

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 64

Ärztliche Einbestellungspflichten

Von

Milad Ahmadi



Duncker & Humblot · Berlin

MILAD AHMADI

Ärztliche Einbestellungspflichten

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 64

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Ärztliche Einbestellungspflichten

Von

Milad Ahmadi



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI buch.bücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-18256-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58256-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg als Dissertationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 2020 berücksichtigt.

Mein großer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit. Er hat die Entwicklung dieser Arbeit durch eine intensive Betreuung und viele wertvolle Anregungen gefördert.

Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Der größte Dank gilt meinen Eltern, die mich stets liebevoll unterstützt und mir meine akademische Laufbahn ermöglicht haben. Dafür bin ich ihnen von ganzem Herzen dankbar. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im März 2021

Milad Ahmadi

Inhalt

Kapitel 1

Problemstellung	21
A. Einführung	21
B. Ziele und Gang der Untersuchung	21
C. Die zeitlich gestreckte Behandlung	22
D. Risiken der zeitlich gestreckten Behandlung	24
I. Trennung des Arzt-Patienten-Kontakts	25
II. Einrichtungsübergreifende Behandlung	27
III. Unvollständige therapeutische Aufklärung	28
IV. Unzureichende Mitwirkung des Patienten	29
E. Begriff der Einbestellungspflicht	30
F. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem ersten Kapitel	31

Kapitel 2

Dogmatische Begründung der ärztlichen Einbestellungspflicht	32
A. Gegenwärtiger Stand zur Einbestellungspflicht in Rechtsprechung und Wissenschaft	32
I. Einbestellungspflicht in der Judikatur	32
II. Einbestellungspflicht in der Literatur	33
III. Fazit	34
B. Dogmatische Verortung der Einbestellungspflicht	35
I. Einbestellung als Leistungspflicht aus § 630a Abs. 1 BGB	35
1. Lösung über den Gläubigerverzug nach § 296 S. 1 BGB	35
a) Erscheinen des Patienten beim Arzt als Handlung nach § 296 S. 1 BGB	36
b) Behandlungstermin als kalendermäßige Bestimmung nach § 296 Abs. 1 BGB	37
c) Einbestellung durch den Arzt als Angebot nach § 296 S. 1 BGB	39
d) Ausschluss des Gläubigerverzugs bei unvollständiger Aufklärung	41
aa) Dringlichkeit des Behandlungstermins als medizinisches Expertenwissen	41

bb) Kein Gläubigerverzug bei Mitverantwortlichkeit des Schuldners	43
e) Fazit	45
2. Lösung über den Leistungsort	45
3. Lösung über die Kündigung	46
4. Einbestellungspflicht nach Treu und Glauben	47
5. Fazit	49
II. Einbestellung als Pflicht aus § 630c Abs. 1 BGB	49
III. Einbestellung als Bestandteil der therapeutischen Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB	51
1. Zweck und Inhalt der therapeutischen Aufklärung	51
2. Einbestellungspflicht nach dem Wortlaut	53
3. Einbestellungspflicht nach Fallgruppen	53
a) Fallgruppe 1: Unvollständige Aufklärung bei letzter Konsultation mit Befunderhebung	54
b) Fallgruppe 2: Unvollständige Aufklärung bei letzter Konsultation ohne Befunderhebung	57
c) Fallgruppe 3: Vollständige Aufklärung bei letzter Konsultation mit Befunderhebung	59
aa) Argument des Selbstbestimmungsrechts	61
bb) Argument der Erklärungsnot des Patienten	62
cc) Argument der ärztlichen Überforderung	63
dd) Pflicht zur Überwindung der Behandlungsverweigerung	64
d) Fallgruppe 4: Vollständige Aufklärung bei letzter Konsultation ohne Befunderhebung	67
e) Abstufung nach Gefährdungsintensität und Schadensausmaß	68
4. Fazit	70
5. Therapeutische Aufklärungspflicht bei einrichtungsübergreifender Arbeitsteilung	70
a) Problemstellung	70
b) Pflichten bei unvollständiger Aufklärung	71
c) Pflichten bei Vorliegen neuer Befunde	72
d) Pflichten bei vollständiger Aufklärung	76
e) Fazit	77
6. Aufklärungspflichten bei Terminabsage durch Patienten	78
IV. Einbestellung als Fehleroffenbarungspflicht im Rahmen des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB	80
1. Entwicklung und Kodifikation	80
2. Einbestellungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB	80
3. Einbestellungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB	81
4. Haftungsrechtliche Relevanz	84

Inhalt	11
5. Fazit	85
V. Einbestellung im Rahmen des allgemein anerkannten fachlichen Standards	85
1. Einbestellung als allgemein anerkannter fachlicher Standard aus § 630a Abs. 2 BGB	85
a) Begriff und Elemente des allgemein anerkannten fachlichen Standards	86
b) Einbestellung als Behandlungspflicht nach medizinischem Standard	86
c) Einbestellung als Organisationspflicht nach medizinischem Standard	87
d) Fazit	89
2. Einbestellung im Rahmen ärztlicher Leitlinien	90
a) Fragestellung	90
b) Begriff und Funktion der ärztlichen Leitlinie	90
c) Haftungsrechtliche Qualität ärztlicher Leitlinien	90
d) Einbestellungspflichten in Leitlinien	92
e) Fazit	93
3. Einbestellung im Rahmen von Richtlinien	93
a) Fragestellung	93
b) Definition und Rechtsnatur der Richtlinie	93
c) Spannungsverhältnis zwischen Sozial- und Haftungsrecht	95
aa) Widerspruch zwischen Richtlinien und zivilrechtlicher Sorgfalt	95
bb) Auflösung des Spannungsverhältnisses	96
d) Haftungsrechtliche Wirkung einer Richtlinie am Beispiel der Krebsfrüherkennungs-Richtlinie	98
aa) Zeitraum vor Feststellung eines Erkrankungsverdacht	98
(1) Kongruenz zwischen sozial- und haftungsrechtlichem Standard	99
(2) Inkongruenz zwischen sozial- und haftungsrechtlichem Standard	99
bb) Zeitraum nach Feststellung eines Erkrankungsverdacht	103
e) Fazit	107
VI. Einbestellung als Selbstbestimmungsaufklärung aus § 630e Abs.1 S.1 BGB	107
1. Problemstellung	107
2. Grundlagen der Selbstbestimmungsaufklärung	108
3. Abgrenzung zur therapeutischen Aufklärung mit Blick auf die Einbestellung	109
4. Fazit	111
VII. Einbestellungspflicht aus § 630g Abs. 1 S. 1 BGB analog	111
1. Fragestellung	111

2. Planwidrige Regelungslücke	112
3. Fazit	113
C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem zweiten Kapitel	113

Kapitel 3

Grenzen der Einbestellungspflicht	116
A. Einbestellungspflicht und ärztliche Schweigepflicht	116
I. Problemstellung	116
II. Zwecksetzung der ärztlichen Schweigepflicht	116
III. Zivilrechtliche Verortung der ärztlichen Schweigepflicht	119
1. Fehlende Normierung der ärztlichen Schweigepflicht	119
2. Verortung in § 241 Abs. 2 BGB	120
3. Verortung im Deliktsrecht	120
IV. Berufsrechtliche Verortung der ärztlichen Schweigepflicht	121
V. Einbestellung und ärztliche Schweigepflicht gegenüber Angehörigen	122
1. Verletzung der Schweigepflicht durch Einbestellung	122
2. Verletzung der Schweigepflicht durch medizinische Angaben gegen- über Angehörigen	125
a) Konkludente oder mutmaßliche Einwilligung	125
b) Ausdrücklicher Verzicht auf Mitteilung an die Angehörigen	127
3. Pflicht zur Mitteilung an die Angehörigen	129
4. Pflicht zur Ermittlung der Angehörigen	129
VI. Recht des Patienten auf Nichtwissen als Grenze der ärztlichen Einbestel- lungspflicht	130
VII. Fazit	131
B. Berufsrechtliche Grenzen der ärztlichen Einbestellungspflicht	131
I. Problemstellung	131
II. Verhältnis von ärztlichem Berufsrecht und Zivilrecht	132
1. Rechtsnatur des ärztlichen Standesrechts	132
2. Ärztliches Berufsrecht als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB	133
III. Einbestellung des Patienten als berufswidrige Werbung	135
IV. Einbestellung des Patienten als unlautere Wettbewerbshandlung nach § 29 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä	137
V. Einbestellung des Patienten unter dem Gesichtspunkt des ärztlichen Kolle- gialitätsgebots	138
VI. Einbestellung des Patienten als unzulässige Fernbehandlung nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä	139
1. Regelung und Definition der Fernbehandlung	139
2. Zwecksetzung des Fernbehandlungsverbots	140

Inhalt	13
3. Fernbehandlung und Einbestellung des Patienten	141
VII. Fazit	142
C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem dritten Kapitel	142

Kapitel 4

Ausgestaltung der Einbestellungspflicht	144
A. Untersuchungsgegenstand	144
B. Form der Einbestellung	144
I. Fragestellung	144
II. Form der therapeutischen Aufklärung	145
1. Grundsatz: Formfreiheit	145
2. Ausnahme: Zweckmäßigkeit im Einzelfall	146
III. Mögliche Formen der Einbestellung	149
1. Persönliche Einbestellung während des Behandlungstermins	149
2. Schriftliche Ergänzung der persönlichen Einbestellung	149
3. Einbestellung mit Formularen	150
4. Elektronische Einbestellung	152
IV. Erfüllung der Einbestellungspflicht	153
1. Problemstellung	153
2. Divergenzen innerhalb der Rechtsprechung	154
3. Lösungsansatz	155
V. Fazit	156
C. Inhalt der Einbestellung	157
I. Problemstellung	157
II. Informationsdichte bei der therapeutischen Aufklärung	157
1. Aufklärung über Erfordernis und Dringlichkeit der Weiterbehandlung	157
2. Aufklärung über Diagnose	159
3. Aufklärung über mögliche Gesundheitsschäden bei unterlassener Behandlung	160
4. Pflicht zur Befundmitteilung	163
III. Maßgeblicher Aufklärungszeitpunkt	165
1. Zeitpunkt der therapeutischen Aufklärungspflicht	165
2. Zeitpunkt der Einbestellung	166
IV. Gebot zur schonenden Aufklärung als inhaltliche Beschränkung der Einbestellung	167
V. Fazit	170
D. Delegationsfähigkeit der Einbestellung	171
I. Fragestellung	171

II. Grundlagen der Delegation im Medizinbetrieb	171
III. Voraussetzungen der Delegationsfähigkeit ärztlicher Leistungen	172
IV. Übertragung auf die Einbestellung	173
1. Delegationsfähigkeit der Einbestellung während des Behandlungstermins	173
2. Delegationsfähigkeit der telefonischen Einbestellung	176
V. Fazit	179
E. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem vierten Kapitel	179

Kapitel 5

Einbestellung und Patientenmitverschulden	181
A. Problemstellung und Untersuchungsziele	181
B. Grundgedanke und Voraussetzungen des § 254 BGB	181
C. Patientenmitverschulden im Arzthaftungsrecht	183
I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt	183
II. Besonderheiten im Arzt-Patienten-Verhältnis	183
1. Restriktive Anwendung	183
2. Kritik	184
3. Bewertung	185
D. Fehlerhafte Einbestellung und Patientenmitverschulden	187
I. Versäumung des Behandlungstermins als Anknüpfungspunkt	187
II. Dogmatische Verortung des versäumten Behandlungstermins	188
III. Fallgruppe: Unvollständige Aufklärung ohne Befunderhebung	189
1. Linie der Rechtsprechung	189
2. Lösungsansatz: präzise und unbedingte Handlungsempfehlungen	190
3. Mitverschulden bei Aufklärung über den Zeitpunkt der Behandlung ...	193
IV. Fallgruppe: Unvollständige Aufklärung mit Befunderhebung	195
V. Fallgruppe: Vollständige Aufklärung mit Befunderhebung	196
VI. Mitverschulden bei Verlassen des Krankenhauses entgegen ärztlichem Rat	197
VII. Anknüpfungspunkte für ein Patientenmitverschulden	199
1. Fortdauernde Beschwerden	199
a) Gegenwärtiger Diskussionsstand	199
b) Bewertung	201
2. Selbstbeobachtungsobliegenheiten	204
a) Neuartige Beschwerden und Auffälligkeiten	204
b) Offenkundiger Behandlungsbedarf	206
c) Grenze der Selbstbeobachtungsobliegenheit	208
E. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem fünften Kapitel	210

Kapitel 6

Einbestellungspflicht im Arzthaftungsprozess	212
A. Problemstellung und Untersuchungsziele	212
B. Beweislastverteilung bei der therapeutischen Aufklärung	213
I. Beweislast des Patienten	213
II. Beweisschwierigkeiten	215
1. Lösung über die Parteivernehmung nach § 448 ZPO	215
2. Lösung über die sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite	218
III. Fazit	219
C. Einzelne Beweislastfragen bei der Einbestellungspflicht	219
I. Beweislast für Einbestellungspflicht	219
II. Beweislast für fehlerhafte Einbestellung beim Behandlungstermin	220
III. Beweislast für Einbestellung nach Behandlungstermin	221
D. Ermittlung der Einbestellungspflicht im Prozess	222
I. Abgrenzung zwischen medizinischer und juristischer Kompetenz	222
1. Problemstellung	222
2. Einheitsansatz	223
3. Hierarchieansatz	223
4. Bewertung mit Blick auf die Einbestellungspflicht	224
a) Aufgabenbereich des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess	224
b) Einbestellung als Organisationspflicht zwischen Medizin und Recht	226
5. Fazit	231
II. Passivlegitimation bei der Einbestellungspflicht	231
1. Problemstellung	231
2. Organhaftung	232
3. Behandlung im Krankenhaus	233
a) Einbestellung beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag	233
b) Einbestellung beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag	235
aa) Problemstellung	235
bb) Kriterien für die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche	237
cc) Koordinierungspflichten bei arbeitsteiliger Behandlung	240
dd) Fazit	242
4. Behandlung bei niedergelassenen Ärzten	242
5. Durchgangsgärztliche Behandlung	244
E. Fehlerhafte Einbestellung und Beweislastumkehr	245
I. Fehlerhafte Einbestellung als Befunderhebungsfehler	245
1. Problemstellung	245
2. Befundbegriff	246

3. Dogmatische Herleitung der Befunderhebungspflicht	247
a) Materiell-rechtliche Begründungsansätze	247
b) Prozessuale Begründungsansätze	248
c) Bewertung	249
4. Voraussetzungen der Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB ..	249
5. Dogmatische Begründung und Kritik	250
6. Bewertung	252
7. Abgrenzung zwischen Befunderhebungspflicht und therapeutischer Aufklärungspflicht	254
a) Fehlender Dringlichkeitshinweis als Befunderhebungsfehler	254
aa) Untersuchungsfrage	254
bb) Lösung der Rechtsprechung: Abgrenzung nach Schwerpunkten ..	255
cc) Kritik am Lösungsansatz der Rechtsprechung	256
dd) Bewertung und Lösungsansatz	257
ee) Fazit	259
b) Unterlassene Veranlassung der Befunderhebung als Befunderhe- bungsfehler	259
c) Unterlassene Auswertung von Befunden als Befunderhebungsfeh- ler	261
d) Unterlassene Mitteilung von Befundergebnissen als Befunderhe- bungsfehler	264
II. Fehlerhafte Einbestellung als grober Behandlungsfehler	265
1. Problemstellung	265
2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des groben Behandlungsfehlers	266
3. Kritik an der Beweislastumkehr	266
4. Ermittlung bei der Einbestellungspflicht	267
5. Beurteilungsumfang des Sachverständigen bei der Einbestellungs- pflicht	269
6. Fazit	270
III. Fehlerhafte Einbestellung als voll beherrschbares Risiko aus § 630h Abs. 1 BGB	271
1. Fragestellung	271
2. Anwendungsbereiche der Rechtsprechung	271
3. Teleologische Auslegung	272
4. Fazit	273
IV. Einbestellung und Dokumentationspflicht	273
1. Problemstellung	273
2. Einbestellung als dokumentationspflichtiger Umstand	274
3. Folgen für die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB	276
4. Beurteilungsumfang des Sachverständigen	277
5. Fazit	278

V.	Behandlungsverweigerung	279
1.	Problemstellung	279
2.	Voraussetzungen und dogmatische Verortung	279
a)	Mitverschulden	280
b)	Lösungsansatz: Vertragsbeendigung	280
3.	Beweislast und Dokumentationspflicht	281
4.	Fazit	282
VI.	Patientenmitverschulden und Beweislastumkehr	282
1.	Problemstellung	282
2.	Mitverantwortlichkeit beim groben Behandlungsfehler	283
a)	Linie der Rechtsprechung	283
b)	Kritik an der Rechtsprechung	285
3.	Stellungnahme und Lösungsansatz	285
4.	Bedeutung bei der Einbestellungspflicht	286
5.	Fazit	287
VII.	Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei der Einbestellungspflicht ..	288
1.	Untersuchungsfrage	288
2.	Begründung und Kritik	288
3.	Bewertung	289
4.	Anwendungsbereich bei fehlerhafter Einbestellung	290
a)	Fehlerhafte fernkommunikative Einbestellung	290
b)	Fehlerhafte Einbestellung während des Behandlungstermins	292
5.	Gegenbeweis der Behandlungsseite	293
6.	Fazit	293
F.	Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem sechsten Kapitel	294
	Zusammenfassung und wesentliche Ergebnisse der Untersuchung	296
	Literaturverzeichnis	301
	Sachwortverzeichnis	313

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
Ähnl.	Ähnlich
AMG	Arzneimittelgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausf.	Ausführlich
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag-Ärzte
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Ed.	Edition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
f.	folgende, für
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	GesundheitsRecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
HPG	Heilpraktikergesetz
Hrsg.	Herausgeber
HWG	Heilmittelwerbegesetz

i. d. F.	in der Fassung
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KFE-RL	Krebsfrüherkennungs-Richtlinie
KG	Kammergericht
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
Krit.	Kritisch
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
MBO	Musterberufsordnung
MBO-Ä	Musterberufsordnung-Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PharmR	Pharma Recht
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
S.	Satz, Seite
Schriftleit.	Schriftleitung
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
Urt.	Urteil
v.	vom
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
zit.	zitiert
ZM	Zahnärztliche Mitteilungen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Zust.	Zustimmend

Kapitel 1

Problemstellung

A. Einführung

Medizinische Behandlungen erfolgen regelmäßig in mehreren Akten. Dies kann zum einen der Fall sein, wenn mehrere Ärzte derselben oder unterschiedlicher Fachrichtungen im Rahmen eines stationären Krankenhausaufenthalts an der Behandlung eines Patienten mitwirken. Dann ist von arbeitsteiliger Medizin die Rede.¹ Die Behandlung erfolgt allerdings auch dann in mehreren Akten, wenn sie aus zeitlichen Gründen an mehreren Behandlungsterminen stattfindet. Dieser Behandlungsverlauf stellt den Regelfall in der ambulanten Behandlung dar. Der Großteil medizinischer Behandlungen, der an mehreren Terminen stattfindet, verläuft fehlerfrei. Allerdings geht die Behandlung des Patienten an mehreren Terminen mit spezifischen Risiken einher, die in der Vergangenheit mehrfach zum Eintritt von Gesundheitsschäden bei Patienten geführt und dementsprechend Haftungsprozesse nach sich gezogen haben. Grund hierfür ist das Risiko einer unterlassenen oder verspäteten Weiterbehandlung des Patienten und die damit einhergehende Gefahr einer Gesundheitsschädigung. Dementsprechend sah sich die Rechtsprechung veranlasst, im Einzelfall das Risiko der zeitlichen Streckung einer medizinischen Behandlung dem Behandelnden oder Patienten zuzuordnen.

B. Ziele und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit greift die genannte Problematik auf und widmet sich zeitlich gestreckten Behandlungen aus einer dogmatischen Perspektive. Untersuchungsziele sind die Abgrenzung der zeitlich gestreckten Behandlung von anderen Behandlungsverläufen sowie die Darstellung der Risikofaktoren und Fehlerquellen dieses Behandlungsverlaufs, die in diesem Kapitel dargestellt werden. Im Zentrum der Untersuchung steht die im zweiten Kapitel zu erörternde Frage, welche Verhaltenspflichten den Behandelnden im Falle der zeitlichen Streckung einer medizinischen Behandlung treffen, um die Aufrechterhaltung des Behandlungsablaufs und die ordnungsgemäße Behandlung des Patienten sicherzustellen. Schwerpunktmäßig sind hierbei die ärztlichen Aufklärungspflichten in den Blick

¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. X, Rn. 48.

zu nehmen, die während der zeitlichen Zäsur einer Behandlung bestehen. Dies wird anhand der maßgeblichen Normen des Patientenrechtegesetzes erörtert. Im dritten Kapitel wird der Frage nachgegangen, inwieweit insbesondere Regelungskomplexe außerhalb des Patientenrechtegesetzes entsprechende Aufklärungspflichten des Arztes begrenzen. Hierbei sind insbesondere die ärztliche Schweigepflicht und das Berufsrecht der Ärzte in den Blick zu nehmen. Im vierten Kapitel wird die formelle und inhaltliche Ausgestaltung entsprechender Pflichten erörtert. In einem gesonderten Kapitel wird das Patientenmitverschulden bei zeitlich gestreckten Behandlungen untersucht. Im letzten Kapitel werden schließlich beweisrechtliche Fragen erörtert, denen im Arzthaftungsrecht naturgemäß eine besondere Bedeutung zukommt.

C. Die zeitlich gestreckte Behandlung

Die zeitlich gestreckte Behandlung stellt den Regelfall der medizinischen Behandlung dar. Gemeint ist mit zeitlicher Streckung nicht jede Behandlung, die in mehreren Akten erfolgt und daher einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt. Eine mehrstündige Operation oder ein mehrtägiger Krankenhausaufenthalt werden vom Begriff der zeitlich gestreckten Behandlung nicht umfasst. Die zeitliche Streckung einer medizinischen Behandlung im Sinne der vorliegenden Untersuchung ist vielmehr durch eine zeitliche und räumliche Zäsur zu charakterisieren, bei welcher der unmittelbare Kontakt zwischen Arzt und Patient für eine im Einzelfall unterschiedliche Zeitspanne unterbrochen wird, ohne dass die Behandlung im rechtlichen oder medizinischen Sinne beendet ist. Liegt bei einer Patientin ein Brustkrebsverdacht vor, der sich nicht erhärten oder ausräumen lässt und daher eine weitere Untersuchung nach sechs Wochen erfordert², liegt eine zeitlich gestreckte Behandlung vor. Weist ein Patient plötzliche Beeinträchtigungen in seiner Sehfähigkeit auf, die eine engmaschige und zeitnahe fachärztliche Verlaufskontrolle nach seiner Entlassung erfordern³, ist die Behandlung ebenfalls zeitlich gestreckt. Charakteristisch für die zeitlich gestreckte Behandlung ist der Umstand, dass durch die Unterbrechung des Arzt-Patienten-Kontakts eine Kommunikationslücke entsteht.⁴

Die Risikoträchtigkeit einer zeitlich-räumlichen Behandlungszäsur beschränkt sich allerdings nicht auf Fallkonstellationen, in denen die Wahrnehmung künftiger Behandlungstermine für den Behandlungserfolg erheblich ist. Maßgeblich prägend für die zeitlich gestreckte Behandlung ist der Umstand, dass die Behandlung in medizinischer Hinsicht nicht beendet ist. Da auch im Falle einer Behandlungsbeendigung der Patient durch sein Verhalten auf den Heilungsprozess ein-

² OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907.

