hans-Dieter	Komm. zur MBO, 4. Aufl., Berlin, 2006
Reichold, Klaus	Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 28. Aufl., München, 2007, Einleitung und zu § 284 ZPO
Reinhardt, Michael	Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93
Rosenberg, Leo	Die Beweislast Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1956
Roßnagel, Alexander; Wilke, Daniel	Rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente, NJW 2006, 2145
Roßnagel, Alexander; Fischer-Dieskau, Stefanie	Elektronische Dokumente als Beweismittel – Neufassung der Beweisregelungen durch das Justizkommunikationsgesetz, NJW 2006, 806
Schellhammer, Kurt	Zivilprozess 12. Auflage, Heidelberg 2007
Scheuch, Silke	Vom Diagnoseirrtum zur unterlassenen Befunderhebung, ZMGR 2005, 296
Schlund, Gerhard	Anmerkung zu BGH (JR 1988, 63) JR 1988, 65
Schmid, Hugo	Über den notwendigen Inhalt ärztlicher Dokumentation, NJW 1987, 681
Schmid, Hugo	Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse, NJW 1994, 767

Schmidt, Eike	Die Beweislast in Zivilsachen - Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, 1007
Schmidt-Beck, Jürgen	Rechtliche Aspekte der EDV-gestützten ärztlichen Dokumentation, NJW 1991, 2335
Schneider, Egon	Beweis, Beweis und Beweiswürdigung: unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, Vahlen, 1994
Scholl, Claus	Sicherheit und Wahrscheinlichkeit - statistische, medizinische und juristische Aspekte, NJW 1983, 319
Schreiber, Klaus	Münchener Kommentar ZPO, 3. Aufl. § 415
Schultze-Zeu, Ruth	Konsequenzen der unterlassenen Befunderhebung oder Befundsicherung für die Beweislastverteilung zwischen dem geschädigten Patienten und dem beklagten Arzt/Krankenhaus im Schadensersatzprozess, VersR 2000, 564
Schultze-Zeu, Ruth	Das Vorliegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers und die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, VersR 2008, 898
Spickhoff, Andreas	Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts - Die Entwicklung des Medizinrechts 2000, NJW 2001, 1757
Spickhoff, Andreas	Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, NJW 2003, 1701

Spickhoff, Andreas	Grober Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, NJW 2004, 2345
Spickhoff, Andreas	Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005, NJW 2005, 1694
Spickhoff, Andreas	Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006, NJW 2006, 1630
Spickhoff, Andreas	Die Entwicklung des Arztrechts 2006/2007, NJW 2007, 1628
Steffen, Erich	Beweislast für den Arzt und den Produzenten aus ihren Aufgaben zur Befund-sicherung, Festschrift für Hans Erich Brandner, Köln 1996, S.327
Steffen, Erich; Pauge, Burkhard	Arzthaftungsrecht, Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung. 10. Aufl., Köln, 2006
Stegers, Christoph M.	in Arzthaftungsrecht - Rechtspraxis und Perspektiven: Rechtspraxis und Per-spektiven, 2005
Sundmacher, Julia	Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, Frankfurt, 2008
Teichner, Matthias	Die schriftliche Einwilligungserklärung - ein voll beherrschbares Risiko?, NJW 2002, 276.
Tombrink, Christian	in Arzthaftungsrecht - Rechtspraxis und Perspektiven: Rechtspraxis und Per-spektiven, 2005
Ulsenheimer, Klaus et al	Rechtliche Probleme in Geburtshilfe und Gynäkologie Thieme, Stuttgart 1990

- Unberath, Hannes in Beck'scher Online Kommentar, Bam-
berger/Roth, München 2008, zu § 256
- Wachsmuth, Werner;
Schreiber, Hans-Ludwig Sicherheit und Wahrscheinlichkeit -
juristische und ärztliche Aspekte, NJW
1982, 209
- Wagner, Gerhard in Münchner Kommentar zum BGB, zu
§ 823 BGH, Aufl. München
- Wagner, Gerhard Neue Perspektiven im Schadensersatz-
recht: Kommerzialisierung, Strafscha-
densersatz, Kollektivschaden, NJW
2006 Beil. zu Heft 22, S. 5 ff.
- Weber, Helmut Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess,
Kausalität – Beweiswürdigung und Be-
weismaß – Beweiserleichterungen, Tü-
bingen, 1977
- Wellner, Wolfgang in Geigel, Der Haftpflichtprozess, 14.
Kapitel, München, 25. Auflage, 2008
- Wendt, Gerlind Die ärztliche Dokumentation, Nomos
Verlag 2001
- Weber, Reinhold Muss im Arzthaftungsprozess der Arzt
seine Schuldlosigkeit beweisen? NJW
1997, 761
- Wendt, Gerlind Die ärztliche Dokumentation - Eine be-
weisrechtliche Untersuchung zu ihrer
Bedeutung für die Entscheidung der
Sorgfaltspflichtfrage bei der deliktischen
Arzthaftung, Bremen, 2001