

Aktuelle arzt haftungsrechtliche Probleme in Praxis und Krankenhaus

Richter am Oberlandesgericht Dr. Alexander Walter, Koblenz

Die aktuellen Entwicklungen des Arzt haftungsrechts in 20 Minuten vorzustellen, kann nur durch einen informationsarmen Überblick oder ein Herausgreifen einzelner Aspekte erfolgen. Letzteres erscheint vorzugswürdig, auch wenn dies eine Beschränkung auf die Skizzierung der Probleme erfordert. Lohnenswerte Themen sind die Haftung wegen eines Befunderhebungsfehlers sowie einer unzureichenden Aufklärung über Behandlungsalternativen, die jeweils vom Fortschritt der Medizin mit einer zunehmenden Vielfalt der Behandlungsmöglichkeiten gekennzeichnet sind. Darüber hinaus soll – auf Wunsch des Geschäftsführers der Bezirksärztekammer – die Haftung wegen des Vorwurfs eines Hygienemangels angesprochen werden.

I. Aktuelle Probleme

1. Beweislastverteilung

Das Kernproblem der meisten Arzt haftungsprozesse bildet die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der einen etwaigen Anspruch des Patienten begründenden Voraussetzungen. Es gibt kaum ein Rechtsgebiet, in dem die Zuweisung der Beweislast auch im Ergebnis die Lastenzuweisung zur Folge hat. Von der Beweislastverteilung hängt in aller Regel der Ausgang des Rechtsstreits ab. Im Ausgangspunkt trägt der Patient die Beweislast für den Behandlungsfehler und den Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden.

a) Juristen dürfen in Haftungsprozessen den **medizinischen Facharztstandard**, an dem sich die Behandlung grundsätzlich auszurichten hat, nicht selbst bestimmen. Vielmehr bedarf es der Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen. **Leitlinien** sind nur Anhaltspunkte für den medizinischen Standard. Im Idealfall sind

sie mit ihm identisch. Sie können aber veraltet oder gar inhaltlich verfehlt sein.¹ Zudem kann die Individualität jeder Behandlungssituation ein Abweichen gebieten. Es entspricht daher abgesicherter Rechtsprechung, dass – selbst hochwertige – Leitlinien ein Sachverständigengutachten nicht ersetzen können und ein Verstoß gegen ärztliche Leitlinien grundsätzlich keine beweisrechtlichen Konsequenzen auslöst.

b) Die Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler ist allgemein bekannt. Mindestens ebenso bedeutsam ist aber die Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bei Befunderhebungsfehlern, die ein besonders „scharfes Schwert“ darstellt, da die beweisrechtlichen Konsequenzen an einen „einfachen“ Befunderhebungsfehler anknüpfen.

- Die Voraussetzungen sind:
 - (1) Medizinische Diagnose- oder Kontrollbefunde wurden behandlungsfehlerhaft nicht – ggf. verspätet – erhoben bzw. gesichert,
 - (2) die Erhebung hätte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (hM: mehr als 50%) ein aus medizinischer Sicht reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht und
 - (3) das Unterlassen einer Reaktion auf einen derartigen Befund hätte sich als grober Behandlungsfehler – ggf. in Form eines fundamentalen Diagnosefehlers – dargestellt.²

Ausgangspunkt ist also ein Behandlungsfehler in Form der Nichterhebung von medizinisch zweifelsfrei geboten Befunden. Insoweit kann sich das Problem der **Abgrenzung des Diagnosefehlers vom Befunderhebungsfehler** stellen. Als Grundregel kann festgehalten werden, dass der Diagnosefehler an die **fehlerhafte Interpretation eines Befundes** anknüpft.³ Hingegen liegt ein

¹ BGH, NJW-RR 2014, 1053; vgl. auch OLG Koblenz, MedR 2015, 424: „Leitlinienverstoß“ bei abweichender Erörterung in Fachliteratur (Qualität der Leitlinien, Geltungszeitraum).

² Vgl. nur BGH, VersR 2011, 1148.

³ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Diagnoseirrtümer, die auf die Fehlinterpretation von Befunden zurückzuführen sind, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **nur mit Zurückhaltung** als behandlungsfehlerhaft zu werten sind (vgl. nur BGH, NJW 2003, 2827; OLG Koblenz, GesR 2012, 346). Eine Einstandspflicht ist daher nicht gegeben, wenn sich die fehlerhafte Diagnose als in der gegebenen Situation vertretbare Deutung der Befunde darstellt, wobei auf die Sicht des Arztes zum Zeitpunkt der Diagnosestellung abzustellen ist. Hingegen liegt ein **vorwerfbarer**

Befunderhebungsfehler vor, wenn der Arzt die für die Diagnoseerstellung oder für die Überprüfung, Kontrolle oder weitere Abklärung der Anfangsdiagnose erforderlichen Befunde nicht erhebt und deshalb als Ergebnis eine unrichtige Diagnose verbleibt. Liegt also nach einer vertretbaren Diagnose eine absolute Indikation für einen bestimmten Eingriff vor, kann allein daraus, dass bei „richtiger Diagnose“ eine weitere Befundabklärung erforderlich gewesen wäre, kein Befunderhebungsfehler konstruiert werden.