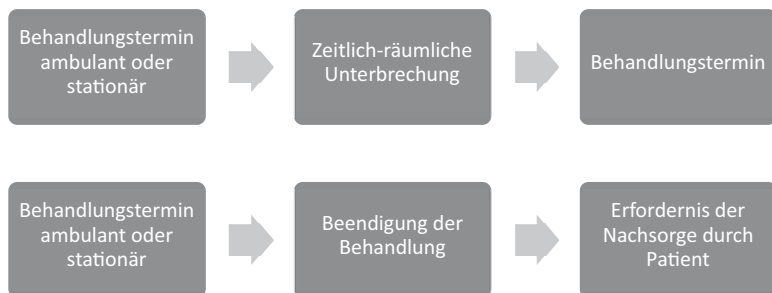
³ BGH, NJW 2005, 427.

⁴ OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 51.

wirken kann, hat dies zur Konsequenz, dass auch Fälle, in denen zwar nicht die Wahrnehmung eines weiteren Behandlungstermins erforderlich ist, der Patient jedoch eigenständig Nachsorgemaßnahmen zum Zwecke des Therapieerfolges ergreifen muss, im Risikobereich einer zeitlich-räumlichen Behandlungszäsur zu verorten sind. Wird der Patient etwa nach einem invasiven Bandscheibeneingriff entlassen und steht ihm eine mehrstündige Heimfahrt im PKW hervor, ist der Behandelnde verpflichtet ihn darauf hinzuweisen, dass zur Unterstützung der Wirbelsäule Kissen fachgerecht untergelegt werden müssen und dies keineswegs durch den Patienten selbst geschehen darf.⁵ Verweigert ein Patient entgegen dem ärztlichen Rat eine stationäre Aufnahme, ist er auf das Risiko eines Schlaganfalls und darauf, sich bei entsprechenden Anzeichen sofort wieder in die Klinik oder zum Hausarzt zu begeben, eindringlich hinzuweisen.⁶

Den genannten Konstellationen ist gemeinsam, dass die von den Gerichten bejahten Hinweis- und Aufklärungspflichten stets vor Beendigung des jeweiligen Behandlungstermins entstehen, also vor einer zeitlich-räumlichen Zäsur während der Behandlung, ohne dass die Behandlung im medizinischen oder rechtlichen Sinne beendet war. Weitergehend bestehen allerdings auch während der Unterbrechung des Arzt-Patienten-Kontakts ärztliche Aufklärungspflichten, die im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen.

Eine zeitlich gestreckte Behandlung liegt somit stets vor, wenn die Behandlung des Patienten bei einem oder mehreren Behandelnden an mindestens zwei zeitlich getrennten Behandlungsterminen stattfinden muss oder der Patient nach einer medizinischen Behandlung spezifische Verhaltensanforderungen erfüllen muss, um den Erfolg der Behandlung sicherzustellen und eine Gesundheitsschädigung zu vermeiden.



Ablauf der zeitlich gestreckten Behandlung

⁵ OLG Frankfurt a. M., VersR 1999, 1544.

⁶ BGH, MedR 2010, 101 (102); OLG Frankfurt, BeckRS 2009, 19796 (Vorinstanz).

D. Risiken der zeitlich gestreckten Behandlung

Das Gefährdungspotenzial zeitlich gestreckter Behandlungen ist aufgrund des grundsätzlichen Einflusses des Behandlungszeitpunktes auf den Behandlungserfolg als erheblich einzustufen. Wird ein erforderlicher Behandlungstermin nicht eingehalten, kann dies zur gänzlichen Verfehlung des vertraglich vereinbarten Behandlungsziels⁷ führen und dadurch gewichtige Interessen und Rechtspositionen des Patienten gefährden. In Abhängigkeit vom Erkrankungsbild des Patienten kann die fehlerhafte Berücksichtigung⁸ zeitlicher Faktoren bei der Behandlung somit die körperliche Unversehrtheit und das Leben des Patienten trotz ordnungsgemäßer Behandlung und Methodenwahl beeinträchtigen. Die Intensität der Gefährdung reicht von Begleitschäden bis hin zur vollständigen Verfehlung des vertraglich vereinbarten Behandlungsziels.

Das Gefährdungspotenzial kann dabei in verschiedenen Behandlungsstadien zum Tragen kommen. Im genannten Beispiel des Brustkrebsverdachts⁹ erschien die Patientin mit Verzögerung zur erforderlichen Kontrolluntersuchung, wodurch die Brustkrebsdiagnose verzögert gestellt wurde. Dies führte dazu, dass die erforderlichen Therapiemaßnahmen verspätet eingeleitet worden sind.¹⁰

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Gefährdungspotential zeitlicher Verfehlungen bei der medizinischen Behandlung aus der verspäteten Anwendung der erforderlichen Therapiemaßnahmen resultiert. Das Risiko einer fehlerhaften Behandlung besteht zwar auch dann, wenn die Behandlung unter zeitlichen Gesichtspunkten organisatorisch fehlerfrei abläuft, also zum erforderlichen Zeitpunkt stattfindet. Auch im Rahmen eines stationären Aufenthaltes, bei welchem der Patient während des gesamten Behandlungszeitraumes unter ärztlicher Überwachung steht, besteht die Möglichkeit, dass den behandelnden Ärzten Fehler unterlaufen. Allerdings birgt die zeitliche Zäsur im Laufe einer Behandlung ein zusätzliches Risiko, welches als eigenständiges Organisationsrisiko neben dem Risiko einer Fehlbehandlung im klassischen Sinne steht. Nachfolgend werden die spezifischen Fehlerquellen der zeitlich gestreckten Behandlung herausgearbeitet und anhand der einschlägigen Judikatur dargestellt.

⁷ Gemeint ist damit das Behandlungsziel, soweit es durch ein Bemühen des Behandelnden erreicht werden kann.

⁸ An dieser Stelle geht es zunächst nur um die Darstellung des vorhandenen Gefährdungspotenzials an sich, ohne eine Risikozuweisung an den Behandelnden oder Patienten vorzunehmen.

⁹ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907.

¹⁰ Mangels Behandlungsfehlers ist der Senat nicht der Frage nachgegangen, ob die Klägerin im Falle einer rechtzeitigen Behandlung geringere gesundheitliche Beeinträchtigungen erlitten hätte. Allerdings ist davon auszugehen, dass die verspätete Einleitung therapeutischer Maßnahmen im Vergleich zu einer Therapie in einem früheren Erkrankungsstadium aufgrund der Ausbreitungsgefahr grundsätzlich mit dem Risiko einer erhöhten Gesundheitsbeeinträchtigung einhergeht.

I. Trennung des Arzt-Patienten-Kontakts

Bei einer zeitlich gestreckten Behandlung existieren unterschiedliche Fehlerquellen, die den erstrebten Behandlungserfolg gefährden können. Die grundsätzliche Fehlerträchtigkeit der zeitlich gestreckten Behandlung resultiert aus der räumlichen Zäsur, die einer Behandlung über mehrere Behandlungstermine inhärent ist. Mit der Abwesenheit des Patienten vom Ort der Behandlung gehen zugleich eine Trennung des Arzt-Patienten-Kontakts und damit eine Unterbrechung des behandlungsrelevanten Informationsaustauschs zwischen Arzt und Patient einher. Dies wurde von der Rechtsprechung bereits frühzeitig erkannt. Das OLG Köln weist darauf hin, dass der Arzt verpflichtet ist, etwaige „*Kommunikationslücken*“ zu schließen.¹¹ Der Patient hat zwar auch im Rahmen einer zeitlich gestreckten Behandlung die Möglichkeit, den Behandelnden¹² über seinen Gesundheitszustand zu informieren, etwa durch erneute Terminvereinbarung, unmittelbare Wiedervorstellung, telefonische Kontaktierung oder die Inanspruchnahme notfallärztlicher Behandlung. Häufig ist der Patient allerdings ohne ärztliche Hilfe nicht instande zu erkennen, ob die Behandlung fortzusetzen ist, und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung ohne ärztliche Beratung zu beurteilen. Dieses Wissens- und Informationsdefizit des Patienten besteht sowohl im Stadium der Befunderhebung¹³, wenn also eine Diagnose oder der Umfang und das Stadium einer Erkrankung noch nicht feststehen und zu diesem Zwecke weitere Befunde zu erheben sind, als auch im therapeutischen Stadium der Behandlung. Infolge dieses Informationsdefizits besteht die Gefahr, dass der Patient das Risiko einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung fehlerhaft einschätzt. In der haftungsrechtlichen Literatur werden Informationsdefizite betreffend drohender Risiken als Schadensursache auf Geschädigtenseite qualifiziert.¹⁴ Das Wissensdefizit des Patienten bei der zeitlichen Streckung der Behandlung spiegelt sich dabei auch in der einschlägigen Judikatur wider, die nachfolgend zur Veranschaulichung der Problematik dargestellt wird. Das Informationsdefizit des Patienten ist im vordiagnostischen Stadium der Befunderhebung für den Behandlungserfolg relevant, weil in diesem Stadium noch keine Diagnose vorliegt und der Behandelnde daher in aller Regel nur eingeschränkt instande ist, dem Patienten den Umfang an Wissen zu vermitteln, welcher ihm die Bedeutsamkeit und Dringlichkeit eigener Mitwirkungshandlungen vor Augen führt. Dies resultiert zum einen aus dem Umstand, dass in diesem Stadium ein breites Spektrum mög-

¹¹ OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 51.

¹² Dabei kann der Patient sich auch bei einem anderen Behandelnden in Behandlung begeben.

¹³ Die Differenzierung der Behandlungsstadien erfolgt an dieser Stelle unter tatsächlichen Gesichtspunkten zur Veranschaulichung der Fehlerquellen und erfolgt daher ohne Berücksichtigung der Abgrenzung zwischen Befunderhebungspflicht und therapeutischer Aufklärungspflicht.

¹⁴ Korch, Haftung und Verhalten, S. 116; Koller, Risikozurechnung, S. 82.

licher Erkrankungen im Raum steht, dessen Eingrenzung gerade durch die Befunderhebung erfolgen soll. Zum anderen sieht sich der Behandelnde selbst im Falle des unbestätigten Verdachts einer schwerwiegenden Erkrankung aus Gründen der Schonung veranlasst, zunächst die Ergebnisse der Befunderhebung abzuwarten, um den Patienten nicht unnötig zu beunruhigen.¹⁵ Wird ein Patient etwa aus einem Krankenhaus entlassen, ist er beim Verdacht einer Infektion im Operationsbereich täglich zur ambulanten Überwachung und Behandlung einzubestellen.¹⁶ Diagnostiziert der Behandelnde einen Muskelfaserriss in der Wade, ist er verpflichtet, den Patienten aufgrund der Gefahr einer Thrombose auf die Notwendigkeit einer Kontrolluntersuchung hinzuweisen.¹⁷

Auch im Stadium der Therapie bestehen Wissensdefizite des Patienten, die bei der zeitlich gestreckten Behandlung in einer Beeinträchtigung des Behandlungserfolges resultieren können. Die Rechtsprechung nimmt in dieser Fallkonstellation weitreichende Pflichten des Behandelnden an und zieht nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen ein Mitverschulden des Patienten in Betracht. Verschreibt der Behandelnde einer minderjährigen Patientin ein gefährliches Medikament, ist diese nicht ohne Weiteres imstande, eigenständig unzureichende Dosierungs- und Warnhinweise zu ermitteln und die Dringlichkeit einer zeitnahen Kontrolluntersuchung zu beurteilen.¹⁸ Verlässt der Patient das Krankenhaus, ohne die erforderliche Nachuntersuchung abzuwarten und wird über die Folgen seiner Handlungsweise nicht belehrt, ist er nicht imstande, selbstständig das Erfordernis und die Dringlichkeit einer Kontrolluntersuchung zu erkennen.¹⁹ Verbleibt nach der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs ein Misserfolgsrisiko, ist die Patientin deutlich darauf hinzuweisen, dass aufgrund dieses Risikos eine Nachuntersuchung dringend erforderlich ist.²⁰ Bei einer Spinalanästhesie muss der Patient darüber aufgeklärt werden, dass Kopfschmerzen, die nach dem Eingriff auftreten, anästhesiologisch therapiert werden müssen, auch wenn der Patient die Kopfschmerzen schon während des Krankenhausaufenthalts hatte und das Krankenhauspersonal darüber nicht in Kenntnis gesetzt hat.²¹ Sind für den Therapieerfolg bestimmte Verhaltensweisen des Patienten erforderlich, etwa eine stufenweise Beinbelastung zur Thromboseprophylaxe, hat der Behandelnde sie deutlich zu erläutern und sich vergewissern, ob der Patient sie verstanden hat.²² Besteht

¹⁵ BGH, NJW 1973, 556 (558); *Harmann*, NJOZ 2010, 819 (821).

¹⁶ OLG Köln, VersR 1982, 677.

¹⁷ OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1054.

¹⁸ BGH, NJW 1970, 511.

¹⁹ BGH, MedR 2010, 101; BGH, NJW 1991, 748.

²⁰ OLG Oldenburg, NJW 1996, 2432 (2433).

²¹ OLG Stuttgart, VersR 1995, 1353.

²² OLG Bremen, VersR 1999, 1151. Der Beklagte hatte eine Entlastung des Beins empfohlen und beiläufig erwähnt, dass eine Heparinbehandlung nicht erforderlich sei, da die Patientin ja gehen könne. Daraus musste die Patientin nach Auffassung des Senats nicht den Schluss ziehen, dass sie das Bein belasten solle.

der Verdacht, dass der Behandelnde dem Patienten eine Gesundheitsschädigung zugefügt hat, ist der Patient bei seiner Entlassung hierauf hinzuweisen und darauf aufmerksam zu machen, dass in diesem Fall eine frühestmögliche Operation der günstigste Weg zur Begrenzung und Behebung der Schadensauswirkungen sei.²³ Der bloße Hinweis auf das Erfordernis einer Wiedervorstellung bei der Fortdauer spezifischer Beschwerden ist in diesem Fall unzureichend.²⁴ Besonders fehlerträchtig sind posttherapeutische Behandlungskonstellationen, in denen eine Nachbehandlung erforderlich ist. Der Patient geht ohne entsprechenden ärztlichen Hinweis mit Beendigung des Eingriffs in aller Regel zugleich von der erfolgreichen Beendigung der gesamten Behandlung aus und erachtet eine weitere Vorstellung dementsprechend nicht als erforderlich.²⁵ Die Risiken, die mit der Trennung des Arzt-Patienten-Kontakts einhergehen, bestehen ferner dann, wenn die Behandlung abgeschlossen ist und für ihren Erfolg hauptsächlich die Beachtung entsprechender Verhaltensweisen durch den Patienten, also eine der Behandlung entsprechende Compliance des Patienten, erforderlich ist. Zugleich ist es dem Behandelnden aufgrund der Trennung des Kontakts mit dem Patienten nur eingeschränkt möglich, mit dem Patienten zu kommunizieren und dadurch auf den Verlauf der Behandlung gestaltenden Einfluss zu nehmen, also die genannten Informationsdefizite des Patienten auszugleichen. Zwar verfügt der Behandelnde im Regelfall über die erforderlichen Informationen und Kenntnisse, um den Gesundheitszustand des Patienten sachgerecht zu ermitteln und erforderliche Befunderhebungs- oder Therapiemaßnahmen einzuleiten. Dies ist jedoch aufgrund der Abwesenheit des Patienten nicht möglich. Aus diesem Grund nimmt die Rechtsprechung weitreichende Hinweispflichten des Behandelnden vor der Beendigung eines Krankenhausaufenthalts oder Behandlungstermins an, wie an der dargestellten Judikatur deutlich wird. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit einer partiellen Überbrückung der Kommunikationsunterbrechung unter Einsatz fernkommunikativer Mittel. Die entsprechenden Pflichten des Behandelnden werden im zweiten Kapitel dargestellt.

II. Einrichtungsübergreifende Behandlung

Auch die einrichtungsübergreifende Behandlung des Patienten stellt eine Fehlerquelle bei der zeitlich gestreckten Behandlung dar. Der Grund hierfür liegt darin, dass nicht lediglich der Kontakt zwischen Arzt und Patient für einen bestimmten Zeitraum unterbrochen wird, sondern auch die ordnungsgemäße Übermittlung der relevanten Informationen und Befunde zwischen den verschiedenen medizinischen Einrichtungen mit Fehlern behaftet ist. Als aktuelles Beispiel ist

²³ OLG Koblenz, MedR 2000, 37.

²⁴ OLG Koblenz, MedR 2000, 37 (40).

²⁵ OLG Stuttgart, VersR 1995, 1353.

ein Sachverhalt aufzuzeigen, der dem BGH zur Entscheidung vorlag.²⁶ Die Beklagte war die langjährige Hausärztin des Patienten. Sie hatte ihn an einen Facharzt überwiesen, der den Patienten wiederum zur stationären Krankenhausbehandlung in ein Klinikum überwiesen hat. Dieses sendete den Befundbericht über einen bösartigen Tumor an die Beklagte mit der Bitte, den Patienten in einem onkologischen Spezialzentrum vorzustellen. Die Beklagte informierte den Patienten jedoch nicht, sodass dieser erst knapp anderthalb Jahre später anlässlich anderer Beschwerden von dem Befund Kenntnis erlangte. Der Sachverhalt lässt die Fehlerträchtigkeit der einrichtungsübergreifenden Behandlung erkennen. Sie resultiert zum einen aus dem Umstand, dass der unmittelbare Kontakt mit dem Patienten während der Auswertung des Befundes unterbrochen wird. Allerdings kommt bei der einrichtungsübergreifenden Behandlung des Patienten noch hinzu, dass die Weiterbehandlung bei einer anderen Einrichtung erfolgt als derjenigen, die die maßgeblichen Befunde erhoben oder gar eine Diagnose gestellt hat. Dies kann – wie im dargestellten Sachverhalt – dazu führen, dass Befunde innerhalb medizinischer Einrichtungen übermittelt werden, aber die Übermittlung an den Patienten versäumt wird, weil sich die beteiligten Behandelnden darauf verlassen, dass eine andere medizinische Einrichtung den Patienten rechtzeitig über Befunde und Diagnosen informiert. Aus diesem Grund wird im zweiten Kapitel untersucht, welchen Informationspflichten die Behandelnden bei der einrichtungsübergreifenden Behandlung des Patienten unterliegen.²⁷

III. Unvollständige therapeutische Aufklärung

Während die Trennung des Arzt-Patienten-Kontakts oftmals unvermeidbar ist, existieren auch Fehlerquellen, auf die Arzt und Patient Einfluss nehmen können. Auf der Behandlungsseite ist eine unzureichende therapeutische Aufklärung als wichtigste Fehlerquelle bei der zeitlich gestreckten Behandlung zu nennen. Exemplarisch ist hierzu auf die bereits voranstehend dargestellte Judikatur zu verweisen. Die therapeutische Aufklärung bezweckt unter anderem, dass der Patient die erforderlichen Schutz- und Warnhinweise erhält, um sein Verhalten an den Erfordernissen der Behandlung auszurichten, wodurch Selbstgefährdungen des Patienten verhindert werden und dadurch letztlich der erstrebte Heilungserfolg sichergestellt werden soll.²⁸ Erfährt die Behandlung eine zeitliche Zäsur, wird die therapeutische Aufklärung besonders bedeutsam. Sie ist während des Behandlungstermins das einzige Mittel, mit welchem der Arzt sicherstellen kann, dass der Patient sein Verhalten auch während der zeitlichen Zäsur an die Ziele der Behandlung anpasst und eine Selbstgefährdung verhindert wird. Klärt der

²⁶ BGH, MedR 2019, 66.

²⁷ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2. B. III. 5.

²⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 21; BGH, NJW 2016, 563 (564); BGH, NJW 2005, 1716 (1716); OLG Koblenz, NJW-RR 2016, 539 (541); *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (580).

Arzt den Patienten daher unvollständig auf, steigt das Risiko einer fehlgeschlagenen Behandlung.²⁹

IV. Unzureichende Mitwirkung des Patienten

Die Risiken der zeitlich gestreckten Behandlung sind auch auf der Patienten-seite zu verorten. In diesem Zusammenhang wird auch die Mitwirkung des Patienten bedeutsam, die auch unter dem Begriff der Patientencompliance diskutiert wird. Eine allgemein anerkannte Definition des Compliancebegriffs existiert nicht.³⁰ Teilweise wird Compliance verstanden als Bereitschaft eines Patienten zur notwendigen Kooperation mit dem Arzt bzw. zur Mitwirkung bei vorgeschlagenen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen durch zuverlässige Befolgung der therapeutischen Anweisungen.³¹ Andere verstehen hierunter die gesundheitsfördernden Anstrengungen des Patienten, die dieser in Ergänzung zur medizinischen Behandlung durch den Arzt unternimmt.³² Bezogen auf die zeitlich gestreckte Behandlung ist der Begriff der Patientencompliance anhand der Erfordernisse der zeitlich-räumlichen Zäsur der Behandlung auszurichten. Patientencompliance umfasst in der zeitlich gestreckten Behandlung sämtliche Verhaltensweisen des Patienten, die zwischen den einzelnen Behandlungsterminen für den Erfolg der Behandlung erforderlich sind, worunter auch das Erscheinen zu einem erforderlichen Behandlungstermin zu verstehen ist. Zu begründen ist diese Einschränkung mit der Funktionalität der Patientencompliance. Den vorhandenen Definitionen ist gemeinsam, dass sie zweckmäßig den Erfolg der Behandlung in den Blick nehmen und hierfür auf ein diesem Zweck entsprechendes Verhalten des Patienten abstellen. Da der Behandelnde jedoch primär für sämtliche Handlungen während der Behandlung verantwortlich ist, obliegt dem Patienten die Mitwirkung durch eigene Verhaltensweisen nur dort, wo diese zwingend erforderlich sind, der Behandelnde somit aus vorgegebenen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keinen Einfluss hat.³³ Bei der zeitlich gestreckten Behandlung ist es dem Arzt aufgrund der räumlichen Abwesenheit des Patienten nur eingeschränkt möglich, auf diesen Einfluss zu nehmen. Der Arzt kann die Behandlung nur fort-

²⁹ In diese Richtung geht auch die Aussage eines Sachverständigen in einem Sachverhalt, der einer Entscheidung des OLG Stuttgart zugrunde lag: Von einem der Regel entsprechend informierten Patienten ist eher zu erwarten, dass er sich meldet, als dies bei einem nicht entsprechend informierten Patienten der Fall ist, OLG Stuttgart, VersR 1995, 1353.

³⁰ Ausf. zum Compliancebegriff siehe *Schäfer*, Patientencompliance, S. 13 f.

³¹ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (690); *Schellenberg*, VersR 2005, 1620; *Schäfer*, Patientencompliance, S. 13; *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch 2013, S. 407 f.

³² *Schäfer*, Patientencompliance, S. 13; krit. zum Compliancebegriff *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 22.