- BGH, Urt. v. 21.1.2014 – VI ZR 78/13, VersR 2014, 374 = BeckRS 2014, 03173:
Erkennt ein Arzt, dass das unklare klinische Beschwerdebild des Patienten umgehend weitere diagnostische Maßnahmen (hier: Hirndiagnostik) erfordert, verschiebt er die wegen unzureichender Ausstattung der Klinik erforderliche Verlegung in ein ausreichend ausgestattetes Krankenhaus aber auf den nächsten Tag, liegt ein Befunderhebungsfehler, nicht aber ein Diagnosefehler vor.

2. Aufklärung über Behandlungsalternativen

Die Bedeutung der Aufklärung über Behandlungsalternativen nimmt weiter zu. Sie ist Kehrseite der Vielfalt der Behandlungsmethoden. Wo früher nur „offene Operationen“ möglich waren, gibt es minimal-invasive Verfahren. Operative Eingriffe werden durch konservative Behandlungsmöglichkeiten ergänzt.

Wann ist über Alternativen aufzuklären? Eine Unterrichtung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit ist nur erforderlich, wenn eine echte Wahlmöglichkeit besteht, also für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten.⁴

→ In der Praxis zeigen sich hier durchaus **organisatorische Risiken**: Die Aufklärung wird in Kliniken zumeist auf Assistenzärzte delegiert, die anhand der einschlägigen Aufklärungsbögen aufklären. Die Formulare nehmen

Diagnosefehler vor, wenn **Symptome oder Befunde** gegeben sind, die **für eine bestimmte Erkrankung kennzeichnend** sind, vom Arzt aber nicht ausreichend berücksichtigt bzw. falsch gedeutet werden (vgl. BGH, NJW 2003, 2827).

⁴ Vgl. nur BGH, NJW-RR 2011, 1173 m.w.N.

Alternativen (Vor- und Nachteile) aber häufig aus, was nicht selten dazu führt, dass die Assistenzärzte nur über die Durchführung/Risiken des geplanten Eingriffs aufklären. Es muss also **organisatorisch sichergestellt** sein, dass der zuvor die Indikationsstellung verantwortende Facharzt diesen Teil der Aufklärung übernimmt und dies dokumentiert.

Was kennzeichnet die aufklärungsbedürftigen Alternativen?

- Alternativverhältnis

Zwischen den Behandlungsmöglichkeiten muss überhaupt ein Alternativverhältnis bezogen auf das Behandlungsziel bestehen.

Beispiel – OLG Koblenz, VersR 2015, 757:

Eine total extraperitoneale Hernioplastik (TEPP/TEP) ist gegenüber einer transabdominellen präperitonealen Hernioplastik (TAPP) mit geringeren, allerdings anderen Risiken behaftet. Daher muss ein Patient über beide Methoden **auch dann aufgeklärt werden, wenn die alternativ in Betracht kommende im jeweiligen Krankenhaus nicht praktiziert wird.**

- Abgrenzung Behandlungsalternative – Behandlungstechnik

Die **operationstechnische Seite** des Eingriffs muss nicht in allen Einzelheiten Teil der Aufklärung „im Großen und Ganzen“ sein. Die **Grenzziehung** ist dabei **nicht immer einfach.**

- Nicht indizierte Alternative

Eine Aufklärungspflicht kommt nicht in Betracht, wenn die andere Behandlungsmöglichkeit keine wirkliche Alternative darstellt, weil sie im konkreten Einzelfall **nicht indiziert** ist.⁵

Beispiel – OLG Hamm, BeckRS 2015, 04268:

Offene Nabelhernien-OP nach Spitzzy (Vernähen der Bruchränder durch feste Naht) indiziert; endoskopisches Verfahren mit höheren Risiken – keine Aufklärungspflicht.

⁵ Vgl. etwa OLG Naumburg, OLG-NL 2004, 265, 266 f.; Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, §§ 823 ff. BGB, Rdnr. 213; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 440.

- Sonderfall Aufklärung über Sectio

BGH, Urt. v. 17.5.2011 – VI ZR 69/10, VersR 2011, 1146; vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.12.2014 – VI ZR 207/14, BeckRS 2015, 01522:

Ist eine Schnittentbindung aufgrund besonderer Umstände **relativ indiziert** und ist sie deshalb eine echte Alternative zu einer vaginal-operativen Entbindung, besteht eine **Pflicht zur Aufklärung** der Mutter über die Möglichkeit der Schnittentbindung.