³³ Eine weitere Obliegenheit in diesem Sinne ist die Nennung von Vorerkrankungen, aktuellen Leiden, Allergien und sonstigen Beeinträchtigungen, MüKoBGB/*Wagner*, § 630c Rn. 6.

setzen, wenn der Patient den erforderlichen Behandlungstermin wahrnimmt.³⁴ Der wichtigste rechtliche Grund für den mangelnden Einfluss des Behandelnden auf das Verhalten des Patienten während der gesamten Behandlung ist dessen Selbstbestimmungsrecht. Der Patient kann zu jedem Zeitpunkt die Mitwirkung an der Behandlung verweigern oder diese gar gänzlich beenden.³⁵ Die rechtlichen Grundlagen der Patientencompliance sind mittlerweile im Patientenrechtegesetz zu verorten. Dieses sieht in § 630c Abs. 1 BGB die Mitwirkung des Patienten an der Behandlung in Form eines Sollensgebotes vor.³⁶ Die Verletzung des Kooperationsgebotes durch den Patienten löst keine Haftung auf seiner Seite aus, kann jedoch dazu führen, dass es bereits an einem Behandlungsfehler und damit an einer Grundlage für die haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Behandelnden fehlt, soweit der eingetretene Gesundheitsschaden auf die Non-Compliance des Patienten zurückzuführen ist.³⁷ Beispielhaft zu nennen ist ein Fall, bei dem die Haftung eines Arztes für zunächst mangelhaften und anpassungsbedürftigen Zahnersatz verneint worden ist, nachdem der Patient dem vorgeschlagenen Nachbesserungstermin ferngeblieben war.³⁸ Ein Behandlungsfehler wurde ferner verneint, nachdem die Behandelnde die Patientin auf die Erforderlichkeit eines weiteren Untersuchungstermins innerhalb von vier bis sechs Wochen hingewiesen hat, um mit Sicherheit eine gefährliche Erkrankung auszuschließen. Die Patientin stellte sich bei der Behandelnden jedoch erst nach anderthalb Jahren wieder vor, sodass ein bestehendes Mammakarzinom erst zu diesem Zeitpunkt diagnostiziert und die erforderlichen Therapiemaßnahmen mit entsprechender Verzögerung eingeleitet wurden.³⁹ Unterläuft dem Behandelnden hingegen ein Behandlungsfehler, der wegen der Obliegenheitsverletzung des Patienten größere Gesundheitsschäden zeitigt, als dies bei ordnungsgemäßer Kooperation des Patienten der Fall gewesen wäre, oder ein Schaden bei kooperativem Verhalten des Patienten überhaupt nicht eingetreten wäre, besteht die Möglichkeit einer Anspruchskürzung nach § 254 BGB.⁴⁰

E. Begriff der Einbestellungspflicht

Da die zeitliche Streckung einer Behandlung mit Risiken behaftet ist, die auch innerhalb der Sphäre des Behandelnden zu verorten sind, stellt sich die Frage, in welchem Umfang diese Risiken haftungsrechtliche Folgen zeitigen. Wie aufge-

³⁴ BGH, NJW 2012, 860 (861); BayObLG, NJOZ 2005, 2230 (2230 f.).

³⁵ OLG Dresden, NJW-RR 2009, 30 (31); *Schellenberg*, VersR 2007, 1343; MüKoBGB/*Wagner*, § 630c Rn. 7.

³⁶ Zur Entbehrlichkeit dieser Vorschrift vgl. MüKoBGB/*Wagner*, § 630c Rn. 5.

³⁷ MüKoBGB/*Wagner*, § 630c Rn. 7.

³⁸ OLG Dresden, NJW-RR 2009, 30 (31).

³⁹ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907.

⁴⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 21; BGH, NJW 1986, 775.

zeigt wurde, resultieren die Risiken der zeitlich gestreckten Behandlung insbesondere aus dem Umstand, dass Arzt und Patient durch die räumliche Trennung nur eingeschränkt miteinander kommunizieren können. Der Schwerpunkt ärztlicher Pflichten, die aus der zeitlich gestreckten Behandlung resultieren, ist somit auf die Schließung dieser Kommunikationslücke zu richten. Dazu ist zu erörtern, inwieweit der Behandelnde gegenüber dem Patienten verpflichtet ist, diesen bereits während eines Behandlungstermins zum nächsten Termin einzubestellen. Zudem wird untersucht, inwieweit der Arzt zur Einbestellung mit fernkommunikativen Mitteln verpflichtet ist, wenn der Patient der weiteren Behandlung fernbleibt. Diese Pflicht wird nachfolgend als Einbestellungspflicht bezeichnet, ohne dass hieraus ein Schluss auf ihre konkrete formelle oder inhaltliche Ausgestaltung zu ziehen ist.⁴¹ Zweckmäßig ist sie darauf ausgerichtet, dass der Behandelnde dem Patienten die Dringlichkeit der Behandlung verdeutlicht und ihn dadurch zur Wahrnehmung des Behandlungstermins veranlasst. Diese Verpflichtung kann sich sowohl im Stadium der Befunderhebung als auch im Stadium der Therapie ergeben. Ihr Zweck liegt darin, den Erfolg der Behandlung sicherzustellen.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem ersten Kapitel

Medizinische Behandlungen verlaufen im Regelfall zeitlich gestreckt. Dies birgt besondere Risiken, da die zeitliche Zäsur der Behandlung mit dem Risiko einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung einhergeht und der Heilungserfolg oftmals von der rechtzeitigen Fortsetzung der Behandlung abhängt. Verstärkt wird das Risiko der zeitlichen Zäsur durch die mit der räumlichen Zäsur einhergehenden Abwesenheit des Patienten vom Ort der Behandlung, die dadurch bedingte Unterbrechung des Informationsaustausches zwischen Arzt und Patient und dessen Wissens- und Informationsdefizit. Zudem kann eine Behandlung auch zeitlich gestreckt sein, wenn der Patient zu unterschiedlichen Zeitpunkten von verschiedenen Ärzten behandelt wird. In dieser Konstellation besteht das Risiko einer unklaren Behandlungszuständigkeit sowie einer fehlerhaften Übermittlung relevanter Befunde zwischen den Behandelnden sowie gegenüber dem Patienten. Die Fehlerquellen bei der zeitlich gestreckten Behandlung liegen sowohl beim Arzt als auch beim Patienten.

⁴¹ Die formelle und inhaltliche Ausgestaltung wird im vierten Kapitel untersucht.

Kapitel 2

Dogmatische Begründung der ärztlichen Einbestellungspflicht

A. Gegenwärtiger Stand zur Einbestellungspflicht in Rechtsprechung und Wissenschaft

I. Einbestellungspflicht in der Judikatur

Die Existenz einer ärztlichen Einbestellungspflicht ist unbestritten.¹ Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen eine Pflicht der Behandlungsseite zur Einbestellung des Patienten bejaht. Die maßgeblichen Grundsatzentscheidungen des BGH betreffen Fallgestaltungen, in denen die Behandlungsseite nach Beendigung des Behandlungstermins einen Befund auswertet, der auf die Dringlichkeit einer Weiterbehandlung schließen lässt, den Patienten hierüber aber anschließend nicht informiert.² Eine andere Entscheidung betrifft eine Konstellation, in welcher der Patient eine vorgesehene Nachuntersuchung nicht abwartet und das Krankenhaus verlässt, ohne dort zuvor über die Folgen der unterlassenen Weiterbehandlung aufgeklärt worden zu sein.³ Der BGH gelangte auch in diesem Fall zu dem Schluss, dass die Behandlungsseite verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen.⁴ In einem jüngst ergangenen Urteil bejaht der BGH eine Verpflichtung der Behandlungsseite, den Patienten über Kontrollbefunde und medizinisch erforderliche Maßnahmen schriftlich zu informieren.⁵ Dogmatisch verortet der BGH die Pflicht zur Einbestellung des Patienten innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht der Behandlungsseite.⁶ Allerdings existieren auch Entscheidungen, in denen eine ärztliche Einbestellungspflicht aufgrund konkreter Einzelfall-

¹ BGH, NJW 2018, 621; BGH, NJW 1989, 2318; BGH, NJW 1985, 2749; OLG Frankfurt, MedR 1987, 187; OLG Köln, NJW-RR 2001, 92; OLG München, BeckRS 2015, 00127, Rn. 33; OLG Koblenz, BeckRS 2017, 127879; OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753; OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2008, 537 (538); OLG Hamm, BeckRS 2013, 05821; OLG Hamm, GesR 2004, 377 (378); OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356.

² BGH, NJW 1989, 2318; BGH, NJW 1985, 2749.

³ BGH, NJW 2009, 2820; BGH, NJW 1991, 748.

⁴ BGH, NJW 1991, 748 (749).

⁵ BGH, NJW 2018, 621 (623).

⁶ BGH, NJW 1991, 748 (749).

umstände verneint worden ist.⁷ Jedoch wird auch in diesen Entscheidungen die Existenz einer ärztlichen Einbestellungspflicht nicht gänzlich in Frage gestellt.

Festzuhalten bleibt, dass die Existenz einer ärztlichen Einbestellungspflicht innerhalb der Rechtsprechung anerkannt ist und lediglich die dogmatische Verortung, der Umfang und die konkrete Ausgestaltung dieser Pflicht noch nicht herausgearbeitet worden sind.⁸ Ein Blick auf die dargestellte Entscheidungspraxis verdeutlicht, dass sich die Frage einer ärztlichen Einbestellungspflicht meist im Zusammenhang mit der Auswertung auffälliger oder bedrohlicher Befunde stellt und die Existenz sowie der Umfang der ärztlichen Einbestellungspflicht davon abhängen, inwieweit die Behandlungsseite den Patienten bereits während des Behandlungstermins über die Bedeutung der weiteren Behandlung aufgeklärt hat.

II. Einbestellungspflicht in der Literatur

Die Bejahung einer ärztlichen Einbestellungspflicht durch die Judikatur ist im Schrifttum nicht unbemerkt geblieben. Eine erste Erörterung in größerem Umfang findet sich bei Großfuß-Bürk, der die *Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel ärztlicher Hinweise* untersucht und in diesem Zusammenhang auch ärztliche Erinnerungspflichten gegenüber dem Patienten thematisiert. Eine Auseinandersetzung mit den Ansätzen Großfuß-Bürks erfolgt daher im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung an den einschlägigen Stellen. Zusammenfassend ist allerdings bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass Großfuß-Bürk ebenfalls unter bestimmten Voraussetzungen eine ärztliche Einbestellungspflicht bejaht.⁹ Eine weitere Erörterung ärztlicher Informationspflichten bei Unterbrechung des Arzt-Patienten-Kontakts findet sich bei Ankermann.¹⁰ Dieser bezeichnet entsprechende Pflichten bei Unterbrechung des Arzt-Patienten-Kontakts als „Benachrichtigungspflichten des Arztes“ und verortet diese ebenfalls dogmatisch innerhalb der Pflicht des Arztes zur therapeutischen Aufklärung.¹¹ Ankermann nimmt dabei die eingangs erwähnten Grundsatzentscheidungen des BGH zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen und weist zugleich darauf hin, dass die präzise Konturierung ärztlicher Einbestellungspflichten mit Herausforderungen verbunden ist, da sie das Spannungsverhältnis zwischen der Informationsüberlegenheit des Arztes und der Eigenverantwortlichkeit des Patienten bewältigen muss.¹² Bereits zuvor hatte Hoffmanns im Rahmen seiner Untersuchung zu

⁷ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907; OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753; OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096; OLG Hamm, VersR 2005, 837.

⁸ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 14.

⁹ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 41.

¹⁰ *Ankermann*, in: FS für Steffen 1995, S. 1 (7).

¹¹ *Ankermann*, in: FS für Steffen 1995, S. 1 (7).

¹² *Ankermann*, in: FS für Steffen 1995, S. 1 (7).

nachwirkenden Nebenpflichten von Schuldverhältnissen die Frage einer Einbestellungspflicht angesprochen und in Anlehnung an einen Beschluss des OLG Celle¹³ eine Pflicht des Arztes an eine Terminerinnerung verneint, wenn dieser den Patienten bereits während des Behandlungstermins eindringlich darauf hinweist, dass zur Erreichung des Behandlungsziels eine Nachuntersuchung erforderlich ist.¹⁴ Auch in anderen Untersuchungen werden ärztliche Einbestellungspflichten in Anlehnung an die einschlägige Judikatur punktuell aufgegriffen und bejaht.¹⁵ Andere Stimmen wiederum lehnen eine fernkommunikative Einbestellungspflicht ab.¹⁶

Auch in der einschlägigen Kommentarliteratur findet eine Auseinandersetzung mit ärztlichen Einbestellungspflichten statt.¹⁷ Meist beschränken sich die entsprechenden Ausführungen jedoch auf eine Wiedergabe der einschlägigen Judikatur. Eine ausführlichere Erörterung ärztlicher Einbestellungspflichten findet sich bei Spickhoff.¹⁸ Dort wird ebenfalls die Existenz einer ärztlichen Einbestellungspflicht bejaht und lediglich die Reichweite dieser Pflicht dahingehend beschränkt, dass die Behandlungsseite nicht in allen Behandlungsfällen verpflichtet ist, den Patienten an einen erforderlichen Behandlungstermin zu erinnern. Die ärztliche Einbestellungspflicht sei vielmehr auf Fälle unzureichender Voraufklärung über die Folgen eines Behandlungsabbruches oder das Vorliegen nachträglicher Erkenntnisse in Gestalt ausgewerteter Befunde zu beschränken.¹⁹

III. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Existenz einer ärztlichen Einbestellungspflicht in Rechtsprechung und Schrifttum grundsätzlich anerkannt ist. Jedoch sind Umfang, Grenzen und inhaltliche Ausgestaltung der Einbestellungspflicht bislang nicht mit einem dogmatischen Konzept versehen. Dies ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

¹³ OLG Celle, MedR 1984, 233.

¹⁴ Hoffmanns, Nachwirkende Nebenpflichten, S. 78.

¹⁵ Laufs, NJW 1986, 1515 (1519); Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, S. 170.

¹⁶ Conti, Pflichten des Patienten, S. 134; Koyuncu, in: Kirch/Badura, Prävention, S. 135. Der Patient müsse Kontrolltermine einhalten, ohne, dass der Arzt ihn an diese erinnern muss. Im Laufe der Untersuchung wird aufgezeigt, dass diese Feststellung nur unter bestimmten Voraussetzungen getroffen werden kann.

¹⁷ Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB § 6 Rn. 36 f.; Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, StGB § 222 Rn. 32.

¹⁸ Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, StGB § 222 Rn. 32.

¹⁹ Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, StGB § 222 Rn. 32.

B. Dogmatische Verortung der Einbestellungspflicht

I. Einbestellung als Leistungspflicht aus § 630a Abs. 1 BGB

1. Lösung über den Gläubigerverzug nach § 296 S. 1 BGB

Zur Ermittlung der dogmatischen Verortung einer ärztlichen Einbestellungspflicht ist von der zentralen Vorschrift des § 630a Abs. 1 BGB auszugehen. Diese Vorschrift definiert den Behandlungsvertrag, indem sie die vertragstypischen Pflichten der Parteien umreißt.²⁰ Der Wortlaut verpflichtet den Behandelnden „zur Leistung der versprochenen Behandlung“. Zu erörtern ist, ob bei reiner Betrachtung des Wortlautes angenommen werden kann, dass der Behandelnde dazu verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen, wenn dieser einem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt. Klärt der Arzt den Patienten vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit des Behandlungstermins auf, ist die Annahme einer Einbestellungspflicht zu bezweifeln.²¹ In dieser Konstellation haben Behandelnder und Patient die Leistungspflichten im Hinblick auf den Zeitpunkt der weiteren Leistungserbringung durch den Behandelnden konkretisiert, also das Merkmal der „versprochenen Behandlung“ durch Parteivereinbarung ausgefüllt. Arzt und Patient konkretisieren das Tatbestandsmerkmal der „versprochenen Behandlung“, indem sie sich auf einen bestimmten Zeitraum oder Zeitpunkt einigen. Dies kann auch durch eine ausdrückliche Einigung zwischen Arzt und Patient während des Behandlungstermins geschehen. Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist hierbei in erster Linie zu erörtern, inwieweit diese Fallkonstellation über die Vorschriften zum Gläubigerverzug einer Lösung zuführbar ist. Die §§ 293ff. BGB gelten für alle Leistungspflichten, zu deren Erfüllung Mitwirkungshandlungen des Gläubigers erforderlich sind.²² Dies ist beim Behandlungsvertrag der Fall, was auch § 630c Abs. 1 BGB zum Ausdruck bringt. Im Zentrum der verzugsrechtlichen Überlegungen stehen dabei drei Fragen. Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob das Erscheinen des Patienten zum Behandlungstermin als vorzunehmende Mitwirkungshandlung im Sinne des § 296 S. 1 BGB zu qualifizieren ist. Anschließend ist zu erörtern, ob die vollständige Aufklärung über einen erforderlichen Behandlungstermin eine kalendermäßig bestimmte Zeit nach § 296 S. 1 BGB darstellt. In einem dritten Schritt ist zu untersuchen, ob die Einbestellung des Patienten durch den Arzt in dieser Konstellation ein Angebot im Sinne des § 296 S. 1 BGB darstellt. Bejaht man diese Fragen, muss der Arzt dem Patienten nur dann ein Angebot zur Vornahme der erforderlichen Behandlungsleistungen unterbreiten, wenn dieser seine Mitwirkungshandlung vornimmt, also zum Behandlungstermin erscheint. Für die Bejahung einer Einbestellungspflicht

²⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 17; MüKoBGB/Wagner, § 630a Rn. 1.

²¹ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

²² BeckOK BGB/Lorenz, BGB § 293 Rn. 3.

verbleibt dann kein Raum mehr. Auszugehen ist hierbei von der Erkenntnis, dass das geltende Leistungsstörungsrecht von der Nachholbarkeit der Leistung ausgeht und das Bestehen einer absoluten Fixschuld qualifizierungsbedürftig ist.²³ Eine absolute Fixschuld scheidet danach aus, wenn die Leistung in tatsächlicher Hinsicht nachholbar ist „und das Gläubigerinteresse trotz der Verspätung ebenso befriedigt werden kann wie eine zeitgerechte Erbringung der Leistung“.²⁴ Bleibt der Patient daher einem erforderlichen Behandlungstermin fern, führt dies nicht automatisch zum Wegfall der ärztlichen Leistungspflicht.²⁵ Diese besteht hinsichtlich der zu behandelnden Krankheit oder des Beratungsbedarfs fort.²⁶ Der Behandlungsvertrag weist somit keinen Fixschuldcharakter auf, sodass die versprochene Behandlungsleistung mit Ablauf der verabredeten Behandlungszeit nicht unmöglich wird.²⁷ Vielmehr kann der Arzt seine Leistungspflichten ohne Änderung ihres Charakters zu einem späteren Zeitpunkt erbringen.²⁸ Jedoch lässt der grundlegende Fortbestand der ärztlichen Leistungspflicht für sich genommen noch nicht auf eine Einbestellungspflicht schließen. Zu erörtern ist daher, inwieweit über das Institut des Gläubigerverzuges die Verantwortungssphären zwischen Arzt und Patient voneinander abgegrenzt werden können.²⁹

*a) Erscheinen des Patienten beim Arzt
als Handlung nach § 296 S. 1 BGB*

Nach § 296 S. 1 BGB ist der Schuldner nur dann zu einem Angebot verpflichtet, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt, für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Handlung im Sinne dieser Vorschrift ist eine kalendermäßig bestimmte Leistung, die der Gläubiger unterlässt.³⁰ Für die Konstellation einer zeitlich gestreckten Behandlung wird die Auffassung vertreten, dass das Erscheinen des Patienten zu einem vereinbarten Behandlungstermin eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne des § 296 S. 1 BGB darstellt.³¹ Ist ein Behandlungstermin vereinbart, liege grundsätzlich eine nach dem Kalender bestimmte Zeit nach § 296 S. 1 BGB vor.³² Dies habe zur Rechtsfolge, dass ein wörtliches Angebot des Arztes nach § 296 S. 1 BGB entbehrlich sei.³³

²³ Treichel, Zeitweilige Leistungshindernisse, S. 219.

²⁴ Hellfeier, Die Leistungszeit im Arbeitsverhältnis, S. 28.

²⁵ AG Calw, NJW 1994, 3015 (3015).

²⁶ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 31.

²⁷ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 81.

²⁸ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 81.

²⁹ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 20.

³⁰ MüKoBGB/Ernst, BGB § 296 Rn. 1.

³¹ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 20.

³² Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 20; Schinnenburg, MDR 2008, 837 (838).

³³ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 20.

Anhaltspunkte für diese Sichtweise lassen sich auch in der Rechtsprechung des BGH ausmachen. Dieser hat in einer mietrechtlichen Konstellation entschieden, dass ein Mieter, der einen kalendermäßig bestimmten Termin zur Übergabe der Mietsache nicht wahrnimmt, eine Mitwirkungshandlung im Sinne des § 296 S. 1 BGB unterlässt.³⁴ Der Vermieter sei daher nicht dazu verpflichtet, den Mieter zur Wahrnehmung des Übergabetermins aufzufordern.³⁵ Diese Grundsätze sind auf den Fall eines Behandlungstermins übertragbar, da es sich auch hier um ein vertragliches Schuldverhältnis handelt und die erforderliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers – in diesem Falle des Patienten – ebenfalls in der Wahrnehmung eines Termins zum Zwecke der Leistungserfüllung zu sehen ist. Nimmt der Patient den Termin nicht wahr, kann der Arzt seine Leistungspflichten nicht erfüllen.³⁶ Dies geht auch aus einem Urteil des BGH hervor, der die Natur des Behandlungsvertrages dahingehend charakterisiert, „dass sich der Patient am Ort des Krankenhauses zur Behandlung bereit hält und zustimmend mitwirkt, was nicht minder bewertet werden kann als in Betracht kommende einzelne Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Bauwerkvertrag“.³⁷ Das Erscheinen des Patienten zu einem Behandlungstermin stellt daher eine Mitwirkungshandlung im Sinne des § 296 S. 1 BGB dar.

*b) Behandlungstermin als kalendermäßige Bestimmung
nach § 296 Abs. 1 BGB*

Umstritten ist, ob § 296 S. 1 BGB anwendbar ist, wenn der Patient einen Behandlungstermin nicht einhält. Rechtsprechung und Literatur haben sich mit dieser Frage in Fallkonstellationen befasst, bei denen der Arzt gegenüber einem terminsäumigen Patienten einen Vergütungsanspruch geltend gemacht hat. Hierbei wird die Auffassung vertreten, dass eine kalendermäßige Bestimmung im Sinne des § 296 S. 1 BGB mit der Konsequenz des § 296 S. 1 BGB separat vereinbart werden müsse, beispielsweise durch einen Hinweis auf dem Bestellszettel.³⁸ Andernfalls würden Arzt und Patient den Behandlungstermin für verschiebbar halten, insbesondere wenn trotz eines Termins stets längere Wartezeiten auftreten oder ein Termin mehrfach vergeben wird.³⁹ Gegen einen Gläubigerverzug wird angeführt, dass der Patient den Behandlungsvertrag ohnehin jederzeit voraussetzungslos nach § 627 Abs. 1 BGB kündigen kann.⁴⁰ Dem wird entgegnet, dass der Normzweck des § 627 Abs. 1 BGB nicht jede Kündigung erfassen will.⁴¹ Dem-

³⁴ BGH, NJW-RR 1991, 267 (268).

³⁵ BGH, NJW-RR 1991, 267 (268).

³⁶ BGH, NJW 2012, 860 (861).

³⁷ BGH, NJW 2012, 860 (861).

³⁸ Natter, MedR 1985, 258 (259); Göben, Mitverschulden des Patienten, S. 104 f.

³⁹ AG Bremen, NJW-RR 1996, 818 (819).

⁴⁰ LG München II, NJW 1984, 671 (671).