BGH, Versäumnisurt. v. 28.10.2014 – VI ZR 125/13, NJW-RR 2015, 591 = VersR 2015, 579:

Bestehen **deutliche Anzeichen** dafür, dass sich der Zustand der Schwangeren bzw. der Geburtsvorgang so entwickeln können, dass die **Schnittentbindung zu einer echten Alternative zur vaginalen Entbindung wird**, muss der Arzt die Schwangere über die unterschiedlichen Risiken und Vorteile der verschiedenen Entbindungsmethoden **aufklären**.

Besteht die ernsthafte Möglichkeit, dass die Schnittentbindung im weiteren Verlauf als relativ indiziert anzusehen sein wird, und klärt der Arzt die Schwangere in Hinblick darauf über die verschiedenen Entbindungsmethoden und die mit ihnen verbundenen Risiken auf, so muss er die Schwangere grundsätzlich **nicht nochmals über die Möglichkeit der Schnittentbindung unterrichten**, wenn die ernsthaft für möglich gehaltene **Entwicklung eingetreten** und die Sectio zur gleichwertigen Behandlungsalternative geworden ist.

II. Wunschthema Hygienemangel

Die Hygienebedingungen in deutschen Krankenhäusern werden – auch aus medizinischen Kreisen – als verbesserungsbedürftig angesehen (vgl. nur den „10-Punkte-Plan zur Vermeidung behandlungsassoziierter Infektionen und Antibiotika-Resistenzen“ von Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe). Auch wenn zahlenmäßige Untersuchungen nicht vorliegen, scheint in Arzthaftungsprozessen der Vorwurf einer Infektion wegen Hygienemängeln immer häufiger aufzutreten.

Für die meisten Entscheidungen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadensersatz wegen einer hygienebedingten Infektion könnte man als Leitsatz formulieren: *„Eine absolute Keimfreiheit der Ärzte und des weiteren*

Behandlungspersonals ist nicht erreichbar. Eine Infektion ist daher grundsätzlich nicht Zeichen für eine fehlerhafte Behandlung.“

Dem kann im Ausgangspunkt nur zugestimmt werden. Natürlich sind die Wege, auf denen sich unvermeidlich anhaftende Keime verbreiten können, im Einzelnen nicht vollständig kontrollierbar. Keimübertragungen, die sich aus nicht beherrschbaren Gründen und trotz Einhaltung der gebotenen hygienischen Vorbereitungen ereignen, gehören zum entschädigungslos bleibenden Krankheitsrisiko. Für Patienten ist dies – gerade bei schwerwiegenden Folgen – dennoch häufig schwierig zu verkraften, geschweige denn nachzuvollziehen.

Ausgeklammert werden soll an dieser Stelle wegen der Anknüpfung der Ansprüche an Hygienemängel die ebenfalls denkbare Haftung wegen einer unzureichenden Aufklärung über das allgemeine Infektionsrisiko und der infolge dessen unwirksamen Einwilligung des Patienten sowie wegen einer fehlerhaften Nachbehandlung der diagnostizierten Infektion.

1. Beweis eines Behandlungsfehlers

Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs ist das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Für die vertragliche Haftung formuliert § 630a Abs. 2 BGB nunmehr ausdrücklich das Erfordernis, einer Verletzung der zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein bekannten fachlichen Standards.

Im Hygienebereich müssen daher in erster Linie bei Vorbereitung und Durchführung der Behandlung die einschlägigen hygienischen Standards beachtet werden. Flankierend hinzu tritt die Verpflichtung zu organisatorischen Vorkehrungen. Zu beachten ist also nicht nur die **Pflicht des Behandlungspersonals**, keine ungeeigneten oder verunreinigten Desinfektions- oder Infusionsmittel zu benutzen⁶, die Einwirkzeit eines Desinfektionsmittels und die Regeln der Handdesinfektion einzuhalten⁷, Spritzen nicht auf Vorrat aufzuziehen⁸, bei intraartikulärer Injektion

⁶ BGH, VersR 1982, 161; BGH, VersR 1978, 764.

⁷ OLG Naumburg, VersR 2010, 216.

⁸ OLG Hamm, OLGR 1992, 122.

sterile Handschuhe zu tragen⁹ etc. **Organisatorische Maßnahmen** wie das Ergreifen eines Hygienemanagements oder auch die Verpflichtung der Klinikleitung bzw. leitenden Ärzte, über aufgetretene gefahrträchtige Infektionsfälle zu informieren¹⁰, korrespondieren mit der Verpflichtung zur standardgerechten Behandlung ebenso wie die Gewährleistung gewisser technischer Vorkehrungen.