⁴¹ Schinnenburg, MDR 2008, 837 (839).

entsprechend sei § 627 Abs. 1 BGB einschränkend dahingehend auszulegen. Der Patient müsse daher seinen Vertrauensverlust in den Arzt nachweisen.⁴² Diese teleologische Reduktion stößt jedoch auf erhebliche Bedenken. § 627 Abs. 1 BGB setzt beim Behandlungsvertrag keinen Kündigungsgrund voraus.⁴³ Der Gesetzgeber hat ferner MüKo nicht übersehen, dass sich der nach § 627 Abs. 1 BGB zur Kündigung Berechtigte im Einzelfall auch aus anderen Gründen vom Vertrag löst.⁴⁴ Dafür spricht der Schutzzweck des § 627 Abs. 1 BGB, der sich nicht zwingend auf das Vertrauen des Dienstberechtigten in den Dienstverpflichteten beschränkt. Der Wortlaut lässt sich nicht in diese Richtung deuten. Im Zentrum der Vorschrift stehen vielmehr *Dienste*, die auf Grund einer besonderen Vertrauensstellung übertragen werden. Bereits der Charakter dieser Dienste führt dazu, dass der Dienstberechtigte nicht am Vertrag festgehalten werden soll. Im Zentrum der Vorschrift stehen somit nicht personelle, sondern sachbezogene Erwägungen. Allerdings sprechen andere Gründe gegen das angeführte Argument der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des Patienten. Bleibt dieser beispielsweise einem vereinbarten Behandlungstermin fern, bei welchem der Arzt den Patienten über einen bedrohlichen Befund in Kenntnis gesetzt hätte und teilt der Arzt dem Patienten den Befund nach dessen Fernbleiben nicht mit, wird der Patient mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Schadensersatzanspruch auf die fehlende Mitteilung des Befundes stützen, also Leistungspflichten des Arztes trotz seines Fernbleibens geltend machen. Nach ständiger Rechtsprechung bestehen derartige Mitteilungspflichten⁴⁵, sodass eine entsprechende Argumentation des Patienten zumindest mit Blick auf eine ärztliche Pflichtverletzung in aller Regel Erfolg haben wird. Gleichzeitig wird sich ein Patient auf seine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit berufen, wenn der Arzt aufgrund der Terminversäumnis einen Schadensersatzanspruch geltend macht. Somit wird er argumentieren, dass er sich jederzeit von seinen Pflichten gegenüber dem Arzt lösen kann. Dieses Ergebnis befriedigt nicht, da der Patient je nach seiner Interessenlage diametral entgegengesetzte Wertungen innerhalb derselben Vertragsbeziehung anführen kann, um seine Interessen gegenüber dem Arzt zu vertreten. Ferner steht es im Interesse von Arzt und Patient, den vereinbarten Behandlungstermin pünktlich einzuhalten.⁴⁶ Als weiteres Argument wird gegen eine Verortung des Behandlungstermins innerhalb des § 296 S. 1 BGB angeführt, dass „Ärzte und Zahnärzte ihren Patienten nicht selten erhebliche Wartezeiten ohne Ausgleich für entgangenen Verdienst abverlangen“⁴⁷.

⁴² Schinnenburg, MDR 2008, 837 (839).

⁴³ MüKo/Wagner, BGB § 630a Rn. 51, unter Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber § 627 BGB eigens mit Blick auf Behandlungsverträge normiert hat.

⁴⁴ A. A. Natter, MedR 1985, 258 (261).

⁴⁵ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 31; OLG Düsseldorf, BeckRS 2015, 02147; siehe dazu die Ausführungen unter III. 3. c).

⁴⁶ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 21.

⁴⁷ AG Stuttgart, NJW-RR 2007, 1214.

Dieses Argument vermag jedoch ebenfalls nicht zu begründen, weshalb die Vereinbarung eines Behandlungstermins nicht als kalendermäßige Bestimmung im Sinne des § 296 S. 1 BGB zu sehen ist. Eine kalendermäßige Bestimmung der Leistung liegt auch dann vor, wenn für die Erbringung der Leistung eine bestimmte Stunde an einem bestimmten Tag vereinbart wird.⁴⁸ Inwieweit dem Patienten durch die Wartezeit ein ersatzfähiger Schaden entsteht, ist eine Frage des Einzelfalles, ändert jedoch nichts am Charakter eines Behandlungstermins als kalendermäßige Bestimmung.⁴⁹ Die Vereinbarung eines Behandlungstermins stellt daher eine kalendermäßige Bestimmung im Sinne des § 296 S. 1 BGB dar.⁵⁰

c) Einbestellung durch den Arzt als Angebot nach § 296 S. 1 BGB

§ 296 S. 1 BGB lässt eine Einbestellung entbehrlich werden, wenn diese ein Angebot im Sinne dieser Vorschrift darstellt. Die Einbestellung ist eine Aufforderung bzw. Empfehlung an den Patienten, sich zu einem erforderlichen Behandlungstermin beim Arzt vorzustellen, damit dieser die medizinisch notwendigen Behandlungsmaßnahmen vornehmen kann, um den Heilerfolg zu erreichen. Ein Angebot im Sinne der verzugsrechtlichen Vorschriften muss so vorgenommen werden, dass „der Schuldner nur noch zuzugreifen braucht“.⁵¹ Die eigentliche Leistungshandlung besteht beim Behandlungsvertrag in der Vornahme der erforderlichen Behandlungsmaßnahmen. Die Einbestellung könnte vor diesem Hintergrund lediglich als Vorstufe eines Angebots betrachtet werden. Allerdings sieht § 295 S. 2 BGB vor, dass ein Angebot der Leistung einer Aufforderung an den Gläubiger gleichsteht, die erforderliche Handlung vorzunehmen. Überträgt man dies auf § 296 S. 1 BGB und den Fall einer fernkommunikativen Einbestellung, stellt diese eine Aufforderung an den Patienten dar, sich zum erforderlichen Behandlungstermin einzufinden und ist damit eine Aufforderung zur erforderlichen Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 S. 2 BGB. § 296 S. 1 BGB sieht jedoch vor, dass es keines Angebots des Schuldners bedarf, wenn eine kalendermäßige Bestimmung vorliegt. Hat der Behandelnde den Patienten während eines Behandlungstermins vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit eines Behandlungstermins aufgeklärt, muss der Patient sich nur noch zum erforderlichen Behandlungstermin einfinden. Liegen die Voraussetzungen des § 296 S. 1 BGB vor, bedarf es keines wörtlichen Angebots und keiner Aufforderung an den

⁴⁸ MüKoBGB/*Ernst*, BGB § 286 Rn. 59; ähnl. *Wertenbruch*, MedR 1991, 167 (168).

⁴⁹ AG Burgdorf, MedR 1985, 129 sowie AG Köln, ZM 1990, 2228, wonach der Arzt dem Patienten bei einer Behandlungsverzögerung von mehr als 30 Minuten auf Schadensersatz haftet, falls nicht ein Notfall vorliegt oder über die Abweichung von der vereinbarten Behandlungszeit informiert wurde; *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 83.

⁵⁰ *Wertenbruch*, MedR 1991, 167 (168 f.).

⁵¹ BGH, NJW 1984, 1679 (1680).

Gläubiger, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen.⁵² Dementsprechend ist der Arzt nicht verpflichtet, den Patienten an den Behandlungstermin zu erinnern, da dies einer Aufforderung zur Mitwirkungshandlung gleichkommen würde und § 296 S.1 BGB eine solche Aufforderung gerade nicht vorsieht. Erscheint der Patient bei vollständiger Aufklärung nicht zum Behandlungstermin, befindet er sich somit im Verzug, ohne dass es einer Benachrichtigung durch den Arzt bedarf. Allerdings ist zu erörtern, wie es sich auswirkt, wenn der Arzt den Patienten im Behandlungsgespräch darauf hinweist, einen Behandlungstermin zu vereinbaren und der Patient dem nicht nachkommt. Während die Vereinbarung eines Behandlungstermins eine kalendermäßige Bestimmung der Leistung nach § 296 S.1 BGB darstellt, fehlt es ohne Terminvereinbarung an einem entsprechenden Anknüpfungspunkt. Hieraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass der Arzt in diesem Fall aufgrund fehlenden Gläubigerverzuges verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen. Dies würde wertungsmäßig zu unsachgerechten Ergebnissen führen, da der Arzt aufgrund der potentiellen Gefahr eines formalen Versäumnisses des Patienten bei jedem Patienten kontrollieren müsste, ob dieser mit der Sprechstundenhilfe einen Behandlungstermin vereinbart hat, was die Zwecksetzung des § 296 S.1 BGB unterlaufen würde, aber auch mit dem Leitbild vom mündigen Patienten nicht in Einklang steht. Zudem stellt sich die Frage, ob die Grundsätze über den Zugang von Wissenserklärungen anzuwenden sind. Diese dienen dazu, dass der Adressat über ihm unbekannte Tatsachen informiert wird und sein Verhalten entsprechend ausrichten kann.⁵³ Der Hinweis auf das Erfordernis eines Behandlungstermins bezweckt, dass der Patient diesen vereinbart, damit die Behandlung entsprechend der medizinischen Indikation fortgesetzt werden kann. Dieser Hinweis ist daher als Wissenserklärung zu sehen, auf die § 130 Abs.1 BGB analog anzuwenden ist.⁵⁴ Die Gefahr des Verlustes dieser Erklärung, worunter auch ihr Vergessen zu verstehen ist, liegt daher beim Erklärungsempfänger.⁵⁵ Zwar kann in der fehlenden Terminvereinbarung keine Kündigung gesehen werden, da der Patient zu einem späteren Zeitpunkt die Vereinbarung des Termins nachholen kann. Allerdings trifft ihn im Falle einer vollständigen Aufklärung das Risiko für die fehlende Terminvereinbarung. Eine Einbestellungspflicht ist daher auch im Falle einer unterlassenen Terminvereinbarung durch den Patienten zu verneinen, wenn er vollständig über die Bedeutung des Behandlungstermins aufgeklärt worden ist.

⁵² BeckOK BGB/Lorenz, BGB § 295 Rn. 9.

⁵³ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 18.

⁵⁴ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 19; BGH, NJW 1967, 1800 (1802).

⁵⁵ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 19, 34.

*d) Ausschluss des Gläubigerverzugs bei unvollständiger Aufklärung**aa) Dringlichkeit des Behandlungstermins
als medizinisches Expertenwissen*

Die dargestellten Erwägungen zum Gläubigerverzug können nicht auf Fallgestaltungen übertragen werden, bei denen der Arzt den Patienten entgegen seiner Pflicht unvollständig über die Bedeutsamkeit des Behandlungstermins aufklärt⁵⁶ oder nach der Beendigung des Behandlungstermins Befunde ausgewertet werden, die einen Erkrankungsverdacht erhärten oder gar bestätigen, da sich die Informationslage dadurch wesentlich ändert.⁵⁷ Wenn Befunde erhoben werden, kann dem Patienten sich jedoch aufdrängen, dass die Behandlung mit der Erhebung der erforderlichen Befunde noch nicht abgeschlossen ist, sondern diese noch ausgewertet und besprochen werden müssen. Allerdings kann die Kenntnis des Patienten von der ausstehenden Auswertung eines Befundes nicht mit der Dringlichkeit der Weiterbehandlung im Falle eines auffälligen Befundes gleichgesetzt werden. Die Beurteilung der Dringlichkeit medizinischer Maßnahmen erfordert spezifische medizinische Kenntnisse, über die der Patient als medizinischer Laie nicht ohne Weiteres verfügt.⁵⁸ Diese Überlegungen führen zu der Frage, ob eine Einbestellungspflicht aus § 630a Abs. 1 BGB anzunehmen ist, wenn der Behandelnde den Patienten nicht hinreichend über das Erfordernis oder die Dringlichkeit aufgeklärt hat. Zur Beantwortung dieser Frage sind die konkretisierenden Erwägungen des Gesetzgebers zur Leistungspflicht des Behandelnden in den Blick zu nehmen. Diese umfassen „neben der Diagnose die Therapie und damit sämtliche Maßnahmen und Eingriffe am Körper eines Menschen, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen nicht krankhafter Natur zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern“⁵⁹. Befindet sich die Behandlung beispielsweise im diagnostischen Stadium, welches vornehmlich durch Befunderhebungsmaßnahmen geprägt ist, wird das Merkmal der „versprochenen Behandlung“ von den Parteien des Behandlungsvertrages dahingehend konkretisiert, dass der Behandelnde dem Patienten eine dem medizinischen Standard entsprechende Diagnose als Vorstufe einer adäquaten Therapie schuldet. Erfordert die fachgerechte Diagnose und Therapie daher das zeitnahe Erscheinen des Patienten, ist dieses Detailwissen innerhalb der ärztlichen Leistungspflichten zu verorten. Die sachgerechte Diagnose als Grundlage einer erfolgreichen Therapie erfordert in dieser Konstellation, dass der Patient innerhalb

⁵⁶ Beispiele für solche Fallgestaltungen: BGH, MedR 2016, 431 (433); BGH, NJW 2005, 427 (428); BGH, NJW 1989, 2318 (2319); OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93).

⁵⁷ Zur Mitteilungspflicht hinsichtlich neuer Befunde siehe OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 31.

⁵⁸ Sommerfeld, VersR 2018, 1491 (1492).

⁵⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 17. Vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Erwägungen ist die Auffassung nicht gänzlich zutreffend, der Begriff der Behandlung werde nicht näher definiert, so aber Hart, GesR 2012, 385 (386).

eines bestimmten Zeitraumes einen weiteren Behandlungstermin wahrnimmt, was sich als medizinisches Detailwissen darstellt, ohne dessen Kenntnis das vereinbarte Vertragsziel verfehlt werden kann. Konsequenz dieser Überlegungen ist, dass die Pflicht des Behandelnden zur Diagnose und Therapie sich nicht auf die Durchführung der erforderlichen Behandlungsmaßnahmen beschränkt, sondern der Behandelnde auch verpflichtet ist sicherzustellen, dass der Patient die erforderlichen Kenntnisse erlangt, um seine notwendigen Mitwirkungshandlungen zu erbringen. Entscheidend sind in diesem Zusammenhang die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung. Der Gesetzgeber sieht den Zweck der Hauptleistungspflichten des Behandelnden aus § 630a Abs. 1 BGB darin, „Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen nicht krankhafter Natur zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern“⁶⁰. Dies ist die teleologische Zielrichtung des § 630a Abs. 1 BGB.⁶¹ Die Pflichten des Behandelnden im Behandlungsvertrag können daher auch beschrieben werden als die Durchführung von Maßnahmen, die erforderlich sind, um die Gesundheit des Patienten zu schützen. Diese Überlegungen sprechen für das Bestehen einer ärztlichen Einbestellungspflicht, wenn der Arzt den Patienten nicht ausreichend über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt hat. In dieser Konstellation⁶² mangelt es an einer konkretisierenden Vereinbarung zwischen Arzt und Patient über das Merkmal der „versprochenen Behandlung“, wie dies in Konstellationen der Fall ist, in denen der Behandelnde den Patienten vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung unterrichtet. Folge hiervon ist, dass das Merkmal der „versprochenen Behandlung“ bei unzureichender Aufklärung ergänzend unter Zugrundelegung der gesetzgeberischen Zwecksetzung auszulegen ist. Liegen zu bestimmten Fragen keine Vereinbarungen zwischen Arzt und Patient vor, ist vorbehaltlich anderweitiger spezialgesetzlicher Vorschriften das Merkmal der „versprochenen Behandlung“ anhand der gesetzgeberischen Zwecksetzung des § 630a Abs. 1 BGB zu ermitteln. Das dispositive Gesetzesrecht füllt somit die Regelungslücke im Vertrag unter Zugrundelegung der teleologischen Zwecksetzung der Vorschrift.⁶³ Die ärztliche Einbestellungspflicht ist auch geeignet, dieser Zwecksetzung zu entsprechen. Mit

⁶⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁶¹ Konsentiente Abweichungen sind grundsätzlich möglich, wie in § 630a Abs. 2 HS 2 BGB ausdrücklich klargestellt wird.

⁶² Die einzelnen Fallgruppen werden unter B. III. 3. dargestellt.

⁶³ So auch grundlegend die Ausführungen von Cziupka, der unter Hinweis auf Savigny ausführt, dass das dispositive Recht als „gesetzgeberisch antizipierte, ergänzende Vertragsauslegung“ verstanden werden kann und lückenhafte Parteierklärungen ergänzt, Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, S. 72. In diesem Sinne ist das dispositive Gesetzesrecht als Mittel der Zweckmäßigkeit zu sehen, das es den Parteien ermöglicht, im Vertrauen auf eine angemessene Gestaltung der ergänzenden Rechtsnormen eigene Vorsorge aus ökonomischen Gründen zu ersparen, Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, S. 89 f.

der Einbestellung weist der Arzt den Patienten auf das Erfordernis und die Dringlichkeit des Behandlungstermins hin. Es handelt sich somit um eine Maßnahme, die den Behandlungserfolg bezweckt. Zwar ist festzustellen, dass die Einbestellungspflicht nicht unmittelbar auf die Heilung des Patienten gerichtet ist, da sie lediglich die Mitwirkung des Patienten an der Behandlung sicherstellen soll, indem er zum erforderlichen Behandlungstermin erscheint. Allerdings sind auch andere Maßnahmen wie die Diagnose nicht unmittelbar auf die Heilung des Patienten gerichtet, sondern stellen lediglich notwendige Zwischenschritte für die Therapie dar, die sodann eine unmittelbare Heilung des Patienten bezwecken soll. Erforderlich ist somit nicht, dass Maßnahmen im Sinne der Gesetzesbegründung zu § 630a Abs. 1 BGB unmittelbar auf die Heilung des Patienten gerichtet sind. Die Einbestellungspflicht als notwendige Vorbereitungshandlung für therapeutische Behandlungsmaßnahmen ist somit ebenfalls eine Maßnahme im Sinne des § 630a Abs. 1 BGB.

bb) Kein Gläubigerverzug bei Mitverantwortlichkeit des Schuldners

Zu erörtern ist, ob der dargestellte Lösungsansatz auch mit den maßgeblichen verzugsrechtlichen Gesichtspunkten in Einklang steht. Es ist umstritten, ob der Gläubigerverzug auch dann eintritt, wenn der Schuldner für die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers allein- oder mitverantwortlich ist.⁶⁴ Teilweise wird vertreten, dass der Gläubigerverzug auch dann eintritt, wenn das Schuldnerverhalten kausal die unterlassene Gläubigermitwirkung verursacht hat.⁶⁵ Hiergegen wird jedoch ein gewichtiges *argumentum a minori* angeführt.⁶⁶ Nach § 297 BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder nach der gemäß § 296 BGB bestimmten Zeit seinerseits nicht instande ist, seine Leistungspflicht zu erfüllen. In dieser Konstellation ist es somit neben dem Gläubiger auch der Schuldner, dessentwegen die Leistungserbringung scheitert. Wenn aber bereits im Falle einer konkurrierenden Kausalität der Gläubigerverzug nicht eintritt, dann muss dies erst recht gelten, wenn ausschließlich der Schuldner verhindert, dass er die Leistung erbringen kann.⁶⁷ Anhaltspunkte für diese Betrachtungsweise finden sich auch in der Rechtsprechung. Der BGH vertritt in einer werkvertraglichen Konstellation die Auffassung, dass ein Auftragnehmer, der mit seiner Leistung in Schuldnerverzug gerät, wodurch die Leistung nur noch unter Erschwernissen erbracht werden kann, den Auftraggeber mit einem wörtlichen Angebot der Leistung nicht in Verzug setzt, wenn das Angebot ohne Rücksicht auf die vom Auftragnehmer zu vertretenden Erschwernisse erteilt wird.⁶⁸

⁶⁴ Hartmann, Unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, S. 19.

⁶⁵ Wertheimer, JuS 1993, 646 (650 f.).

⁶⁶ Hartmann, Unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, S. 20.

⁶⁷ Hartmann, Unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, S. 20.

⁶⁸ BGH, NJW 1986, 987 (987 f.).

Der BGH begründet dies mit der Erwägung, dass es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt, wenn der Schuldner trotz seines eigenen Verzugs und der damit verbundenen Erschwerenisse seine Leistung ohne Rücksicht auf seine eigene Verantwortlichkeit anbietet, die er für die Erschwerenisse trägt.⁶⁹ Klärt der Arzt den Patienten während eines Behandlungstermins unzureichend über die medizinische Bedeutung und Dringlichkeit des nächsten Behandlungstermins auf, bleibt er ebenfalls hinter seinen Aufklärungspflicht zurück, sodass es unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht sachgerecht erscheint, wenn er sich dann darauf zurückzieht, dass er mit dem Patienten einen Behandlungstermin vereinbart hat und der Patient sich im Gläubigerverzug befindet, wenn er zu dem Termin nicht erscheint. Dies gilt angesichts der dargestellten Erwägungen des BGH erst recht, da im dortigen Fall zumindest für beide Parteien ersichtlich war, welche Erschwerenisse das Verhalten des Schuldners verursacht hat und dieser ein wörtliches Angebot gegenüber dem Gläubiger erteilt hatte. Bei einer unzureichenden Aufklärung über die Bedeutung des nächsten Behandlungstermins fehlt dem Patienten jedoch grundsätzlich die Kenntnis darüber, dass der Behandlungserfolg und damit seine Gesundheit gefährdet werden, wenn er den Termin nicht wahrnimmt. Dies ändert sich erst, wenn der Arzt den Patienten unter Hinweis auf die Bedeutung des Termins einbestellt. Überträgt man diese Ausführungen auf eine unvollständige therapeutische Aufklärung, kann dagegen trotzdem angeführt werden, dass der Kausalitätsbeitrag in einem Unterlassen des Arztes liegt, indem er den Patienten unzureichend aufklärt. Allerdings ist in Analogie zu § 297 BGB auch im Falle der unterlassenen Mitwirkung durch den Schuldner der Gläubigerverzug zu verneinen, wenn der Schuldner für die Mitwirkung rechtlich zuständig, sein kausales Unterlassen somit vertragswidrig, war.⁷⁰ Dies ist im Falle einer unvollständigen therapeutischen Aufklärung der Fall, weil diese bei einer zeitlich gestreckten Behandlung das rechtzeitige Erscheinen des Patienten zum Behandlungstermin bezweckt. Zwar führt eine unvollständige Aufklärung nicht stets quasikausal dazu, dass der Patient vom erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt. Allerdings wendet die Rechtsprechung im Falle einer unterlassenen Einbestellung die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zugunsten des Patienten an.⁷¹ Es wäre unstimmt, die Quasikausalität der unvollständigen therapeutischen Aufklärung für das Fernbleiben des Patienten bei der Schadenszurechnung zu bejahen, diese aber nicht zugleich beim Gläubigerverzug zu unterstellen. Bei unvollständiger Aufklärung über die Bedeutung und Dringlichkeit eines Behandlungstermins tritt daher kein Gläubigerverzug ein, sodass sich der Arzt nicht unter Berufung auf § 297 S. 1 BGB von seiner Einbestellungspflicht entlasten kann.

⁶⁹ BGH, NJW 1986, 987 (988).

⁷⁰ Hartmann, Unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, S. 21.

⁷¹ OLG Hamm, BeckRS 2013, 05821.

e) Fazit

Weist der Arzt den Patienten auf das Erfordernis eines Behandlungstermins hin und klärt ihn zugleich über die medizinische Bedeutsamkeit des Termins auf, liegt eine kalendermäßige Bestimmung nach § 296 S. 1 BGB vor. Erscheint der Patient nicht zu dem Termin, unterlässt er seine erforderliche Mitwirkungshandlung nach § 296 S. 1 BGB, sodass der Arzt nicht verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Arzt den Patienten unvollständig über die medizinische Bedeutung und Dringlichkeit des Behandlungstermins aufklärt. In diesem Fall trägt der Arzt eine Mitverantwortlichkeit dafür, wenn der Patient den Termin nicht wahrnimmt. Der Arzt kann sich in diesem Fall nicht auf § 296 S. 1 BGB stützen, sondern ist dazu verpflichtet, den Patienten zu kontaktieren und unter Hinweis auf die Dringlichkeit des Termins einzubestellen.

2. Lösung über den Leistungsort

Gegen eine Einbestellungspflicht kann angeführt werden, dass der Leistungsort beim Behandlungsvertrag bereits aufgrund der Natur des Schuldverhältnisses nach § 269 Abs. 1 BGB regelmäßig bei der Behandlungsseite liegt und der Arzt somit erst dann seine Leistungspflichten erbringen muss, wenn der Patient bei ihm erscheint, sodass eine entsprechende Mitteilung an den Patienten entbehrlich ist. Die Rechtsprechung geht beim Behandlungsvertrag von einem einheitlichen Leistungsort für alle Vertragspflichten aus.⁷² Als Begründung wird angeführt, dass der Arzt seine Leistungspflicht nur erbringen kann, wenn der Patient zur Behandlung erscheint.⁷³ Allerdings ist die Einbestellungspflicht funktional betrachtet lediglich als Vorstufe der eigentlich geschuldeten Leistungspflicht des Arztes zu sehen, soll also gerade sicherstellen, dass der Arzt seine Leistungspflicht erbringen kann. Bleibt der Patient dem erforderlichen Behandlungstermin jedoch fern, kann der Arzt seine Leistungspflicht nur dann erfüllen, wenn er mit dem Patienten Kontakt aufnimmt und ihn zur weiteren Behandlung einstellt. Es wäre daher vor diesem Hintergrund als Wertungswiderspruch zu deuten, wenn die Leistungspflicht des Arztes bei Fernbleiben des Patienten fortbesteht, er jedoch nicht gleichzeitig verpflichtet ist, organisatorische Kommunikationsmaßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass er seiner Behandlungspflicht nachkommt, zumal diese in ihrem Umfang wesentlich hinter der eigentlich geschuldeten Behandlungsleistung zurückbleiben. Es ist anerkannt, dass den Schuldner aus § 241 Abs. 2 BGB leistungssichernde Nebenpflichten treffen.⁷⁴ Dies muss erst recht gelten, wenn der Schuldner hinter seinen geschuldeten Leistungspflichten

⁷² BGH, NJW 2012, 860 (861).

⁷³ BGH, NJW 2012, 860 (861); BayObLG, NJOZ 2005, 2230 (2230 f.); Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 82.

⁷⁴ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 Rn. 88.

zurückbleibt. In diesem Zusammenhang ist dem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen, dass der Arzt im Falle einer unvollständigen Aufklärung vertragswidrig eine Ursache für das Fernbleiben des Patienten setzt. Die Abwesenheit des Patienten zum erforderlichen Behandlungszeitpunkt ist daher lediglich als zeitweiliges Leistungshindernis zu sehen, da der Arzt die Behandlung nur fortsetzen kann, wenn der Patient am Ort der Behandlung anwesend ist.⁷⁵ Die Regelung des Leistungsortes führt daher nicht zur Verneinung einer Einbestellungspflicht.

3. Lösung über die Kündigung

Im Fernbleiben des Patienten von einem erforderlichen Behandlungstermin kann eine konkludente Kündigung zu erblicken sein, welche die ärztlichen Leistungspflichten erlöschen lässt. Teilweise wird das Fernbleiben des Patienten vom vereinbarten Behandlungstermin als stillschweigende Kündigung erachtet.⁷⁶ Dafür spricht auch, dass der Patient den Behandlungsvertrag jederzeit ohne Voraussetzungen nach § 627 Abs. 1 BGB kündigen kann.⁷⁷ Diese Erwägungen sind jedoch nicht pauschal auf jedes Fernbleiben des Patienten übertragbar. Das bloße Versäumen eines Behandlungstermins kann daher nicht als konkludente Kündigung erblickt werden.⁷⁸ Ein Wille des Patienten zur Beendigung des Behandlungsvertrages kann wegen der vielfältigen Gründe nicht schon dann angenommen werden, wenn er nicht zum erforderlichen Zeitpunkt oder vereinbarten Behandlungstermin beim Arzt erscheint.⁷⁹ Das bloße Fernbleiben bringt den Willen des Patienten zur Vertragsbeendigung nicht hinreichend erkennbar zum Ausdruck.⁸⁰ Sein Fernbleiben kann auch auf Nachlässigkeit⁸¹, subjektives Wohlbefinden, Vergesslichkeit⁸², Unterschätzung⁸³, Optimismus oder ein tatsächliches Abklingen der Beschwerden zurückzuführen sein. Dies wird sogar der Regelfall sein.⁸⁴ Der Behandlungsvertrag findet daher grundsätzlich nur mit Zeitablauf, Zweckerreichung oder einer erklärten Kündigung⁸⁵ sein Ende, wobei eine Been-

⁷⁵ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 150.

⁷⁶ Funke, Privatärztliches Gebührenrecht, S. 122.

⁷⁷ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 31.

⁷⁸ MüKoBGB/Wagner, § 630a Rn. 52.

⁷⁹ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 104.

⁸⁰ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 85; AG Ludwigsburg (18.09.1992 – 4 C 1021/92), unveröffentlicht.

⁸¹ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 35.

⁸² Ankermann führt ebenfalls Nachlässigkeit, subjektives Wohlbefinden und Vergesslichkeit als mögliche Gründe für ein Fernbleiben des Patienten an, s. Ankermann, in: FS Steffen, S. 1 (7 f.); zu Vergesslichkeit ferner Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 3 f.; Schinnenburg, MDR 2008, 837 (839).

⁸³ BGH, NJW 1985, 2749 (2750).

⁸⁴ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 103.

⁸⁵ Eine entsprechende Erklärung des Patienten kann auch mittels Auslegung als Kündigung angesehen werden.

digung des Behandlungsvertrages durch Zeitablauf nur selten vorkommen wird.⁸⁶ Zudem besteht auch die Möglichkeit, dass der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins nicht oder nur unzureichend auf die Erforderlichkeit und Dringlichkeit des Behandlungstermins hingewiesen hat und der Patient aus diesem Grund nicht zum erforderlichen Behandlungstermin erscheint. In dieser Konstellation hat der Arzt schon seine zum vorangegangenen Behandlungstermin bestehenden Leistungspflichten nicht vollständig erbracht. Daher kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Patient den Behandlungsvertrag beenden möchte. In dieser Konstellation kann auch nicht aufgrund des Fernbleibens des Patienten ein Kündigungsrecht des Arztes angenommen werden.⁸⁷ Dasselbe gilt, wenn der Patient während seines Fernbleibens keine Kenntnis von auffälligen Befunden erlangt.

4. Einbestellungspflicht nach Treu und Glauben

Dieses Ergebnis wird auch mit Blick auf § 241 Abs. 2 BGB bestätigt. Danach müssen die Parteien einander diejenigen Informationen zugänglich machen, die die Gegenpartei benötigt, um ihre Leistung zu erfüllen, die Leistung zu erhalten oder den Leistungserfolg in sonstiger Weise zu sichern.⁸⁸ Der Schuldner muss den Gläubiger unterstützen, den Leistungserfolg in möglichst vorteilhafter Weise zu verwirklichen, soweit dem Schuldner daraus keine Nachteile erwachsen.⁸⁹ Zwar ist der deutschen Rechtsordnung eine allgemeine, nicht in besonderen Rechtsgründen verankerte Informationspflicht fremd.⁹⁰ Es gilt stattdessen der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, wonach grundsätzlich jede Vertragspartei selbst ihre eigenen Interessen zu schützen hat.⁹¹ Allerdings sind Auskunftspflichten unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben dann anzunehmen, wenn zwischen den Vertragsparteien ein rechtliches Sonderverhältnis besteht und der Auskunftssuchende über die Existenz oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während es dem Vertragspartner unproblematisch möglich ist, die betreffende Auskunft zu erteilen, was bei medizinischen Sachverhalten im Arzt-Patienten-Verhältnis der Fall ist.⁹² Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert der Auskunftsanspruch, dass der Auskunftsbegehrende ohne Schuld keine Kenntnis über sein Recht oder dessen Umfang hat und der Verpflichtete zugleich unproble-

⁸⁶ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 34.

⁸⁷ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 151.

⁸⁸ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 Rn. 89.

⁸⁹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 Rn. 91.

⁹⁰ BGH, NJW 1981, 1733; Gutmann, in: FS Bergmann, S. 67; Schelling/Warntjen, MedR 2012, 506 (510); Taupitz, NJW 1992, 713 (718); ders., Pflicht zur Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, S. 28.

⁹¹ Taupitz, NJW 1992, 713 (718).

⁹² Gutmann, in: FS Bergmann, S. 67; Schelling/Warntjen, MedR 2012, 506 (510); Lux, GesR 2004, 6 (8).

matisch die entsprechende Auskunft erteilen kann.⁹³ Vorauszusetzen ist, dass die Erteilung der entsprechenden Auskunft zur Befriedigung eines vertraglichen Leistungsinteresses erforderlich ist.⁹⁴ Dies ist unter anderem zu bejahen, wenn mit der betreffenden Information eine gesundheitliche Gefahr abgewendet werden soll.⁹⁵ Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Patient einem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt, da die Einbestellung für den Arzt auf der einen Seite mit einem geringen Verwaltungsaufwand verbunden ist.⁹⁶ Auf der anderen Seite wird mit der Einbestellung sichergestellt, dass der Patient zum erforderlichen Behandlungstermin erscheint und der vereinbarte Leistungserfolg erzielt wird, indem hochrangige Rechtspositionen des Patienten geschützt werden. Die ärztliche Leistungspflicht besteht daher grundsätzlich auch bei Fernbleiben des Patienten fort und der Arzt ist nach wie vor zur sachgerechten medizinischen Versorgung verpflichtet.⁹⁷ Daraus resultiert die Pflicht des Arztes, den Patienten einzubestellen, um die Erbringung seiner Leistungspflicht zu ermöglichen.⁹⁸ Allerdings gelten diese Grundsätze nur, wenn der Auskunftssuchende über die Existenz oder den Umfang seines Rechts *entschuldbar* keine Kenntnis hat.⁹⁹ Eine Einbestellungspflicht aus § 630a Abs. 1 BGB ist daher zu verneinen, wenn der Arzt den Patienten vollständig darüber aufklärt, dass die Behandlung dringlich weiterzuführen ist und ihm die Konsequenzen der Nichtbehandlung deutlich vor Augen führt und zwischenzeitlich keine auffälligen Befunde vorliegen. Der Arzt darf in dieser Situation darauf vertrauen, dass der Patient sich zu einem späteren Zeitpunkt an den ärztlichen Rat halten und zur weiteren Behandlung erscheinen wird.¹⁰⁰ Daher ist der Arzt nicht verpflichtet, einen Fristenkalender zu führen und den Patienten im Falle der Terminversäumnis an den Behandlungstermin zu erinnern.¹⁰¹ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Behandelnde über neue Tatsachenkenntnisse verfügt, die auf den Eintritt einer unvorhersehbaren und schwerwiegenden Gesundheitsgefahr schließen lassen.¹⁰²

⁹³ BGH, NJW 1982, 1807 (1808).

⁹⁴ *Taupitz*, NJW 1992, 713 (714); ähnl. *Prütting*, in: FS für Laufs 2006, S. 1009 (1021 f.).

⁹⁵ *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 67.

⁹⁶ OLG Frankfurt, MedR 1987, 187 (188).

⁹⁷ So auch *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 150.

⁹⁸ Allerdings löst nicht jedes Fernbleiben des Patienten eine ärztliche Einbestellungspflicht aus. Eine Darstellung der einzelnen Fallgruppen erfolgt unter C. III. 3. b).

⁹⁹ BGH, NJW 1982, 1807 (1808).

¹⁰⁰ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 41.

¹⁰¹ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 41; OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909); OLG Celle, MedR 1984, 233.

¹⁰² *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 41.

5. Fazit

Der Arzt ist aus § 630a Abs. 1 BGB dazu verpflichtet, den Patienten zu einem Behandlungstermin einzubestellen. Klärt der Arzt den Patienten jedoch über die Bedeutsamkeit und Dringlichkeit der weiteren Behandlung und den erforderlichen Zeitpunkt des nächsten Behandlungstermins auf, liegt eine kalendarische Bestimmung nach § 296 S.1 BGB vor, sodass der Patient in Verzug gerät, wenn er der weiteren Behandlung fernbleibt. In dieser Konstellation spricht § 296 S.1 BGB gegen eine Einbestellungspflicht. Unterlässt der Patient eine Terminvereinbarung trotz vollständiger Aufklärung, ist ihm die erforderliche Wissenserklärung zugegangen. In diesem Fall trifft ihn das Risiko einer unterlassenen Weiterbehandlung. Anders zu beurteilen ist dies, wenn während der Abwesenheit des Patienten ein auffälliger Befund vorliegt. Ferner gerät der Patient im Falle einer unvollständigen therapeutischen Aufklärung nicht in Verzug, wenn er der weiteren Behandlung fernbleibt. In dieser Konstellation setzt der Arzt schuldhaft die Ursache dafür, dass der Patient der weiteren Behandlung fernbleibt. In diesem Fall ist der Arzt somit bereits während des Behandlungstermins nicht seinen Leistungspflichten nachgekommen und daher zur Einbestellung des Patienten verpflichtet. Ferner stellt das bloße Fernbleiben des Patienten vom Behandlungstermin ohne weitere Anhaltspunkte keine Kündigung des Behandlungsvertrages dar.

II. Einbestellung als Pflicht aus § 630c Abs. 1 BGB

Neben der Zentralnorm des § 630a BGB hat der Gesetzgeber mit dem Patientenrechtegesetz spezielle Vorschriften normiert, welche die Informations- und Aufklärungspflichten des Behandelnden zum Gegenstand haben. Zu erörtern ist, ob § 630c Abs. 1 BGB auch als Pflichtennorm interpretiert werden kann. Diese Vorschrift sieht vor, dass Behandelnder und Patient zur Durchführung der Behandlung zusammenwirken sollen. Die Vorschrift wird in der Literatur teilweise als „blasse Formulierung des Vertrauensverhältnisses, therapeutischen Arbeitsbündnisses oder des shared-decision-making“¹⁰³ kritisiert.¹⁰⁴ Trotz der weichen Formulierung als Sollens-Gebot wird in der Literatur zum Teil die Auffassung vertreten „Abs. 1 verpflichtet Behandelnden und Patienten zum einvernehmlichen Zusammenwirken bei der Behandlung“¹⁰⁵. Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass Abs. 1 echte Rechtspflichten für den Behandelnden statuiert, wäh-

¹⁰³ Hart, GesR 2012, 385 (386).

¹⁰⁴ MüKoBGB/Wagner, § 630c Rn. 5 „Binsenweisheit, die nicht unbedingt in das Gesetz hätte geschrieben werden müssen“; Thurn, MedR 2013, 153 (154) „etwas für Kabarettisten“; Jauernig/Mansel, BGB § 630c Rn. 1. „I hat eher lyrischen Charakter“; positiver Katzenmeier: „Gegen § 630c Abs.1 BGB-RegE ist nichts einzuwenden“, MedR 2012, 576 (580).

¹⁰⁵ HK-BGB/Schreiber, BGB § 630c Rn. 1.

rend er für den Patienten lediglich Obliegenheiten begründet.¹⁰⁶ Dieser Ansatz hält einer reinen Wortlautbetrachtung nicht stand, da der Gesetzgeber, so denn er eine echte Rechtspflicht des Behandelnden normieren wollte, diese auch als solche hätte bezeichnen können, wie er dies bei den anderen Vorschriften des Patientenrechtegesetzes getan hat. Auch innerhalb des § 630c BGB unterscheidet der Gesetzgeber zwischen der Mitwirkung der Parteien und den Pflichten des Behandelnden, indem er dies bereits in der amtlichen Überschrift kenntlich macht. Als Argument für eine echte Rechtspflicht des Behandelnden wird die Informationsasymmetrie zwischen Behandelndem und Patienten angeführt.¹⁰⁷ Diese Erwägung hält allerdings neben einer Betrachtung des Wortlautes auch den Erwägungen des Gesetzgebers nicht stand. Nach dessen Willen statuiert § 630c Abs. 1 BGB „die allgemeine Obliegenheit des Patienten und *des Behandelnden*, zur Durchführung der Behandlung im Rahmen des Behandlungsvertrages einvernehmlich zusammenzuwirken“¹⁰⁸. Der Gesetzgeber hat damit den Charakter der Vorschrift als reine Obliegenheit auch auf den Behandelnden erstreckt. Dieser Erwägung versucht man durch Konstruktion eines systematischen Arguments unter Hinweis auf andere Vorschriften des Patientenrechtegesetzes zu begegnen. So zeige schon § 630d Abs. 1 BGB, dass den Behandelnden die Verpflichtung treffe, die Einwilligung des Patienten einzuholen und dabei Einvernehmen durch „Mitwirkung“¹⁰⁹ herzustellen.¹¹⁰ Auch soweit der Behandelnde etwa im Rahmen der Anamnese wenigstens typische, zu erwartende Befunde im Rahmen des medizinischen Standards zu eruieren habe, handele es sich „eindeutig um Mitwirkung in Gestalt der Erfüllung medizinisch-vertraglicher Pflichten“¹¹¹. Diese Argumentation läuft jedoch darauf hinaus, den Begriff der Mitwirkung mit dem Begriff der Verpflichtung gleichzusetzen und den Sollcharakter der Vorschrift zu übergehen. Eine Begründung für diese Gleichsetzung steht jedoch gerade aus und findet in der Begründung des Gesetzgebers keine Stütze. Dieser weist darauf hin, dass es für die Behandlung „zweckmäßig“ sei, wenn Behandelnder und Patient „die Behandlung effektiv und einvernehmlich unterstützen und die insoweit notwendigen Informationen austauschen, um die medizinisch notwendigen Maßnahmen zu ermöglichen, vorzubereiten oder zu unterstützen“¹¹². Diese Ausführungen geben keine Anhaltspunkte für den Willen des Gesetzgebers zur Statuierung echter Rechtspflichten. Schließlich stößt die Auslegung des § 630c Abs. 1 BGB als

¹⁰⁶ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 5; Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht, BGB § 630c Rn. 6; Palandt/Weidenkaff, § 630c Rn. 1; Spickhoff, VersR 2013, 267 (272); von Bar, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 116.

¹⁰⁷ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 5.

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹⁰⁹ Hervorhebung im Original.

¹¹⁰ Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht, BGB § 630c Rn. 6.

¹¹¹ Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht, BGB § 630c Rn. 6.

¹¹² BT-Drs. 17/10488, S. 21.

Pflichtenorm auch mit Blick auf dessen Unbestimmtheit und generelle Formulierung auf Bedenken. Mangels konkreter Tatbestandsvoraussetzungen lässt sich der Umfang etwaiger Pflichten aus § 630c Abs. 1 BGB nicht präzisieren.¹¹³ Folge hiervon wäre eine uferlose Pflichtenorm. Vorzugswürdig ist es daher, neben den speziellen Pflichten des Behandelnden auf § 630a Abs. 1 BGB abzustellen, da diese Vorschrift mit dem Merkmal der „versprochenen Behandlung“ den Parteien die Möglichkeit zur Disposition über das Pflichtenprogramm des Behandelnden einräumt und eine Informationsasymmetrie durch die grundsätzliche Bindung des Behandelnden an den allgemein anerkannten fachlichen Standard gemäß § 630a Abs. 2 BGB ausgeglichen wird. Die Begründung echter Rechtspflichten für den Behandelnden aus § 630c Abs. 1 BGB unter Hinweis auf die Informationsasymmetrie zwischen Arzt und Patient vermag mit Blick auf den methodischen Sachstand daher nicht zu überzeugen. Festzuhalten bleibt deshalb, dass die Vorschrift lediglich eine Manifestierung der Rechtsgedanken der §§ 242, 254 BGB darstellt und darüber hinaus keine praktische Bedeutung hat.¹¹⁴ § 630c Abs. 1 BGB statuiert daher für den Behandelnden keine einklagbaren Rechtspflichten.¹¹⁵ Mit Blick auf die ärztliche Einbestellungspflicht wird erwogen, dass § 630c Abs. 1 BGB zur Begründung von Pflichten zugrunde gelegt werden kann, soweit die Behandlungsseite durch organisatorische Maßnahmen die Einhaltung von Behandlungsterminen sicherzustellen hat.¹¹⁶ Allerdings wird zugleich eingeräumt, dass es hierfür eines Rückgriffes auf § 630c Abs. 1 BGB nicht bedarf.¹¹⁷ Hat der Arzt mit dem Patienten einen Behandlungstermin vereinbart, ergibt sich die Pflicht zur Behandlung bereits aus § 630a Abs. 1 BGB. § 630c Abs. 1 BGB enthält somit keine Pflichten der Behandlungsseite. Die ärztliche Einbestellungspflicht ist daher nicht in § 630c Abs. 1 BGB zu verorten.

III. Einbestellung als Bestandteil der therapeutischen Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB

1. Zweck und Inhalt der therapeutischen Aufklärung

Betrachtet man die Gesamtheit des ärztlichen Pflichtenkatalogs, erscheint es naheliegend, die Einbestellungspflicht neben § 630a Abs. 1 BGB innerhalb des § 630c Abs. 2 S. 1 zu verorten. Im Gegensatz zu § 630c Abs. 1 BGB normiert

¹¹³ So auch *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281 (283): „Die Norm präzisiert nicht die Art der geschuldeten Mitwirkung.“

¹¹⁴ *Hart*, GesR 2012, 385 (386); *Rehborn*, GesR 2013, 257 (260).

¹¹⁵ BeckOK BGB/*Katzenmeier*, BGB § 630c Rn. 2; *Fiekas*, Die Dokumentation der Behandlung, S. 31 f.

¹¹⁶ *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht, BGB § 630c Rn. 7. Unter Hinweis auf *Jäger*, Rn. 88.

¹¹⁷ *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht, BGB § 630c Rn. 7.

Abs. 2 S. 1 mit der therapeutischen Aufklärungspflicht echte Rechtspflichten des Behandelnden und bezeichnet diese als Informationspflichten. Mit ihnen soll die Gesundheit des Patienten geschützt werden.¹¹⁸ Sie sind daher ein wesentlicher Bestandteil der medizinischen Behandlung und verpflichten den Arzt, alles in seinen Kräften Stehende zu unternehmen, um den Patienten vor gesundheitlichen Gefahren zu schützen.¹¹⁹ Die Informationspflichten umfassen insbesondere Schutz- und Warnhinweise, um sicherzustellen, dass der Patient bei der Behandlung mitwirkt und sich nicht selbst gefährdet.¹²⁰ An den Umfang und die Intensität der therapeutischen Aufklärung sind strenge Anforderungen zu stellen, wenn sie sich mit geringem Aufwand erfüllen lässt und dem Patienten auf der anderen Seite erhebliche Gesundheitsgefahren drohen, sofern sich das mit der Behandlung verbundene Risiko verwirklicht.¹²¹ Ärztliche Versäumnisse im Bereich der therapeutischen Aufklärung stellen Behandlungsfehler dar.¹²² Der Gesetzgeber beabsichtigt mit der Normierung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB eine identische Fortgeltung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze.¹²³ Neben dem Wortlaut ist für die Interpretation der Vorschrift die teleologische Zielsetzung entscheidend, die der Gesetzgeber in der Sicherung des Heilungserfolges sieht.¹²⁴ Die Einzelfallabhängigkeit entsprechender Informationspflichten darf nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Anknüpfung an den Heilungserfolg eine Zwecksetzung der Vorschrift vorgegeben hat. Zwar kann eingewendet werden, dass der Begriff des Heilungserfolges nicht präzise genug ist, um die Zwecksetzung des Behandlungsvertrages zu bestimmen. Dies ist jedoch mit einem systematischen Blick auf § 630a Abs. 1 BGB zu widerlegen. Das Merkmal der *versprochenen Behandlung* bietet den Parteien die Möglichkeit, einen Heilungserfolg zu vereinbaren. Bei einer näheren Betrachtung ist § 630c Abs. 2 S. 1 BGB daher mit dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des *vereinbarten* Heilungserfolges zu präzisieren. Fehlt es an einem ausdrücklich oder konkludent vereinbarten Heilungserfolg, entfaltet § 630a Abs. 1 BGB lückenfüllende Funktion mit der Maßgabe, dass die bereits angeführte teleologische Zwecksetzung Platz greift. Unter Heilungserfolg ist daher die Vermeidung, Beseitigung und Linderung von Gesundheitsschäden zu verstehen, wobei mangels anderweitiger Vereinbarungen nach § 630a Abs. 2 BGB der allgemein anerkannte fachliche Standard anzuwenden ist. Hinzuweisen ist

¹¹⁸ Laufs/*Katzenmeier*/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 17.