Gerade die Verletzung des hygienischen Standards im gewöhnlichen Behandlungsbetrieb ist indes für den – grundsätzlich die Beweislast für einen Behandlungsfehler tragenden¹¹ – Patienten häufig **schwierig nachzuweisen**. Hygieneverstöße im Behandlungsalltag, wie eine unzureichende Desinfektion der Hände oder des Behandlungsfeldes, sind kaum aufzuklären; eine **Anhörung der Behandlungsseite im Prozess fördert regelmäßig keine Defizite zutage**. Beweiserleichterungen kommen nur in besonderen Konstellationen in Betracht.

a) Voll beherrschbares Risiko

Die Grundregel der Beweislastverteilung, wonach der Patient den Pflichtverstoß des Arztes beweisen muss, erfährt in den Fällen der sog. voll beherrschbaren Risiken eine Ausnahme.¹² Für die vertragliche Haftung ist diese Beweisfigur nun in § 630h Abs. 1 BGB vorgesehen.

Angesprochen sind also sämtliche **Risiken, die ärztlicherseits voll ausgeschlossen werden können** und müssen, die also nicht aus dem von den Unwägbarkeiten des lebenden Organismus beeinflussten Kernbereich ärztlichen Handelns herrühren.¹³ **Verwirklicht sich ein solches Risiko**, das losgelöst von den Eigenheiten des menschlichen Organismus durch Organisationsmaßnahmen und Koordinierung des Behandlungsgeschehens objektiv voll beherrscht werden kann, so muss die **Behandlungsseite darlegen und beweisen, dass sie die gebotene Sorgfalt zur Vermeidung der Verwirklichung des Risikos gewahrt** und damit

⁹ LG Freiburg, Urt. v. 30.10.2007 – 2 O 194/06, juris.

¹⁰ OLG Oldenburg VersR 2003, 1544; vgl. auch OLG Hamm GesR 2005, 164.

¹¹ Allgemein *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 128 ff.

¹² Aktuell hierzu *Greiner*, in: Festschrift Müller, S. 213; *Wenzel*, in: Festschrift 25 Jahre AG Medizinrecht, S. 325; ausführlich *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. XI Rn. 108 ff.

¹³ Vgl. auch BT-Drs. 17/10488, S. 28.

nicht behandlungsfehlerhaft gehandelt hat. Allerdings bezieht sich die Vermutung (weiterhin) nicht auf die Kausalität.¹⁴

Die Rechtsprechung ist mit der Anwendung der Beweisfigur im **Hygienebereich** zu Recht **sehr zurückhaltend**. Der BGH hat die Grundsätze zwar Anfang 2007 fortentwickelt und bei einem Spritzenabszess des Patienten aufgrund einer Infektion durch eine als **Keimträgerin feststehende Arzthelferin** ein voll beherrschbares Risiko bejaht und die Beweislast unabhängig von der Erkennbarkeit der Gefahr im konkreten Fall auf die Behandlungsseite verlagert.¹⁵ Allerdings muss die Infektion im hygienisch voll beherrschbaren Bereich erfolgt sein. Dies ist regelmäßig nicht feststellbar.¹⁶ Allein der Vortrag einer Infektion im zeitlichen Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung genügt daher grundsätzlich nicht für einen schlüssigen Sachvortrag des Patienten.

Aufhorchen lässt allerdings die **Gesetzesbegründung**, die missverständlich den **Hygienebereich als klassisches Fallbeispiel** anführt.¹⁷ Dies steht mit der Rechtsprechung des BGH¹⁸ nicht in Einklang, beruht aber wohl weniger auf einem entsprechenden Regelungswillen als auf einem **Versehen**. Jedenfalls spricht der Wortlaut von § 630h Abs. 1 BGB nicht für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs bei Hygienemängeln. Nach wie vor ist Voraussetzung, dass die Infektion aus einem hygienisch durch Vorsorgemaßnahmen beherrschbaren Bereich hervorgegangen ist. Gerade dies kann der Patient in der Praxis regelmäßig nicht nachweisen.

¹⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁵ BGH, MedR 2010, 30 m. Anm. *Prütting*. Demgegenüber konnte in dem 1991 zu entscheidenden Fall der Keimträger innerhalb des OP-Teams nicht identifiziert werden. Fest stand lediglich, dass ein Mitglied des OP-Teams Keimträger war; BGH, VersR 1991, 467 = NJW 1991, 1541. Die Entscheidung aus dem Jahr 2007 dürfte die bisherige Rechtsprechung nicht (nur) – wie der BGH es im Leitsatz formuliert – fortentwickelt, sondern auch zu einer Haftungserweiterung geführt haben; so auch *Anschlag*, MedR 2009, 513, 514.

¹⁶ Vgl. aktuell etwa OLG Naumburg, MedR 2013; OLG Köln, GesR 2011, 600; OLG München, VersR 2011, 885; OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09, juris.