¹¹⁹ BGH, NJW 1994, 3012; BGH, VersR 1960, 416.

¹²⁰ BGH, NJW 2004, 3703 (3704); Laufs/*Katzenmeier*/Lipp, *Arztrecht*, Kap. V Rn. 17.

¹²¹ OLG Köln, BeckRS 1995, 06529. Pflicht zum Hinweis auf möglichen Kreislaufkollaps nach Medikamentenvergabe.

¹²² BGH, NJW 2008, 2846 (2849); BGH, NJW 2005, 427 (428); BGH, NJW 2004, 3703 (3704).

¹²³ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹²⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

ferner darauf, dass die in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB normierten Informationen lediglich beispielhaft genannt und nicht abschließend zu verstehen sind.¹²⁵

2. Einbestellungspflicht nach dem Wortlaut

Mit Blick auf den Wortlaut und die gesetzgeberische Zwecksetzung erscheint die Verankerung ärztlicher Einbestellungspflichten in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB vorzugswürdig. Der Wortlaut macht deutlich, dass die therapeutische Aufklärungspflicht sich auf die Behandlung des Patienten von ihrem Beginn bis zu ihrem Ende erstreckt.¹²⁶ Allerdings geht hieraus nicht hervor, ob Zeitintervalle außerhalb höchstpersönlicher Behandlungstermine vom Begriff der Behandlung erfasst sind. Vor diesem Hintergrund könnten unter dem Begriff der Behandlung lediglich solche Zeiträume zu verstehen sein, in denen der Patient sich im räumlichen Einwirkungsbereich der Behandlungsseite befindet. Eine Ausdehnung des Begriffes der Behandlung auf Zeiträume, in denen der Patient sich nicht am Ort der Behandlung befindet, könnte vor diesem Hintergrund eine Überdehnung des Behandlungsbegriffes nach sich ziehen, mit der Folge, dass der Verantwortungsbereich des Behandelnden übermäßig erweitert wird. Allerdings bezieht sich § 630c Abs. 2 S. 1 BGB lediglich auf die Informationspflichten des Behandelnden und nicht auf die Durchführung der erforderlichen Behandlungsmaßnahmen. Mehr als eine Pflicht zur Aufklärung des Patienten lässt § 630c Abs. 2 S. 1 BGB aufgrund seiner eindeutigen Beschränkung auf Informationspflichten damit ohnehin nicht zu. Der Wortlaut der Vorschrift, der lediglich vom Beginn und Verlauf der Behandlung spricht, lässt daher keine eindeutige Aussage darüber zu, ob der Verlauf der Behandlung auch Zeiträume erfasst, in denen der Patient sich nicht am Ort der Behandlung befindet.

3. Einbestellungspflicht nach Fallgruppen

Mit Blick auf den teleologischen Hintergrund kann § 630c Abs. 2 S. 1 BGB dahingehend auszulegen sein, dass der Begriff der Behandlung auch Zeiträume außerhalb höchstpersönlicher Behandlungstermine erfasst. Die Erörterung dieser Frage muss fallgruppenspezifisch erfolgen. Zu begründen ist dies mit dem Umstand, dass eine ärztliche Einbestellungspflicht nicht in sämtlichen Fällen angenommen werden kann, in denen der Arzt-Patienten-Kontakt für eine gewisse Zeitspanne unterbrochen wird, da der Arzt andernfalls in die Rolle eines dauerhaften Aufpassers gerät¹²⁷, was mit dem Patientenleitbild des Gesetzgebers nicht in Einklang gebracht werden kann, der sich in der Gesetzesbegründung am mün-

¹²⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹²⁶ MüKoBGB/Wagner, § 630c Rn. 16.

¹²⁷ Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB § 6 Rn. 37; OLG München, NJW-RR 1995, 85 (86), unter Hinweis auf Laufs.

digen Patienten orientiert.¹²⁸ Zudem würde eine solch umfassende Einbestellungspflicht die Anforderungen an den Arzt überspannen.¹²⁹ Die Bildung der Fallgruppen orientiert sich an zwei Parametern, die sich wesentlich auf die Ermittlung der Frage auswirken, ob auch außerhalb höchstpersönlicher Behandlungstermine eine ärztliche Einbestellungspflicht zu bejahen ist. Beim ersten Parameter handelt es sich um die Aufklärungsvollständigkeit während der letzten Konsultation, die der Unterbrechung der Behandlung vorausgeht.¹³⁰ Beim zweiten Parameter handelt es sich um die Frage, ob während der Abwesenheit des Patienten Befunde ausgewertet werden und dem Behandelnden dadurch neue Erkenntnisse über den Gesundheitszustand des Patienten vorliegen, aus denen sich das Erfordernis und gegebenenfalls die Dringlichkeit der Weiterbehandlung ergeben. Vor dem Hintergrund der Parameter Aufklärungsvollständigkeit und Befunderhebung lassen sich vier Fallgruppen bilden, die bereits Gegenstand judikativer Entscheidungsfindung waren.

*a) Fallgruppe 1: Unvollständige Aufklärung
bei letzter Konsultation mit Befunderhebung*

Die erste Fallgruppe bezeichnet Konstellationen, in denen die Behandlungsseite beim Patienten einen Befund erhoben hat, der noch auszuwerten ist, den Patienten während des Behandlungstermins jedoch nicht ausreichend über die behandlungserheblichen Umstände im Sinne des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB namentlich über die Dringlichkeit der weiteren Behandlung aufgeklärt hat. Bleibt der Patient dem Behandlungstermin fern und deutet der ausgewertete Befund auf eine schwerwiegende Erkrankung hin, die eine zeitnahe Therapie erfordert, ist die Frage aufzuwerfen, ob der Behandelnde aufgrund der Voraussetzung „*soweit erforderlich*“ verpflichtet ist, den Patienten über die behandlungsrelevanten Umstände in Kenntnis zu setzen. Im dargestellten Beispielfall kann der Arzt demnach verpflichtet sein, den Patienten einzubestellen, da dies für den Heilungserfolg erforderlich ist. Allerdings kann die Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit im Falle einer zeitlich gestreckten Behandlung auch dahingehend auszulegen sein, dass der Behandelnde nur dann verpflichtet ist, dem Patienten die behandlungserheblichen Informationen mitzuteilen, wenn dieser auch bei der Behandlung erscheint. Diese Auslegung würde jedoch der Zwecksetzung der Informationspflichten, welche ausweislich der genannten Gesetzesbegründung in der Sicherung des Heilungserfolges besteht, zuwiderlaufen. Dies gilt zu-

¹²⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 1.

¹²⁹ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909).

¹³⁰ So auch Laufs, der den Umfang entsprechender Hinweispflichten ebenfalls von der letzten Konsultation abhängig macht: „Wann der Arzt seinen Patienten zu bestimmten Schritten aufzufordern, zurückzurufen, zu warnen hat, ergibt sich aus dem Behandlungsvertrag und der letzten Konsultation. Sie legen fest, worauf der Kranke in seiner Eigenart vertrauen darf.“ Laufs, NJW 1986, 1515 (1519).

mindest für die dargestellte Konstellation, in welcher der Arzt den Patienten während eines Behandlungstermins nicht ausreichend über das Erfordernis und die Dringlichkeit künftiger Behandlungstermine sowie die Folgen der unterbleibenden Weiterbehandlung aufklärt hat, wozu er jedoch verpflichtet ist.¹³¹ Klärt der Arzt den Patienten über solche Umstände nicht auf, ist es erforderlich, ihn durch eine fernmündliche oder schriftliche Kontaktierung auf diese Umstände hinzuweisen, damit er an der Behandlung mitwirken kann. Die Behandlungsseite hat dem Patienten in dieser Konstellation nicht die erforderlichen Informationen mitgeteilt, die es ihm ermöglichen, die Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit durch einen mangelfreien Entschluss selbstbestimmt zu gestalten. Dem Patienten fehlt in dieser Fallgruppe die Informationsgrundlage, um selbstbestimmt den Entschluss zu fassen, ob er weitere Informationen über seine Diagnose und die erhobenen Befunde als erforderlich erachtet. Damit ist die Voraussetzung der Erforderlichkeit im Falle einer unzureichenden Aufklärung im Behandlungstermin ausschließlich im Hinblick auf den medizinischen Heilungserfolg zu interpretieren, also objektiv zu bestimmen. Dieses Auslegungsergebnis wird auch mit Blick auf die weiteren Erwägungen des Gesetzgebers zu § 630c Abs. 2 S. 1 BGB bestätigt. So soll der Patient durch die therapeutische Aufklärung „auch nach der Therapie über alle Umstände informiert sein, die für sein eigenes therapiegerechtes Verhalten und zur Vermeidung einer möglichen Selbstgefährdung erforderlich sind“¹³². Die Vermeidung einer Selbstgefährdung setzt jedoch auch während des diagnostischen und therapeutischen Stadiums voraus, dass der Patient über die entsprechenden Umstände informiert ist, die ihn zu einem therapiegerechten Verhalten anhalten. Dieses Erfordernis kann sich auch dann ergeben, wenn der Patient sich nicht im unmittelbaren räumlichen Einwirkungsbereich der Behandlungsseite befindet. In diesem Fall ist der Patient bereits im diagnostischen Stadium auf eine umfassende oder zumindest eindringliche therapeutische Aufklärung durch den Arzt angewiesen. Dies gilt insbesondere, wenn Befunderhebungen unauffällig bleiben und dadurch selbst auf der Behandlungsseite das Risiko besteht, das Erfordernis weiterer Befunderhebungen zu übersehen. *A fortiori* ist der Patient daher auch während der Diagnose und Therapie zum Zwecke der Selbstgefährdung über die behandlungserheblichen Umstände zu unterrichten, wozu auch das Erfordernis weiterer Behandlungstermine gehört. Wird der Patient hierüber während des Behandlungstermins nicht unterrichtet und bleibt künftigen Terminen fern, entsteht dadurch zugleich die Verpflichtung der Behandlungsseite, den Patienten einzubestellen. Dieses Ergebnis deckt sich zudem mit der exemplarischen Aufzählung des Gesetzgebers, der als mitteilungspflichtige Informationen unter anderem „mögliche Untersuchungen“ sowie die „Notwendigkeit von Befunderhebungen“ auflistet.¹³³ Versäumt es der Arzt, den Patienten auf

¹³¹ MüKoBGB/Wagner, § 630c Rn. 16; BGH, NJW 2016, 563 (564).

¹³² BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹³³ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

diese Umstände während des Behandlungstermins hinzuweisen, bleiben diese trotzdem für den Heilungserfolg wesentlich. In diesen Fällen ist es unter Zugrundelegung dieser Zwecksetzung im Sinne des Wortlauts *erforderlich*, dass der Behandelnde den Patienten auf diese Umstände im Falle seines Fernbleibens durch fernkommunikative Mittel hinweist, ihn also einbestellt. Verneint man in diesem Fall eine Einbestellungspflicht, hätte dies zur Folge, dass der Arzt beliebig über den Umfang seiner Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB disponieren kann. Er könnte sich stets darauf berufen, dass er den Patienten nur während des Behandlungstermins nicht auf das Erfordernis der Weiterbehandlung hingewiesen hat und seine Pflicht sich auf den Zeitpunkt persönlicher Behandlungstermine erstreckt. Folge dieser Auslegung wäre es, dass der Arzt selbst bei Vorliegen ausgewerteter und auffälliger Befunde lediglich aufgrund einer Verletzung der Informationspflichten während des Behandlungstermins in Anspruch genommen werden kann. Würde beispielsweise nach dem Behandlungstermin ein auffälliger Befund auf eine schwerwiegende Erkrankung hindeuten, würde diese Erkenntnis nicht Anknüpfungspunkt für die Frage einer Pflichtverletzung des Behandelnden sein, da sich seine Informationspflichten auf den Zeitpunkt des Behandlungstermins beschränken und der Befund zu diesem Zeitpunkt zwar erhoben, aber nicht ausgewertet war. Dies ist zum einen mit dem Gedanken eines Ausgleichs der Informationsasymmetrie nicht in Einklang zu bringen, zumal die Behandlungsseite in den Fällen auffälliger Befunde über einen allgemeinen Wissensvorsprung hinaus einen konkreten Informationsvorsprung betreffend den gesundheitlichen Zustand des Patienten hat. Konsequenz einer solchen Auslegung wäre daher im Ergebnis ein Verwertungsverbot betreffend die Kenntnis der Behandlungsseite um die ausgewerteten Befunde, die erst nach dem Behandlungstermin, also während der Abwesenheit des Patienten, vorliegen. Zu konzedieren ist, dass auf den ersten Blick im Ergebnis bei der Frage einer Pflichtverletzung aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB nahezu keine Unterschiede bestünden, da bei einem Abstellen auf die Informationspflichtverletzung während des Behandlungstermins die Kenntnis des Behandelnden um die Möglichkeit etwaiger schwerwiegender Befunde zu berücksichtigen ist. Besteht etwa ein Krebsverdacht, der durch die Befunderhebung bestätigt wird, ist der Behandelnde bereits während des Behandlungstermins verpflichtet, den Patienten auf die Dringlichkeit der Befundbesprechung hinzuweisen. Die Möglichkeit eines Krebsbefundes wird daher unproblematisch bei der Frage berücksichtigt, ob der Behandelnde während des Behandlungsgesprächs seine Informationspflichten verletzt hat. Konkrete Unterschiede können allerdings bei der Frage entstehen, ob die Verletzung der Informationspflichten einen groben Behandlungsfehler darstellt. Die Kenntnis des Behandelnden von der *Möglichkeit* eines schwerwiegenden Befundes wiegt nicht genauso schwer wie die sichere Erkenntnis um die Bestätigung des Befundes und kann sich daher bei der richterlichen Bewertung der Schwere des Behandlungsfehlers auswirken. Darüber hinaus können nach der Rechtsprechung mehrere, für

sich einzeln betrachtet nicht grobe Behandlungsfehler in der Zusammenschau als grober Behandlungsfehler zu bewerten sein.¹³⁴

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Behandelnde mit Blick auf den Zweck des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB bei unzureichender Aufklärung während des Behandlungstermins und dem Vorliegen ausgewerteter Befunde zur Einbestellung des Patienten verpflichtet ist.

*b) Fallgruppe 2: Unvollständige Aufklärung
bei letzter Konsultation ohne Befunderhebung*

Das genannte Ergebnis kann allerdings nicht ohne Weiteres auf andere Konstellationen übertragen werden, in denen der Arzt den Patienten nicht ausreichend über die behandlungserheblichen Umstände gemäß § 630c Abs. 2 S. 1 BGB informiert hat. Denkbar sind auch Fälle, in denen das Erfordernis einer Kontrolluntersuchung besteht, der Behandelnde aber die erforderlichen Befunde bereits während des Behandlungstermins ausgewertet hat. Diese Fallgruppe unterscheidet sich von der zuvor dargestellten dadurch, dass der Arzt nach der Beendigung des Behandlungstermins keine neuen Erkenntnisse in Gestalt ausgewerteter Befunde über den Gesundheitszustand des Patienten gewinnt. Diese müssen erst im Rahmen einer Kontrolluntersuchung gewonnen werden, auf deren Erfordernis der Patient allerdings nicht oder nicht mit der erforderlichen Dringlichkeit hingewiesen wird. In dieser Konstellation kann gegen eine Einbestellungspflicht somit angeführt werden, dass die Behandlungsseite keine neuen Erkenntnisse hat, die Anlass für eine Einbestellung des Patienten geben. Dadurch wird in dieser Konstellation der Begriff der Behandlung nicht auf Zeiträume erstreckt, in denen der Patient sich nicht am Ort der Behandlung befindet. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die Aufklärung in dieser Fallkonstellation fehlerhaft ist, die Behandlungsseite somit gegen ihre Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen hat, indem ein Hinweis auf das Erfordernis und die Dringlichkeit einer weiteren Kontrolluntersuchung unterbleibt. Geht man vom Zweck der Vorschrift aus, liegt eine Einbestellungspflicht in diesem Fall nahe. Gegen eine Einbestellungspflicht in dieser Fallgruppe kann zwar angeführt werden, dass sie zu einer übermäßigen organisatorischen Belastung der Behandlungsseite führen kann¹³⁵, da diese nicht bei jedem Patienten die Unvollständigkeit der Aufklärung vor Augen hat, nachdem der Behandlungstermin beendet ist. Allerdings ist eine solche Argumentation mit der Wertung des § 630f Abs. 2 BGB nicht in Einklang zu bringen. Danach ist der Behandelnde verpflichtet, sämtliche behandlungsrelevanten Umstände in der Patientenakte zu dokumentieren, worunter auch der Hinweis an den Patienten auf das Erfordernis und die Dringlichkeit einer Kontroll-

¹³⁴ OLG Hamm, BeckRS 2015, 19022, Rn. 38; Huster/Kaltenborn/Gaidzik/Weimer, Krankenhausrecht, § 15 Rn. 99.

¹³⁵ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909).

untersuchung zu fassen ist.¹³⁶ Unterlässt der Behandelnde die Dokumentation, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat. Der Behandelnde hat somit ein eigenes Interesse an der Dokumentation des Aufklärungsgesprächs. Die Dokumentationspflicht dient nach dem Willen des Gesetzgebers „in erster Linie dem Zweck, durch die Aufzeichnung des Behandlungsgeschehens eine sachgerechte therapeutische Behandlung und Weiterbehandlung zu gewährleisten“¹³⁷. Dies ist insbesondere erforderlich, wenn sich die Behandlung über mehrere Termine erstreckt.¹³⁸ Das Argument einer ärztlichen Überforderung kann daher jedenfalls nicht damit begründet werden, dass die Unvollständigkeit des Aufklärungsgesprächs nicht dokumentiert wird, da der Gesetzgeber mit der Normierung der Dokumentationspflicht und insbesondere mit einer Sanktionierung ihrer Verletzung diese Praxis gerade verhindern möchte. Eine solche Praxis kann daher nicht als entlastendes Argument für die Behandlungsseite herangezogen werden. Der Wille des Gesetzgebers, dass der Arzt den Patienten stetig informieren soll, wird auch deutlich, wenn man die Fehleroffenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB betrachtet. Ungeachtet der noch abzuklärenden Frage, ob die Fehleroffenbarungspflicht den Behandelnden auch dazu verpflichtet, den Patienten einzubestellen, lässt diese Vorschrift erkennbar werden, dass auch im Falle eines Aufklärungsfehlers der Schutz der Gesundheit des Patienten im Zentrum der Informationspflicht steht. Der Behandelnde hat den Patienten entweder „auf Nachfrage oder zur *Abwendung gesundheitlicher Gefahren* zu informieren“. Verneint man nun bei unvollständiger Erstaufklärung eine Einbestellungspflicht, folgen sichtbare Wertungswidersprüche. Während § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB sich auf die Umstände bezieht, die einen Behandlungsfehler begründen können, der bereits gesundheitliche Schäden beim Patienten verursacht haben kann, zielt die Einbestellungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB darauf, Gesundheitsschäden zu verhindern, sie also erst gar nicht eintreten zu lassen. Eine Verneinung ärztlicher Einbestellungspflichten bei fehlerhafter Erstaufklärung kann somit dazu führen, dass das Interesse des Patienten an der Erkenntnis über bereits eingetretene Fehler höher gewichtet wird als der präventive Schutz seiner Rechtspositionen durch eine ärztliche Einbestellung. Der Gesetzgeber räumt dem Gesundheitsschutz jedoch im Rahmen der therapeutischen Aufklärungspflicht einen hohen Rang ein.¹³⁹ Dieser präventiven Zielsetzung läuft es zuwider, wenn sich die Pflichten des Behandelnden auf persönliche Behandlungstermine beschränken, soweit auch außerhalb des Behandlungstermins Gesundheitsrisiken bestehen, der

¹³⁶ OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1054; a.A. OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816, Rn. 14; OLG München, BeckRS 2011, 12873. Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 6 E. V.

¹³⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

¹³⁸ Fiekas, Die Dokumentation der Behandlung, S. 76.

¹³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 53.

Arzt den Patienten fehlerhaft nicht über diese unterrichtet und dadurch quasiauslösend zum Fernbleiben des Patienten beiträgt.

*c) Fallgruppe 3: Vollständige Aufklärung
bei letzter Konsultation mit Befunderhebung*

Eine weitere Fallgruppe zeichnet sich dadurch aus, dass der Behandelnde seine Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB während des Behandlungstermins vollständig erfüllt, indem er den Patienten auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Kontrolluntersuchung hinweist und die nach dem Behandlungstermin ausgewerteten Befunde auf eine gesundheitliche Bedrohungslage schließen lassen, den Patienten hierüber jedoch nicht informiert. Die überwiegende Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass der Arzt verpflichtet ist, den Patienten im Falle eines auffälligen Befundes selbst dann einzubestellen oder ihn zumindest über den Befund zu unterrichten, wenn er ihn zuvor darauf hingewiesen hat, das Ergebnis der Befunderhebung abzufragen.¹⁴⁰ Es stellt sich die Frage, inwieweit dieses Ergebnis einer kritischen Betrachtung standhält. Gegen eine Einbestellungspflicht lässt sich maßgeblich anführen, dass der Arzt in dieser Konstellation seiner therapeutischen Aufklärungspflicht während des Behandlungstermins vollständig nachkommt, indem er den Patienten auf die Bedeutung der Befunderhebung hinweist. Wortlaut und Zwecksetzung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB ermöglichen es zwar, den Begriff der Behandlung auch auf Zeiträume zu erstrecken, in denen der Patient sich nicht in einer medizinischen Einrichtung befindet. Allerdings hat der Arzt bei vollständiger Aufklärung den Patienten über die behandlungserheblichen Umstände im Sinne des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB informiert und kann sich in diesem Fall darauf stützen, dass es mit Blick auf den Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB nicht mehr *erforderlich* ist, den Patienten zur medizinisch erforderlichen Kontrolluntersuchung einzubestellen. Die medizinisch relevanten Informationen hat der Arzt dem Patienten schon während des Behandlungstermins mitgeteilt. Ein Mehr an Information ist daher auf den ersten Blick nicht mehr möglich. Allerdings führen die Ergebnisse der Befunderhebung, soweit diese erst nach dem Behandlungstermin in ausgewerteter Form vorliegen, in bestimmten Fällen zu einer neuen Erkenntnislage.¹⁴¹ Die Ergebnisse der Befunderhebung stellen behandlungswesentliche Umstände im Sinne des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB dar, während zum Zeitpunkt des Behandlungstermins lediglich eine Prognose auf unsicherer Tatsachengrundlage möglich

¹⁴⁰ BGH, NJW 2018, 3382 (3383); BGH, NJW 1985, 2749 (2750); OLG Düsseldorf, BeckRS 2015, 02147; OLG Hamm, BeckRS 2013, 05821; a.A. OLG Karlsruhe, BeckRS 2020, 3231, Rn. 33, das eine Befundmitteilungspflicht verneint, allerdings hatte der Arzt die Patientin gefragt, ob diese eine Kopie des Befundberichtes erhalten möchte, was diese verneinte.

¹⁴¹ BGH, NJW 1985, 2749 (2750); OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 31.

war. Dies bedeutet ein Gewinn an entscheidungserheblicher Information, da sich der Grad der Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung dadurch mindestens erhöht und in einigen Fällen das Befundergebnis sogar einen sicheren Rückschluss auf eine Erkrankung zulässt. Auffällige Befunde begründen daher auch im Falle einer vollständigen Aufklärung stets eine aktualisierte Sachlage. Bleibt der Patient dem Behandlungstermin fern oder sagt diesen gar ab, lässt dies zudem nicht ohne Weiteres den Schluss zu, dass er die weitere Diagnostik oder Therapie gänzlich verweigert, wenn er Kenntnis vom Ergebnis der Befunderhebung erlangen würde.¹⁴² Sein Fernbleiben kann auch auf Nachlässigkeit, subjektives Wohlbefinden, Vergesslichkeit¹⁴³, Unterschätzung¹⁴⁴, Optimismus oder ein tatsächliches Abklingen der Beschwerden zurückzuführen sein. Liegen dem Arzt somit Befunde oder gar eine Diagnose vor, die eine Besprechung mit dem Patienten und dessen Weiterbehandlung medizinisch indizieren, liegt es nahe, dass eine Pflicht besteht, den Patienten hierüber unverzüglich in Kenntnis zu setzen, also bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem ihm die betreffenden Informationen über die weitere Erforderlichkeit der Weiterbehandlung vorliegen.¹⁴⁵ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH. Dieser weist darauf hin, dass der Arzt den Patienten auch nach Beendigung des Behandlungsvertrages über bedrohliche Befunde informieren muss.¹⁴⁶ Nach der Rechtsprechung muss der Arzt bei veränderter Befund- und Verdachtslage auch im Falle einer zunächst vollständigen Aufklärung diese später ergänzen, wenn nach dem Aufklärungsgespräch neue Befunde vorliegen, aus denen eine geänderte Diagnoselage resultiert und der Patient in Unkenntnis dieser geänderten Sachlage von einer weiteren Diagnostik Abstand nimmt.¹⁴⁷ Bei auffälligen Befundergebnissen, die einen Erkrankungsverdacht erhärten oder gar bestätigen, liegt daher eine Aufklärungspflicht des Arztes nahe. Gegen diese Erwägungen kann der Gedanke angeführt werden, dass es dem Patienten aufgrund seines Selbstbestimmungsrechts selbst obliege, „ob, wann und bei wem er eine Behandlung durchführen“ lassen möchte.¹⁴⁸ Klärt der Arzt den Patienten vollständig darüber auf, dass die Behandlung dringend weiterzuführen sei, und bleibe der Patient dem erforderlichen Behandlungstermin trotzdem fern, sei dies als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts vom Arzt zu respektieren und eine Einbestellung abzulehnen. In diese Richtung sind auch die hinsichtlich ärztlicher Einbestellungspflichten kritischen Literaturauffassungen einzuordnen.

¹⁴² OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 31.

¹⁴³ *Ankermann* führt ebenfalls Nachlässigkeit, subjektives Wohlbefinden und Vergesslichkeit als mögliche Gründe für ein Fernbleiben des Patienten an, *Ankermann*, in: FS Steffen, S. 1 (7 f.).

¹⁴⁴ BGH, NJW 1985, 2749 (2750).

¹⁴⁵ Zum Zeitpunkt der Einbestellung siehe die Ausführungen in Kap. 4 C. III.

¹⁴⁶ BGH, NJW 2018, 3382 (3384).

¹⁴⁷ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 31.

¹⁴⁸ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909).

Dort wird eine Einbestellungspflicht mit der Begründung abgelehnt, dass der Patient kraft seines Selbstbestimmungsrechts frei darüber verfügen könne, ob er eine Heilbehandlung vornehmen lassen wolle. Deswegen sei er auch frei in der Entscheidung, an einem ihm vom Behandelnden mitgeteilten Termin zu erscheinen oder den Termin nicht wahrzunehmen.¹⁴⁹ Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass diese Auffassungen sich auf Fälle beziehen, in denen der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins vollständig über die behandlungserheblichen Umstände informiert hat und in der Zwischenzeit keine Erkenntnisse zutage treten, die auf eine neuartige Sachlage schließen lassen.¹⁵⁰ Demgemäß wurde auch in der Rechtsprechung offengelassen, ob anders zu entscheiden sei, wenn eine Behandlung ersichtlich nicht abgeschlossen sei, der Arzt den Patienten nicht vollständig während des Behandlungstermins aufgeklärt habe, die Beurteilung des weiteren Geschehens dem Patienten überlassen werde, „oder sich nachträglich weitere Erkenntnisse, etwa aus einer Laboruntersuchung, ergeben“¹⁵¹. In diese Richtung ist auch ein Urteil des OLG Köln zu deuten. Dieses lässt es zwar dahinstehen, ob der Arzt, der den Patienten vor der Befunderhebung auf die Dringlichkeit einer weiteren Untersuchung hinweist, von seiner Verpflichtung enthoben ist, nach Feststellung eines gravierenden Befundes den Patienten erneut auf die Dringlichkeit der Untersuchung hinzuweisen. Allerdings sieht der Senat gegen diese Sichtweise „erhebliche Bedenken“.¹⁵² Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend die kritischen Erwägungen hinsichtlich einer fernkommunikativen Einbestellungspflicht im Einzelnen erörtert werden.

aa) Argument des Selbstbestimmungsrechts

In erster Linie ist das Argument des Selbstbestimmungsrechts in den Blick zu nehmen. Hierbei ist festzustellen, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten und nicht von der ärztlichen Fürsorge ausgehend zu deuten ist.¹⁵³ Grund hierfür ist, dass die Behandlung nur dann stattfinden kann, wenn der Patient in diese einwilligt. Das Verhältnis von Fürsorge und Autonomie darf deshalb bei der Herleitung vertraglicher Nebenpflichten nicht ins Gegenteil verkehrt werden.¹⁵⁴ Das Argument des Selbstbestimmungsrechts vermag die Ablehnung einer Einbestellungspflicht jedoch auch vor dem Hintergrund dieser Erwägungen nicht zu begründen. Die Einbestellung des Patienten ist dogmatisch nicht als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu qualifizieren. Zutreffend ist, dass die Entscheidung über die Fortsetzung einer medizi-

¹⁴⁹ *Conti*, Pflichten des Patienten, S. 134.

¹⁵⁰ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 51.

¹⁵¹ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909); ähnl. OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93).

¹⁵² OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93).

¹⁵³ *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 68.

¹⁵⁴ *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 68.

nischen Behandlung ausschließlich beim Patienten liegt.¹⁵⁵ Der Hinweis auf das Vorliegen auffälliger Befunde und das Erfordernis einer Weiterbehandlung durch eine telefonische oder schriftliche Kontaktierung stellen allerdings keine Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dar, auch wenn der Arzt den Patienten bereits während des Behandlungstermins auf das Erfordernis einer Wiedervorstellung hingewiesen hat und der Patient einem weiteren Termin trotzdem ferngeblieben ist. Ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten setzt in Anlehnung an den verfassungsrechtlichen Eingriffsbegriff voraus, dass die Ausübung des Patientenwillens erschwert oder unmöglich gemacht wird. Erforderlich ist somit eine Zwangskomponente. Diese ist durch die bloße Mitteilung eines medizinisch angezeigten Behandlungserfordernisses nicht gegeben, da dadurch kein Zwang auf den Patienten ausgeübt, sondern ausschließlich verbal oder schriftlich in Gestalt einer Auskunft auf den Patienten eingewirkt wird. Der Patient wird bei der Einbestellung lediglich darauf hingewiesen, dass die einvernehmlich begonnene Behandlung nach medizinischem Standard noch nicht ordnungsgemäß beendet worden ist, die Vornahme weiterer Behandlungsmaßnahmen hierfür erforderlich und das Unterbleiben oder die Verzögerung der Weiterbehandlung mit Risiken behaftet sind. Gegen das Argument des Selbstbestimmungsrechts ist ferner unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten anzuführen, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch die Verpflichtung des Arztes geschützt wird, den Patienten nach § 630e BGB vor der Vornahme der medizinisch indizierten Eingriffe aufzuklären. Die Einbestellungspflicht ist daher mit Selbstbestimmungsrecht des Patienten vereinbar.

bb) Argument der Erklärungsnot des Patienten

Gegen die Annahme ärztlicher Einbestellungspflichten wird ferner der Einwand einer möglichen Erklärungsnot des Patienten angeführt.¹⁵⁶ Der Patient bleibe dem erforderlichen oder vereinbarten Termin mit dem Behandelnden fern, da er sich möglicherweise eine Zweitmeinung bei einem anderen Arzt einholen¹⁵⁷, die Behandlung nicht mehr fortsetzen oder gänzlich bei einem anderen Behandelnden weiterführen wolle.¹⁵⁸ Eine telefonische Einbestellung durch den Behandelnden oder sein Personal würde den Patienten in diesem Fall in Erklärungsnot gegenüber dem Behandelnden bringen. Dieses Argument vermag ebenfalls nicht die Verneinung einer ärztlichen Einbestellungspflicht zu begründen. Gegen dieses Argument spricht zunächst, dass Erklärungsnot keine rechtliche

¹⁵⁵ Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 150; Conti, Pflichten des Patienten, S. 132.

¹⁵⁶ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909); Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, StGB § 222 Rn. 32.

¹⁵⁷ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909).

¹⁵⁸ Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, StGB § 222 Rn. 32.

Begriffskategorie, sondern ein rein sozialpsychologischer Umstand ist. Das Argument bezieht sich nicht auf grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Patienten, sondern auf sein situatives, sozialpsychologisch empfundenes Wohlbefinden. Demgegenüber zielt die Einbestellung des Patienten auf die Erhaltung seines gesundheitlichen Wohls durch den Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit und seines Lebens, da mit der Unterlassung oder Verzögerung der weiteren Behandlung die Gefahr einer schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung einhergehen kann. Mit der Einbestellung schützt der Arzt somit hochrangige Grundrechtspositionen des Patienten und fördert dadurch den vereinbarten Vertragszweck. Bei einer Gewichtung der Patienteninteressen überwiegt dieses Schutzinteresse gegenüber der Vermeidung einer möglicherweise sozial ungünstigen Erklärungsnot. Es wäre wertungswidersprüchlich, den Patienten vor einer vermeintlichen Erklärungsnot dadurch zu schützen, dass man ihm relevante Informationen über seinen Gesundheitszustand verwehrt.

cc) Argument der ärztlichen Überforderung

Problematisch ist die Einbestellungspflicht in dieser Fallgruppe ferner unter organisatorischen Gesichtspunkten. Sie setzt voraus, dass der Arzt die ausgewerteten Befunde auch dann zur Kenntnis nimmt, wenn der Patient nicht zum erforderlichen Behandlungstermin erscheint. Da grundsätzlich jeder Befund potenziell auf eine bedrohliche Erkrankung hinweisen kann, läuft die Bejahung einer Einbestellungspflicht darauf hinaus, dass der Arzt stets zeitnah die Befunde sämtlicher Patienten zu kontrollieren hat, da er grundsätzlich mit einem bösartigen Befund rechnen muss. Dies kann mit einer organisatorischen Überforderung des Arztes einhergehen, der sich auf den Standpunkt stützen wird, dass es keinen Anlass gibt, ausgewertete Befunde zur Kenntnis zu nehmen, wenn der Patient ohnehin nicht zum erforderlichen Behandlungstermin erscheint.¹⁵⁹ Demgegenüber vertritt die Rechtsprechung die Auffassung, dass der Arzt durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen muss, dass die Zusammenarbeit mit hinzugezogenen Ärzten nicht beeinträchtigt wird. In diesem Zusammenhang sei der Arzt verpflichtet, Rücklaufkontrollen für erwartende Befunde einzurichten. Dadurch soll verhindert werden, dass Befunde verloren gehen oder verzögert übermittelt werden.¹⁶⁰ Das OLG Saarbrücken vertritt hierbei die Auffassung, dass der Arzt im Falle einer anstehenden Kontrolluntersuchung aktiv nach dem Verbleib eines Befundes forschen müsse, wenn kein Rücklauf erfolge, und dass dies selbst dann gelte, wenn der Patient den zur Befundbesprechung vereinbarten Behandlungstermin absagt.¹⁶¹ Das OLG Koblenz geht einen Schritt weiter und sieht in der feh-

¹⁵⁹ In diese Richtung ging die Argumentation des Beklagten in einem Fall des OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 45.

¹⁶⁰ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 44.

¹⁶¹ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 45.

lenden Kenntnisnahme eines erhobenen Befundes einen groben Behandlungsfehler.¹⁶² Dies gelte unabhängig davon, ob der Arzt nach der Befundauswertung in Kontakt mit dem Patienten steht.¹⁶³ Der Arzt muss den Patienten nach diesen Grundsätzen auch dann einbestellen, wenn dieser einem vereinbarten Behandlungstermin fernbleibt bzw. während der Befunderhebung bereits darüber aufgeklärt worden ist, dass er zu einem weiteren Behandlungstermin erscheinen muss. Die Pflicht zur Auswertung und Kenntnisnahme von Befunden ist daher als notwendige Vorstufe innerhalb der therapeutischen Aufklärung zu verorten. Nimmt der Arzt die erhobenen Befunde nicht zur Kenntnis oder wertet diese nicht aus, kann er den Patienten auch nicht im Einzelfall über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung informieren und bleibt dadurch bei weiterem Fernbleiben des Patienten hinter seiner insgesamt fortbestehenden Pflicht zurück, den Patienten nach medizinischem Standard zu behandeln. Das Argument der organisatorischen Überforderung vermag daher eine Verneinung der ärztlichen Einbestellungspflicht ebenfalls nicht zu begründen.

dd) Pflicht zur Überwindung der Behandlungsverweigerung

Mit Blick auf die Rechtsprechung ist schließlich anzuführen, dass die Verneinung einer ärztlichen Einbestellungspflicht bei Vorliegen auffälliger Befunde zu deutlichen Wertungswidersprüchen führt. Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner frühen Rechtsprechung eine Entscheidungslinie zu Fällen entwickelt, in denen der Patient sich weigert, in eine dringend erforderliche Behandlung einzuwilligen. In diesem Fall sei der Arzt verpflichtet, den Patienten eindringlich darauf hinzuweisen, dass die Behandlung erforderlich ist und alles nach der Sachlage Tunliche zu unternehmen, um die Weigerung des Patienten zu überwinden und dessen Einwilligung zu erhalten.¹⁶⁴ Die Oberlandesgerichte haben diese Rechtsprechung weitergeführt und präzisiert.¹⁶⁵ Das OLG Köln hatte sich mit der Haftung eines Arztes zu befassen, der bei einem schwer verletzten Patienten von einer erforderlichen Befunderhebung absah, nachdem der Patient seine Einwilligung in die Befunderhebung verweigert hatte.¹⁶⁶ Der beklagte Arzt trug vor, dass der Kläger die erforderliche Untersuchung abgelehnt habe. Der *Senat* hielt diesen Einwand für unbeachtlich und vertrat die Auffassung, dass der Beklagte sich mit der ersten Weigerung nicht hätte zufriedengeben dürfen. Vielmehr sei er aufgrund der außerordentlichen Schwere der Verletzungen verpflichtet gewesen, den Kläger darauf hinzuweisen, welche konkreten Folgen sich aus einem Unter-

¹⁶² OLG Koblenz, BeckRS 2017, 127879, Rn. 18.

¹⁶³ OLG Koblenz, BeckRS 2017, 127879, Rn. 18.

¹⁶⁴ BGH, VersR, 1954, 98 (99); Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB § 58, Rn. 3.

¹⁶⁵ OLG Hamm, NJOZ 2019, 1415 (1418); OLG Oldenburg, MedR 2011, 163 (165); OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04420; OLG Köln, VersR 1996, 1021; OLG Stuttgart, MedR 1985, 175.

¹⁶⁶ OLG Köln, VersR 1996, 1021.

lassen ergeben können.¹⁶⁷ Auch den Einwand des Beklagten, wonach dieser über die Weigerung des Klägers verärgert gewesen sei und diesem gesagt habe, dass er daran auch sterben könne, hielt der Senat für unbeachtlich. In einem Sachverhalt, über den das OLG Düsseldorf zu entscheiden hatte, verweigerte die schwangere Mutter der Klägerin das Verlassen der Geburtswanne, obwohl die eingeleitete Wassergeburt aufgrund von Komplikationen hätte sofort unterbrochen werden müssen. Der zuständige Arzt machte geltend, er habe mit „Engelszungen“ auf die Mutter der Klägerin eingeredet. Diese habe jedoch erst nach zwanzig Minuten die Wanne verlassen. Die Klägerin kam mit Schwerstbehinderungen zur Welt.¹⁶⁸ Der Senat hielt den Einwand des Behandelnden für unbeachtlich. Eine Weigerung eines Patienten, ärztlichen Anordnungen zur Vornahme einer dringend erforderlichen Untersuchung oder Therapiemaßnahme nachzukommen, sei nur dann rechtlich beachtlich, wenn der Arzt den Patienten mit allem Ernst auf die medizinische Notwendigkeit dieser Maßnahme, die Folgen eines Verzichts hierauf sowie auf die Entstehung möglicher Schäden und deren Folgen hingewiesen habe.¹⁶⁹ Sei eine akute Gefährdung des Fetus bei der Geburt zu befürchten, dürfte sich der Arzt nicht mehr auf entsprechende Hinweise und gutes Zureden beschränken. Vielmehr sei er zu einer lauten und drastischen Intervention „bis hin zum Eklat“ verpflichtet, um den Widerstand der Mutter zu überwinden.¹⁷⁰ In einem aktuellen Urteil präzisiert das LG Kiel diesen Ansatz: „Zwar entscheidet letztlich der mündige Patient über die Behandlung. Leidet ein Patient unter einer lebensbedrohenden Erkrankung und verweigert er die einzige zur möglichen Heilung führende Diagnostik und Therapie muss der Arzt oder die Ärztin mit aller Eindringlichkeit auf die Notwendigkeit der Behandlung hinweisen und alles nach der Sachlage gebotene unternehmen, um den Patienten von der Notwendigkeit der Behandlung zu überzeugen. Der Arzt oder die Ärztin muss dabei seine/ihre auf Fachwissen beruhende Autorität in die Waagschale werfen und dem Patienten deutlich den zu erwartenden Verlauf der Erkrankung schildern, wenn der Patient die Behandlung verweigert. Notfalls muss der Arzt oder die Ärztin sich mit dem Patienten auf ein Streitgespräch einlassen“¹⁷¹. Bei einem Vergleich dieser Entscheidungspraxis mit den Judikaten, in denen eine Einbestellungspflicht verneint worden ist, wird erkennbar, dass Umfang und Intensität der therapeutischen Aufklärungspflicht in den jeweiligen Konstellationen von der Rechtsprechung unterschiedlich weit bestimmt werden. Während bei Anwesenheit des Patienten weitgehende und konkrete Aufklärungspflichten bis hin zur Überredung des Patienten

¹⁶⁷ Krit. Hausch, der diese Anforderungen für überzogen hält, siehe *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler, S. 445 f.

¹⁶⁸ OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04420.

¹⁶⁹ OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04420.

¹⁷⁰ OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04420.

¹⁷¹ LG Kiel, BeckRS 2019, 27703, Rn. 44. Die Patientin hatte die beklagte Ärztin zur alternativmedizinischen Behandlung eines Mammakarzinoms aufgesucht.

angenommen werden, lehnt die Rechtsprechung bei zeitlichen Unterbrechungen der Behandlung und der Abwesenheit des Patienten eine Einbestellungspflicht des Behandelnden teilweise auch dann gänzlich ab, wenn die Symptomatik des Patienten eine schwerwiegende Erkrankung nahelegt. Gegen eine wertungsmäßige Vergleichbarkeit dieser Konstellationen kann eingewendet werden, dass in den Fällen, in denen eine Überredungspflicht bejaht wurde, ein konkreter Befund bereits vorlag, auf dessen Grundlage das Erfordernis sofortiger Behandlungsmaßnahmen bestand, um schwerste Gesundheitsschäden zu vermeiden, während bei denjenigen zeitlich gestreckten Behandlungen, bei denen eine Befundung erst noch aussteht, eine Konkretisierung der Erkrankungslage nicht eingetreten ist und der Umfang der Aufklärungspflicht aus diesem Grund geringer ist. Diese Betrachtungsweise unter dem Gesichtspunkt der konkreten Gefährdungsintensität¹⁷² führt allerdings dazu, dass zumindest bei denjenigen zeitlich gestreckten Behandlungen, bei denen ein auffälliger Befund des Patienten nach Beendigung eines Behandlungstermins vorliegt, der auf eine dringende Behandlungsbedürftigkeit schließen lässt, stets eine Pflicht zur Einbestellung des Patienten anzunehmen ist. Mit der räumlichen Trennung zwischen Arzt und Patient lässt sich kein geringerer Aufklärungsumfang begründen, da die zeitlich-räumliche Unterbrechung der Behandlung nicht auf einem vorwerfbaren Verhalten des Patienten beruht, sondern auf grundsätzlich zwingende systemische Gegebenheiten zurückzuführen ist und zudem kein übermäßiger Aufwand für den Arzt entsteht, wenn er den Patienten einbestellt. Ein geringerer Aufklärungsumfang und eine geringere Aufklärungsintensität wären daher mit einem Wertungswiderspruch verbunden, da bei identischen Vertragsverhältnissen und identischer Rechtsgutsgefährdung unterschiedlich starker Grundrechtsschutz über zivilrechtliche Normen gewährleistet ist und dieser sich zudem anhand der Zufälligkeit bestimmt, ob der Patient sich unmittelbar am Ort der Behandlung befindet. Ferner besteht in Fällen der Behandlungsverweigerung mit der ausdrücklich erklärten Weigerung des Patienten zumindest eine konkrete Grundlage für den Arzt, davon abzusehen, weiter auf den Patienten einzureden. Die Fälle, in welcher der Patient einem erforderlichen Behandlungstermin trotz Hinweises auf die Dringlichkeit fernbleibt, sind jedoch meist dadurch gekennzeichnet, dass der Patient aus Vergesslichkeit, Nachlässigkeit, Unterschätzung oder subjektiv empfundenen Wohlempfinden den erforderlichen Behandlungstermin nicht wahrnimmt. Ist der Arzt jedoch verpflichtet, sogar im Falle einer ausdrücklich erklärten Behandlungsverweigerung den Patienten zur Einwilligung in die weitere Behandlung zu überreden, kann nichts anderes gelten, wenn es an einer ausdrücklichen Weigerung in die weitere Behandlung fehlt, da bloßes Schweigen im Regelfall nicht als Willenserklärung zu deuten¹⁷³

¹⁷² Für eine Abstufung der Mitteilungspflichten in Abhängigkeit von der Gefährdungsintensität plädiert auch *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 38 f., siehe hierzu die Ausführungen unter III. 3. e).

¹⁷³ BGH, NJW 1995, 1281 (1281).

und die bloße Unterrichtung über Befunde noch nicht als Eingriff zu qualifizieren ist. Daher ist eine Einbestellungspflicht auch bei vollständiger Aufklärung zu bejahen, wenn konkrete Befunde dahingehend zu deuten sind, dass die Behandlung dringlich fortzusetzen ist.