¹⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 28: „Eine weitere Fallgruppe des voll beherrschbaren Risikos stammt aus dem Bereich des von dem Behandelnden zu koordinierenden und zu organisierenden Behandlungsgeschehens, wie der hygienischen Standards und der Verrichtungssicherheit des Pflegepersonals in Krankenhäusern. Die Sicherung dieses Bereichs obliegt allein der Behandlungsseite. Tritt hier etwa eine Infektion bzw. eine Schädigung auf, ist der Patient besonders zu schützen. Denn bei Mängeln im Hygienebereich oder Fehlern bei der Koordinierung und Organisation der Behandlungsabläufe fällt die Beherrschbarkeit potentieller Gefahrenquellen in der Regel ausschließlich in den Organisations- und Gefahrenbereich des Behandelnden.“

¹⁸ BGH, VersR 1991, 467 = NJW 1991, 1541; BGH, MedR 2010, 30 m. Anm. *Prütting*.

b) Dokumentationslücken

Grundsätzlich können auch Dokumentationsmängel die Beweisnot des Patienten lindern. So bewirkt eine Dokumentationslücke auf Rechtsfolgenseite die Vermutung, dass das Nichtdokumentierte auch nicht stattgefunden hat.¹⁹ Dies ist nunmehr für die vertragliche Haftung in § 630h Abs. 3 BGB geregelt. Die Vermutung betrifft lediglich die Frage nach einem Behandlungsfehler, nicht die nach seiner Kausalität für den danach eingetretenen Gesundheitsschaden.²⁰

Da **Routinemaßnahmen** und Selbstverständlichkeiten grundsätzlich nicht von der Dokumentationspflicht erfasst werden, sind jedoch auch **zahlreiche Hygienemaßnahmen nicht dokumentationspflichtig**.²¹

c) Beweisrechtliche Auswirkungen des IfSG

Rechtsprechung zum Verhältnis des in Jahr 2011 zum Zwecke der Verbesserung der Hygienequalität in Krankenhäusern geänderten Infektionsschutzgesetzes (IfSG) und dem zivilen Haftungsrecht – insbesondere den arzt haftungsrechtlichen Beweisregeln – liegt kaum vor.²²

Das IfSG weist u.a. dem Leiter einer medizinischen Einrichtung die **Pflicht zur Hygienesicherstellung** zu (§ 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG), regelt die Verpflichtung zur Festlegung der innerbetrieblichen Verfahrensweisen zur Infektionshygiene in **Hygieneplänen** (§ 23 Abs. 5 Satz 1 IfSG), gibt umfassende **Präventionsmaßnahmen** (§ 23 Abs. 4 IfSG; Aufzeichnungen etc.) auf und sieht eine

¹⁹ BGH, VersR 1995, 706 = NJW 1995, 1611 m.w.N.; vgl. auch *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI Rn. 96 ff.

²⁰ Beweiserleichterungen auch für den Bereich der Kausalität können Dokumentationsversäumnissen nur in Kombination mit anderen Beweisregeln zukommen, so mit derjenigen zum groben Behandlungsfehler und zu Verstößen gegen Befunderhebungspflichten.

²¹ Vgl. etwa OLG Naumburg, MedR 2013; OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09, juris; OLG Hamburg, MDR 2002, 1315; OLG Köln, VersR 1998, 1026.

²² Vgl. aktuell etwa OLG Hamm, GesR 2011, 671: Kein Recht des Patienten auf Einsicht in die Niederschriften über die vom Robert-Koch-Institut nach § 4 Abs. 2 Nr. 2b IfSG festgelegten nosokomialen Infektionen. Die Entscheidung erging zur Rechtslage vor der Änderung des IfSG. Die Rechtsprechung ist indes auf die aktuelle Fassung des IfSG übertragbar, da die Niederschriften weiterhin nicht Teil der Patientendokumentation sind; a.A. *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2012, 1208.

rechtliche Aufwertung der Empfehlungen der beim Robert-Koch-Institut eingerichteten Kommissionen vor.

Die Regelungen stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit den arzthaftungsrechtlichen **Organisationspflichten** und werden die hier anzulegenden Maßstäbe (mit-)prägen.

Dies betrifft indes erneut lediglich allein Inhalt und Umfang bestehender Pflichten, nicht jedoch mögliche Beweiserleichterungen. Diese werden teilweise § 23 Abs. 3 Satz 2 IfSG entnommen. Danach wird die **Einhaltung des Standes der medizinischen Wissenschaft** durch die nach § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG verpflichteten Leiter der dort genannten Einrichtung auf dem Gebiet der Vermeidung nosokomiale Infektionen und der Weiterverbreitung von Krankheitserregern **vermutet, wenn** jeweils die veröffentlichten **Empfehlungen** der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention beim Robert Koch-Institut und der Kommission Antinfektiva, Resistenz und Therapie beim **Robert Koch-Institut beachtet** worden sind.

Die Regelung wird **mitunter** als Vermutung zulasten der Behandlungsseite interpretiert, da diese im Rahmen einer **sekundären Darlegungslast** die Einhaltung der Empfehlungen vorbringen müsse und gelinge dies nicht, werde ein entsprechender Verstoß und damit ein Behandlungsfehler vermutet.²³

Diese Auffassung verkehrt indes die Vermutungsregelung in deren Gegenteil; eine widerlegliche gesetzliche Vermutung zulasten der Behandlungsseite ist der Regelung nicht zu entnehmen. Denn die **Vermutungsregel** des § 23 Abs. 3 Satz 2 IfSG bezieht sich **zu Gunsten der Behandlungsseite** auf die Einhaltung des – letztlich auch für die zivilrechtliche Haftung maßgebenden – Standes der medizinischen Wissenschaft in dem genannten Bereich.²⁴ Sie **ermöglicht damit insbesondere eine Verteidigung in den Fällen der sog. voll beherrschbaren Risiken**. Keineswegs kann jedoch nach der gesetzlichen Regelung bei Nichteinhaltung der

²³ *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2012, 1208.

²⁴ *Stollmann*, GesR 2011, 705, 708; *Lorz*, NJW 2011, 3397, 3399 f.

Empfehlungen ohne weiteres auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden.²⁵ Denn die Einhaltung der Hygienestandards kann auch ohne Umsetzung bzw. bei Unterschreiten der Empfehlungen durch anderweitige organisatorische Maßnahmen ausgeglichen werden.²⁶

Die **Frage**, inwieweit die Behandlungsseite im konkreten Fall aufgrund einer **sekundären Darlegungslast zu Vorbringen hinsichtlich der Hygienevorsorge** und der -bedingungen gehalten ist, **muss hiervon unterschieden werden**.²⁷ Bleiben die Empfehlungen hinter dem Haftungsstandard zurück, greift bei deren Beachtung gleichwohl die gesetzliche Vermutungsregel und der Patient muss die Standardwidrigkeit der Behandlung beweisen.²⁸

Im **Ergebnis** verschärft das IfSG die organisatorischen Verpflichtungen auf Behandlungsseite und wird zur weiteren **Fortentwicklung der hygienischen Standards** beitragen.

Durch die **Aufzeichnungspflichten** sind auch **weitere Erkenntnismöglichkeiten im Haftungsprozess** denkbar; so wird bei im Raum stehenden Hygienemängeln grundsätzlich die vom IfSG geforderte Hygienesdokumentation zur Feststellung eines

²⁵ Eine gesetzliche Vermutung liegt also nicht vor. Ob eine tatsächliche Vermutung angenommen werden kann, ist noch nicht hinreichend geklärt. Generell wird für medizinische Leitlinien – mit denen die Empfehlungen am ehesten vergleichbar sind – eine Beweiserleichterungen für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers im Falle eines Verstoßes überwiegend abgelehnt; eingehend hierzu *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Rn. B 42. Aufgrund des Zeitbezugs und der Situationsbezogenheit der ärztlichen Sorgfaltsprogramme und nicht zuletzt der ärztlichen Therapiefreiheit, die letztlich die fachgerechte Behandlung im individuellen Fall sicherstellen soll, kann dem Leitlinienverstoß grundsätzlich keine Vermutungswirkung zukommen; vgl. nur BGH, Beschl. v. 8. 1. 2008 – VI ZR 161/07; ferner *Dressler* in: *Hart*, Ärztliche Leitlinien, S. 161, 163; *Frahm*, GesR 2005, 529, 532; aus der Rechtsprechung OLG Koblenz, MedR 2008, 511; OLG Stuttgart, MedR 2002, 650; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 389. Abweichendes kann auch nicht aus der etwas missverständlichen Formulierung in der Gesetzesbegründung zu § 630h BGB gefolgert werden, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 19. Für denkbar wird eine Vermutungswirkung bei Verstößen gegen aktuelle und hochwertige Leitlinien zur Organisation und Hygiene ärztlicher Behandlung, da hochwertige Leitlinien den aktuellen Standard wiedergeben und damit in diesen Bereichen regelmäßig zumindest von der Festschreibung des Mindeststandards ausgegangen werden könne. Überdies stellt sich hier nur selten das Problem des Situationsbezugs der Sorgfalt, vgl. *Frahm*, GesR 2005, 529, 533; *Walter*, GesR 2003, 165, 170. Die Rechtsprechung hat bei Hygieneverstößen zwar häufig mit einschlägigen Leitlinien argumentiert, jedoch bislang keine Vermutung eines Behandlungsfehlers bei Verstößen gegen Hygieneleitlinien angenommen; vgl. etwa OLG Hamm, MedR 2008, 217; OLG Düsseldorf, VersR 2000, 1019.

²⁶ BT-Drs. 17/5178, S. 18.

²⁷ Anders offenbar *Schultze-Zeu/Riehn*, VersR 2012, 1208.

²⁸ So auch *Lorz*, NJW 2011, 3397, 3400.

Behandlungsfehlers ausgewertet.²⁹ Eine Beweiserleichterung zu Gunsten der Patienten wird jedoch durch das IfSG selbst jedoch nicht geschaffen.

2. Haftungsbegründende Kausalität

Gelingt es dem Patienten – ggf. durch eingreifende Beweiserleichterungen –, einen Behandlungsfehler in Form eines Verstoßes gegen Hygienestandards zu beweisen, bleibt der im Arzthaftungsprozess zumeist problembehaftete Beweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden. Dabei muss der Beweis für den **Kausalzusammenhang zum Primärschaden nach § 286 ZPO** zur vollen Überzeugung des Gerichts geführt werden.

Dieser Nachweis gelingt gerade im Hygienebereich wegen **vielfältiger anderweitiger Infektionsmöglichkeiten** regelmäßig nicht ohne weiteres. Auch hier stellt sich deshalb regelmäßig die Frage nach Beweiserleichterungen zu Gunsten des Patienten.

a) Grober Behandlungsfehler

Auch im Hygienebereich ist bei einem groben Behandlungsfehler und genereller Eignung des Fehlers zur Verursachung des Gesundheitsschadens eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität für den Primärschaden anzunehmen³⁰.

Die **Beachtung der Hygieneregeln** gehört grundsätzlich zu den **Selbstverständlichkeiten des Behandlungsgeschehens**. Zutreffend scheint die Rechtsprechung im Hygienebereich daher nicht allzu nachsichtig gegenüber der Behandlungsseite bei der Bewertung des Behandlungsfehlers als grob zu verfahren.

Beispiel – OLG, Hamm, NJOZ 2014, 1334: Elementarer Hygieneverstoß

Vornahme eines Verbandwechsels und anschließend Anlegen einer Infusion ohne Handschuhwechsel

²⁹ *Anschlag*, MedR 2009, 513, 515 befürwortet eine Übertragung der Beweiserleichterung bei Dokumentationsmängeln in der Patientenakte auf die nach dem IfSG vorzunehmenden Aufzeichnungen. Dies wurde bislang noch nicht in der Rechtsprechung entschieden. In jedem Fall werden die **fehlenden Aufzeichnungen regelmäßig** einen **Organisationsmangel** darstellen.

³⁰ Vgl. zuletzt BGH, MedR 2009, 228 (Hygienefehler bei intraartikulärer Injektion); eingehend zur Beweisfigur *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI Rn. 59 ff.

Im Zusammenhang mit den Voraussetzungen einer Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers hat der BGH im Falle eines Hygienefehlers bei intraartikulärer Injektion unter Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung betont, es genügt, wenn der Kläger die generelle Eignung des groben Fehlers – also der **Injektion unter Außerachtlassung grundlegender Hygieneregeln** – zur Verursachung des Schadens in Form eines Kniegelenksergusses mit schmerzhafter Bewegungseinschränkung nachweist.³¹ Der **Eintritt eines solchen Erfolges muss weder naheliegen noch wahrscheinlich sein**. Die Unsicherheit, ob der Schaden tatsächlich durch den groben Hygienefehler oder durch eine andere Ursache bedingt ist, geht also zulasten der Behandlungsseite. Für eine Beweislastumkehr ist nur dann kein Raum, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang gänzlich unwahrscheinlich ist.³² Das Vorliegen einer solchen Sachlage muss indes der Arzt beweisen.³³

b) Grundsätze des Anscheinsbeweises

Generell eher geringe Bedeutung im Arzthaftungsprozess haben die Grundsätze des Anscheinsbeweises (Schlussfolgerung aufgrund einer Typizität des Geschehensablauf), da hinsichtlich der Abläufe im **menschlichen Organismus** im Rahmen ärztlicher Eingriffe **häufig** eine **ausreichende Verlaufstypizität nicht festzustellen** sein wird, um einen für den Anscheinsbeweis erforderlichen Erfahrungssatz aufstellen zu können. Dies spiegelt auch der überschaubare Anwendungsbereich bei Infektionen wider.³⁴

Der Anscheinsbeweis kann insbesondere bei der HIV-Infektion des Patienten durch die Verabreichung von kontaminierten Blutprodukten und sodann für die Frage des Beweises der Weiterübertragung an Dritte (etwa Ehepartner) gelten.³⁵ Allerdings besteht keine Grundlage für einen Anscheinsbeweis bei völlig ungeklärter Infektion,

³¹ BGH, MedR 2009, 228.

³² BGH, VersR 2012, 1176; BGH, VersR 2010, 115; BGH, VersR 2005, 228; BGH, VersR 2004, 909. Diese Ausnahme ist in § 630h Abs. 5 BGB nicht ausdrücklich geregelt, obgleich sich aus der Gesetzesbegründung ein entsprechender Regelungswille ergibt.

³³ BGH, VersR 2011, 1148; BGH, VersR 2004, 909.

³⁴ Für eine Ausweitung offenbar *Kaiser*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 91.

³⁵ BGH, VersR 2005, 1238 = NJW 2005, 2614; BGH, VersR 1991, 816 = NJW 1991, 1948; OLG Düsseldorf, VersR 1996, 1240.

wenn also etwa nicht von der Verabreichung kontaminierter Blutprodukte auszugehen ist.

Allein der enge zeitliche Zusammenhang einer Infektion mit einer Injektion/Operation stellt grundsätzlich keinen typischen Geschehensablauf dar, der einen Anscheinsbeweis für die Infektion durch die Injektion/Operation rechtfertigen würde.³⁶ Anderes kann gelten, wenn zu dem engen zeitlichen Zusammenhang tatsächlich feststehende Hygieneverstöße treten bzw. durch die **Behandlung in sonstiger Weise die Infektionsgefahr erhöht** wurde.³⁷

c) Unterlassene Befunderhebung

Die Fallgruppe der unterlassenen Befunderhebung und die hieran anknüpfenden Beweiserleichterungen können im Zusammenhang mit einem **Aufnahmescreening** in Betracht kommen.³⁸

Voraussetzung hierfür ist jedoch die haftungsrechtliche Erforderlichkeit eines Aufnahmescreenings (vgl. hierzu auch § 2 Abs. 1 Nr. 5 HygMedVO-NRW). Diese ist **bislang ungeklärt**; Rechtsprechung liegt hierzu noch nicht vor. Angesichts der einschlägigen Empfehlungen der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention des Robert-Koch-Instituts, der aktuellen Erkenntnisse³⁹ und der internationalen Entwicklungen bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang sich in näherer Zukunft ein medizinischer Standard zur Durchführung eines Aufnahme-Screenings ausbildet.

Besteht eine Verpflichtung zum Screening ist eine Beweislastumkehr für die haftungsbegründende Kausalität sowohl zugunsten eines infizierten Patienten als auch des „gescreenten“ Patienten bei Vorliegen der weiteren – oben genannten – Voraussetzungen denkbar.

³⁶ Vgl. etwa BGH, MedR 2012, 520; OLG Köln, VersR 1998, 1026.

³⁷ OLG Hamm, VersR 1988, 807 (Operation zur Unzeit mit der Erhöhung der Infektionsgefahr); OLG Düsseldorf, VersR 1991, 1136 (Punktion des Kniegelenks trotz Gefahr einer exogenen Keimverlagerung und Verstoß gegen hygienische Standards).

³⁸ Hierzu *Anschlag*, MedR 2009, 513, 515 f.

³⁹ Vgl. hierzu den Vortrag von *Hoppenheit*, abrufbar unter <http://www.vdgh.de/media/file/1960.10-Hoppenheit.pdf>.

3. Ergebnis

Als Fazit kann festgehalten werden: Die beweisrechtliche Ausgangslage für den Patienten bei Infektionen wegen (behaupteten) Hygienemängeln gestaltet sich nach den anerkannten Grundsätzen – die letztlich auch dem Patientenrechtegesetz zugrunde liegen – vergleichsweise schwierig. Das ausdifferenzierte und auf eine sachgerechte Lastenverteilung aufgerichtete Beweisrecht im Arzthaftungsprozess bietet häufig keine Hilfe, da gerade Hygieneverstöße im Behandlungsalltag schwierig nachweisbar sind. **Patienten weichen daher oft auf die vom Hygienemangel zu unterscheidende – und an dieser Stelle unberücksichtigt gelassene – Rüge einer unzureichenden Aufklärung über Infektionsrisiken bzw. eine fehlerhaften (Nach-)Behandlung der Infektion und deren Folgeerscheinungen aus.** Zugleich wird man – gerade bei einem Vergleich der Infektionszahlen mit anderen europäischen Ländern – davon ausgehen müssen, dass die Verbesserung mitunter anzutreffender hygienischer Unzulänglichkeiten im Behandlungsalltag durchaus angezeigt ist, zumal auch fachliche Einschätzungen von der Vermeidbarkeit eines nennenswerten Anteils der nosokomialen Infektionen ausgehen.⁴⁰

⁴⁰ Vgl. nur *Lorz*, NJW 2011, 3397, 3398 m.w.N.: 20-30%; ähnlich *Klein*, NZS 2011, 655, 657 unter Rückgriff auf einen Vortrag des Mikrobiologen *Wolfgang Büchel*, der 30% der Krankenhausinfektionen für vermeidbar hält.