*d) Fallgruppe 4: Vollständige Aufklärung
bei letzter Konsultation ohne Befunderhebung*

Schließlich ist die Frage aufzuwerfen, ob der Behandelnde auch dann verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen, wenn er diesen vollständig über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufklärt, nach dem Behandlungstermin keine Befunde ausgewertet werden und der Patient der erforderlichen Kontrolluntersuchung fernbleibt. Eine Einbestellungspflicht stellt sich in dieser Fallgruppe als weitreichend dar, da sie die Verantwortlichkeit für das Erscheinen des Patienten auch dann beim Behandelnden sieht, wenn dieser seiner therapeutischen Aufklärungspflicht vollständig nachgekommen ist und zudem keine neuen Erkenntnisse über den Gesundheitszustand vorliegen, sondern erst in einem weiteren Behandlungstermin durch Kontrolluntersuchungen gewonnen werden sollen. Da die zeitlich gestreckte Behandlung den Regelfall medizinischer Behandlungen darstellt und eine Behandlung selten an einem einzigen Behandlungstermin vollständig abgeschlossen ist, würde eine Pflicht zur Einbestellung nahezu jeden Patienten erfassen. In dieser Fallgruppe würde eine Einbestellungspflicht damit den Charakter einer Verpflichtung zur Terminerinnerung erhalten.¹⁷⁴ Um ihr gerecht zu werden, müsste der Behandelnde einen Fristenkalender über alle Patienten führen, die zu einer Kontrolluntersuchung erscheinen müssen. Neben diesem Argument der ärztlichen Überforderung läuft eine ärztliche Informationspflicht in diesem Umfang auch dem Leitbild vom mündigen Patienten zuwider, welches der Gesetzgeber dem Patientenrechtegesetz zugrunde gelegt hat.¹⁷⁵ Die Bejahung ärztlicher Einbestellungspflichten in dieser Fallgruppe würde dem Patienten Anreize nehmen, bei der Behandlung mitzuwirken, da er sich stets auf eine Terminerinnerung durch die Behandlungsseite verlassen könnte. Eine solche Praxis ist auch mit dem Partnerschaftsgedanken aus § 630c Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren, da die ärztliche Einbestellungspflicht in diesem Umfang zugleich dazu führt, dass der Patient in einem wesentlich geringeren Ausmaß an der Behandlung mitwirkt. Demgemäß formuliert Laufs prägnant: „Der Arzt darf nicht in die Rolle eines Vormundes und dauerhaften Aufpassers geraten.“¹⁷⁶ Diesen Ansatz wählt auch Großfuß-Bürk, nach dessen Auffassung eine Vielzahl von Gründen dazu führen kann, dass der Patient dem erforderlichen Behandlungstermin fern-

¹⁷⁴ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907; so auch *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 39 f.

¹⁷⁵ BT-Drs. 17/10488, S.1.

¹⁷⁶ Laufs/*Kern*/Rehborn, ArztR-HdB § 6 Rn. 37.

bleibt.¹⁷⁷ Nach seiner Auffassung darf der Arzt auch im Falle einer Terminversäumnis darauf vertrauen, dass der Patient dem ärztlichen Rat Folge leisten werde.¹⁷⁸ Eine Ausnahme in dieser Fallgruppe liegt allerdings vor, wenn für den Arzt während der Behandlung erkennbar wird, dass der Patient aufgrund eines geistigen Defizits oder einer alters- oder krankheitsbedingten Vergesslichkeit den erforderlichen Behandlungstermin nicht wahrnehmen wird.¹⁷⁹ Zu begründen ist diese Ausnahme damit, dass die erkennbare Hilfsbedürftigkeit des Patienten in diesen Fällen die vertraglichen Pflichten des Arztes beeinflusst. Der Patient bedarf dann einer stärkeren Führung durch den Behandlungsprozess als ein durchschnittlicher Patient und es ist grundsätzlich Sache des Arztes, den Aufklärungsbedarf beim Patienten zu ermitteln und den Umfang sowie die Intensität der Aufklärung entsprechend anzupassen.¹⁸⁰ Klärt der Behandelnde den Patienten somit ausreichend über das Erfordernis und die Dringlichkeit weiterer Untersuchungen auf und bleibt dieser der Behandlung fern, ist eine Einbestellungspflicht abzulehnen, wenn dem Arzt nach Beendigung des Behandlungstermins keine neuen Erkenntnisse in Gestalt ausgewerteter Befunde über den Gesundheitszustand des Patienten vorliegen und auch keine anderen Anhaltspunkte ersichtlich sind, die darauf schließen lassen, dass der Patient die Bedeutung und Tragweite der Aufklärung nicht nachvollzogen hat. Der Behandelnde muss dann davon ausgehen können, dass sich der Zustand des Patienten gebessert hat.¹⁸¹

e) Abstufung nach Gefährdungsintensität und Schadensausmaß

Es ist in den Blick zu nehmen, inwieweit die Gefährdungsintensität einer potenziellen oder bereits festgestellten Erkrankung sowie das drohende Schadensausmaß die ärztliche Einbestellungspflicht beeinflusst. Großfuß-Bürk unterscheidet in seiner Untersuchung verschiedene Fallgruppen anhand des Ausmaßes der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung.¹⁸² Er gelangt dabei zu dem Ergebnis, dass der Arzt im Falle einer nicht entschuldbaren Nachlässigkeit des Patienten nur dann zu einer Terminerinnerung verpflichtet ist, wenn eine Lebens- oder schwerwiegende Gesundheitsgefahr mit Sicherheit einzutreffen droht.¹⁸³ Ferner unterscheidet Großfuß-Bürks danach, ob irreversible oder reversible Gesundheitsschäden drohen, wie akut der Eintritt der drohenden Gesundheitsgefahr ist und

¹⁷⁷ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 40 f.

¹⁷⁸ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 41.

¹⁷⁹ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 41.

¹⁸⁰ Ähnl. Taupitz/Jones, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (71 f.).

¹⁸¹ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (86).

¹⁸² Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 35.

¹⁸³ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 40; ähnl. argumentiert das OLG Karlsruhe, welches eine Pflicht des Arztes zur Überprüfung der Zustellung eines Befundberichts verneint, es sei denn, es handelt sich um einen hochpathologischen Befund, OLG Karlsruhe, BeckRS 2020, 3231, Rn. 39.

ob eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes vom Patienten bemerkt werden kann.¹⁸⁴ Diese Unterscheidung beeinflusst die Existenz der ärztlichen Einbestellungspflicht jedoch nur, wenn der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins vollständig aufgeklärt hat. Ist dies nicht der Fall, kann eine Einbestellungspflicht nicht mit den genannten Erwägungen verneint werden. Zu begründen ist dies damit, dass der Behandlungsvertrag inhaltlich darauf ausgerichtet ist, dass der Arzt sämtliche gesundheitlichen Beeinträchtigungen verhindert oder beseitigt, derentwegen der Patient beim Arzt vorstellig wird. Klärt der Arzt den Patienten nicht vollständig auf, bleibt er hinter seinem geschuldeten Pflichtenumfang zurück, sodass für eine Einschränkung der Einbestellungspflicht auf Grundlage der oben angeführten Kriterien kein Raum bleibt. Allerdings stellt sich die Frage, ob das Bestehen einer Einbestellungspflicht in Fällen der vollständigen Aufklärung von den dargestellten Parametern abhängig zu machen ist. Unproblematisch ist, dass die Einbestellungspflicht im Falle einer Lebens- oder schwerwiegenden Gesundheitsgefahr sowie bei drohenden Dauerschäden besteht. Nicht vorzugswürdig erscheint es indes, die Einbestellungspflicht von der Bemerkbarkeit etwaiger Symptome durch den Patienten abhängig zu machen, da ihre bloße Bemerkbarkeit nicht zwingend dazu führen wird, dass der Patient die erforderliche Behandlung wahrnimmt. Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf einen groben Behandlungsfehler darin gesehen, dass die behandelnde Ärztin die Patientin darauf hingewiesen hat, im Falle einer Verschlechterung ihrer Beschwerden wieder zu erscheinen, da in diesem Fall die Beurteilung der Behandlungsnotwendigkeit der Patientin auferlegt wird, obwohl sie dem originären Aufgabenbereich des Arztes zuzuordnen ist.¹⁸⁵ Auch das Kriterium der akuten Gesundheitsgefährdung erscheint problematisch. Großfuß-Bürk argumentiert, dass man der Gefahrenvermeidung eine geringere Dringlichkeit beimessen würde, wenn für Hilfe noch ausreichend Zeit bleibe, als wenn die erforderliche Behandlung innerhalb von Tagen oder gar Stunden zu erfolgen habe.¹⁸⁶ Dieses Argument ist problematisch, weil es nicht berücksichtigt, dass die Behandlung zu irgendeinem Zeitpunkt erfolgen muss, wenn sie erfolversprechend sein will. Bleibt der Patient beispielsweise dem erforderlichen Behandlungstermin fern und bleibt mit hoher Wahrscheinlichkeit für die Behandlung noch einige Wochen Zeit, bevor ernsthafte Gesundheitsschäden zu befürchten sind, kann allenfalls angenommen werden, dass sich die Einbestellungspflicht zeitlich nach hinten verschiebt. Da allerdings das Risiko besteht, dass der Patient nicht erreichbar ist und er sich zudem ausreichend auf die Behandlung vorbereiten muss, ist diese Erwägung ebenfalls zweifelhaft. Der Ansatz Großfuß-Bürks lässt jedoch Spielräume dahingehend zu, dass der Arzt den Patienten rechtzeitig informieren, hierbei allerdings nicht überfürsorglich agieren muss. Jedoch betrifft dies nicht die Frage,

¹⁸⁴ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 39.

¹⁸⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333 (1333).

¹⁸⁶ Großfuß-Bürk, Verantwortung des Arztes, S. 39.

ob überhaupt eine Einbestellungspflicht besteht, sondern wann der Arzt den Patienten zeitlich einbestellen muss. Insgesamt muss bei dieser Frage berücksichtigt werden, dass eine frühzeitige Einbestellung die Risiken der Behandlung verringert, da der Patient durch die frühzeitige Information sein Verhalten rechtzeitig an die Erfordernisse der Behandlung anpassen kann.¹⁸⁷

4. Fazit

§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB ist eine ärztliche Einbestellungspflicht zu entnehmen. Allerdings ist der Behandelnde nicht in allen Fällen, in denen der Patient einem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt, zu dessen Einbestellung verpflichtet. Die Einbestellungspflicht ist nur zu bejahen, wenn der Behandelnde den Patienten während des Behandlungstermins unvollständig aufgeklärt hat oder er nach dem Behandlungstermin neue Erkenntnisse über den Gesundheitszustand des Patienten durch ausgewertete Befunde erhält, aus denen er auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung schließen muss.

Klärt der Arzt den Patienten während eines Behandlungstermins vollständig auf und liegen ihm nach dem Behandlungstermin keine neuen Erkenntnisse über den Gesundheitszustand des Patienten vor, ist er nur dann verpflichtet, den Patienten im Falle seines Fernbleibens einzubestellen, wenn dem Arzt während der Behandlung Hinweise vorliegen, die darauf schließen lassen, dass der Patient aufgrund geistiger Defizite oder alters- sowie krankheitsbedingter Vergesslichkeit den Inhalt der Aufklärung während des Behandlungsgesprächs nicht nachvollzogen hat.¹⁸⁸

5. Therapeutische Aufklärungspflicht bei einrichtungsübergreifender Arbeitsteilung

a) Problemstellung

Voranstehend wurde untersucht, inwieweit eine Einbestellungspflicht besteht, wenn der Patient durch denselben Behandelnden weiterbehandelt wird, die gesamte Behandlung also bei einem Arzt bzw. einer medizinischen Einrichtung stattfindet. Vielfach überweist der behandelnde Arzt den Patienten jedoch zur weiteren Behandlung an einen anderen Arzt oder in ein Krankenhaus. Es handelt sich um Konstellationen, die dem Bereich der horizontalen Arbeitsteilung zuzuordnen sind. Diese zeichnet sich durch Gleichordnung und Weisungsfreiheit der beteiligten Ärzte und medizinischen Einrichtungen aus.¹⁸⁹ Nachfolgend sind Konstellationen in den Fokus zu nehmen, bei denen die horizontale Arbeitsteilung einrichtungsübergreifend erfolgt, also Ärzte verschiedener Fachgruppen zu

¹⁸⁷ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 4 C. III. 2.

¹⁸⁸ *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 35.

¹⁸⁹ *Laufs/Kern/Rehborn*, ArztR-HdB, § 99 Rn. 3.

unterschiedlichen Zeitpunkten an der Behandlung beteiligt sind. In diesen Fällen ist die Behandlung ebenfalls als zeitlich gestreckt zu sehen, da sie mit einer Unterbrechung des Arzt-Patienten-Kontakts einhergeht. Zusätzlich besteht das Risiko einer Fehlkommunikation, da die an der Behandlung beteiligten Einrichtungen davon ausgehen, dass der Patient durch die mitbehandelnden Einrichtungen aufgeklärt wird und die Aufklärung des Patienten letztlich gänzlich unterbleibt.¹⁹⁰ Dies geht mit der Frage einher, inwieweit die beteiligten Ärzte verpflichtet sind, den Patienten bei einer arbeitsteiligen, einrichtungsübergreifenden Behandlung aufzuklären und im Nachgang an die Behandlungstermine über relevante Befunde zu informieren.

b) Pflichten bei unvollständiger Aufklärung

Zunächst ist der Fall zu berücksichtigen, bei dem ein Arzt den Patienten an einen anderen Arzt zur weiteren Behandlung überweist. Die Pflicht zur Aufklärung des Patienten über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Behandlung ist auch bei einer Überweisung innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten.¹⁹¹ Jedoch kann der Patient anhand einer Überweisung an einen anderen Arzt den Schluss ziehen, dass die Behandlung fortgesetzt werden muss. Praktisch relevant wird somit die Frage, welche Informationspflichten des Arztes bestehen, wenn dieser den Patienten unvollständig auf die Dringlichkeit sowie die Folgen einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung hinweist, dem Arzt also ein Fehler bei der Art und Weise der Aufklärung unterläuft. Zu denken ist hierbei an eine Kontrollpflicht, die der Arzt entweder durch eine Vergewisserung beim Patienten oder beim nachbehandelnden Arzt vornimmt. Durch die unzureichende Aufklärung erfüllt der Arzt seine Leistungspflicht gegenüber dem Patienten nicht. Die Aufklärungspflicht des Arztes besteht daher zunächst fort. Eine Pflicht zur Kontrolle, ob der Patient der Überweisung nachgekommen ist, kann nicht mit der Erwägung verneint werden, dass der Patient sich nach Beendigung des Behandlungstermins nicht mehr innerhalb der Praxisräume befindet. Die ärztlichen Organisationspflichten erstrecken sich darauf sicherzustellen, dass der Patient seine Kontaktdaten hinterlässt, um diesen im Einzelfall über die Behandlung und neue Erkenntnisse zu informieren. Allerdings kann vom Arzt nicht verlangt werden, eine entsprechende Auskunft beim nachbehandelnden Arzt einzuholen, da der Patient bei der Arztwahl frei und dem überweisenden Arzt die Person des nachbehandelnden Arztes dadurch im Regelfall unbekannt ist. Die Informationspflicht besteht in diesem Fall daher gegenüber dem Patienten. Dies gilt zum einen, wenn der Arzt den Patienten lediglich für bestimmte Behandlungsmaßnahmen, also vorübergehend an einen anderen Arzt überweist (§ 24 Abs. 3 S. 1

¹⁹⁰ BGH, MedR 2019, 66; OLG Köln, NJW-RR 2003, 1031; OLG Hamm, MedR 2005, 471.

¹⁹¹ BGH, NJW 2005, 427 (428).

Nr. 1–3 BMV-Ä), zum anderen aber auch dann, wenn der Arzt den Patienten endgültig zur Weiterbehandlung an einen anderen Arzt überweist (§ 24 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BMV-Ä). Der Grund hierfür liegt darin, dass bei unvollständiger Aufklärung die Leistungspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten unabhängig davon fortbesteht, ob er den Patienten nach Beendigung des Behandlungstermins zu einem späteren Zeitpunkt weiterbehandeln soll. Weist der Arzt den Patienten beispielsweise bei Beendigung des Behandlungstermins nicht darauf hin, dass der Patient die Überweisung an den entsprechenden Arzt dringend innerhalb eines bestimmten Zeitkorridors wahrzunehmen hat und andernfalls die Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung droht, besteht die Aufklärungspflicht dieses Inhalts nach dem Behandlungstermin fort. Ferner ist die Informationspflicht in diesen Fällen auch innerhalb der Pflicht des Arztes zur Fehleroffenbarung aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB zu verorten, da eine unvollständige therapeutische Aufklärung als Behandlungsfehler im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren ist.¹⁹² Zwar kann angeführt werden, dass der Arzt sich im Nachhinein an eine unvollständige Aufklärung nicht mehr erinnern und den Patienten daher im Regelfall nicht mehr einbestellen wird. Allerdings kann dies nicht für Fälle angenommen werden, in denen der Arzt den Patienten lediglich vorübergehend an einen anderen Arzt zum Zwecke einzelner Untersuchungsmaßnahmen überweist, die Behandlung jedoch anschließend beim überweisenden Arzt fortzusetzen ist. In dieser Konstellation teilt der Überweisungsempfänger dem überweisenden Arzt die Ergebnisse der Untersuchung und Befunderhebung regelmäßig mit. Ist dies nicht der Fall, muss der Arzt sich nach deren Verbleib vergewissern.¹⁹³ Vor diesem Hintergrund vermag eine fehlende Erinnerung des Arztes an eine unvollständige Aufklärung nichts am Fortbestand der ärztlichen Leistungspflicht zu ändern, da andernfalls die Aufklärungspflicht von der Zufälligkeit abhängt, ob die Überweisung nur vorübergehend oder dauerhaft erfolgt. Die Anknüpfung einer Informationspflicht an die Erinnerung des Arztes hätte ferner zur Konsequenz, dass ein gewissenhafterer Arzt, der zumindest im Nachgang an die Behandlung die fehlerhafte Aufklärung erkennt, schlechter gestellt wird als ein Arzt, dem der Behandlungsfehler durchweg unerkant bleibt. Festzuhalten ist somit, dass im Falle einer unvollständigen Aufklärung eine Pflicht des Arztes besteht, den Patienten im Nachgang auf das Erfordernis der Untersuchung hinzuweisen.

c) Pflichten bei Vorliegen neuer Befunde

Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten auf auffällige Befunde hinzuweisen und ihn erforderlichenfalls einzubestellen.¹⁹⁴ Allerdings können Befunde auch einem Arzt zugehen, bei dem sich der Patient entweder über einen längeren Zeit-

¹⁹² Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Rn. B 97.

¹⁹³ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 44.

¹⁹⁴ Siehe hierzu die Ausführungen unter B. III. 3.

raum nicht mehr oder überhaupt nicht mehr in Behandlung befindet. Es stellt sich daher im Kern die Frage, inwieweit die Behandlungsseite eine Einbestellungspflicht gegenüber dem Patienten trifft, wenn dieser in verschiedenen medizinischen Einrichtungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten behandelt wird. Solche Konstellation treten insbesondere auf, wenn ein Hausarzt den Patienten an einen Facharzt überweist und dieser den Patienten wiederum an einen anderen Arzt oder zur ambulanten oder stationären Behandlung in ein Krankenhaus überweist. Der BGH hat sich in einem aktuellen Urteil mit dieser Frage befasst.¹⁹⁵ In dem betreffenden Fall hatte die beklagte Hausärztin den Kläger, bei dem ein Tumor in der Kniekehle vorlag, an einen Facharzt überwiesen. Anschließend befand sich der Kläger in verschiedenen Krankenhäusern in medizinischer Behandlung. Bei der letzten stationären Krankenhausbehandlung des Klägers fand neben der Operation eine Befunderhebung statt, deren Auswertung den Aufenthalt im Klinikum überdauerte. Dieses teilte der Beklagten schriftlich die Diagnose eines bösartigen Tumors mit und bat diese zugleich um Vorstellung des Klägers in einem onkologischen Spezialzentrum. Die Beklagte leitete dieses Schreiben nicht an den Kläger weiter und informierte ihn auch nicht über dessen Inhalt. Als sich der Kläger knapp anderthalb Jahre später bei der Beklagten wegen einer Handverletzung vorstellte, kam das Ergebnis der Befunderhebung zur Sprache. Der BGH sieht einen Behandlungsfehler darin, dass die Beklagte den Kläger nicht über die Diagnose unterrichtet hat. Nach Auffassung des BGH ist ein Arzt zur Weiterleitung bedrohlicher Befunde an den Patienten verpflichtet ist, wenn er als einziger den betreffenden Arztbrief erhält und sich aus diesem nicht eindeutig ergibt, dass auch der Patient oder der diesen weiterbehandelnde Arzt den Arztbrief erhalten haben. Diese Verpflichtung lässt sich bei Fortbestehen eines Behandlungsvertrages aus den vertraglichen Pflichten des Arztes gegenüber dem Patienten begründen. Sie kann darüber hinaus bei Beendigung des Behandlungsvertrages auf eine nachvertragliche Pflicht des Arztes aus § 241 Abs. 2 BGB gestützt werden.¹⁹⁶ Der Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet unmittelbar den jeweiligen Behandelnden, dem Patienten die erforderlichen therapeutischen Informationen mitzuteilen.¹⁹⁷ Zwar können Arzt und Patient die Ausgestaltung des Übermittlungsweges der relevanten Informationen individuell vereinbaren, da hierin kein Informationsverzicht zu sehen und somit auch keine ausdrückliche Informationsverzichtserklärung des Patienten nach § 630c Abs. 4 BGB erforderlich ist. Daher ist es zulässig, dass die medizinische Einrichtung, die den Befund auswertet oder das Befundergebnis zuerst erhält, mit dem Patienten vereinbart, dass die Ergebnisse der Befunderhebung an eine andere medizinische Einrichtung übermittelt werden und der Patient diese dort abfragt. Im Regelfall betrifft dies die

¹⁹⁵ BGH, MedR 2019, 66.

¹⁹⁶ BGH, MedR 2019, 66 (68).

¹⁹⁷ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Patientenrechtegesetz auf den Fall des BGH nicht anwendbar war.

Übermittlung der Befunde an den Hausarzt. Allerdings ist zugleich festzustellen, dass bei dieser Gestaltung der Befundmitteilungspflicht therapeutische Aufklärungspflichten bestehen, wie sie auch bei der zeitlich gestreckten Behandlung durch einen einzelnen Behandelnden ausgelöst werden. Die Risiken einer unzureichenden Information des Patienten in Fällen der hier in Rede stehenden Art können höher liegen, weil der Behandelnde mit der Weiterleitung des relevanten Befundergebnisses an eine andere medizinische Einrichtung die Kontrolle über die vollständige Aufklärung des Patienten aus der Hand gibt, wenn dort nicht zugleich eine unmittelbare Übermittlung der betreffenden Informationen und Befunde an den Patienten erfolgt. Hieraus lässt sich ableiten, dass der Arzt in dieser Konstellation mindestens denselben Informationspflichten unterliegen muss wie ein Arzt, der den Patienten allein behandelt. Vor diesem Hintergrund ist es vorzugswürdig, dass jeder Behandelnde verpflichtet ist, den Patienten auch nach Unterbrechung oder Beendigung des direkten Kontakts über bedrohliche Befunde und das weitere Prozedere zu informieren. Eine andere Beurteilung kommt in Betracht, wenn sich eine medizinische Einrichtung, die einen Befund an den vorbehandelnden Arzt übermittelt, mit Erfolg vergewissert, dass diese den Befund an den Patienten weiterleitet. Aufgrund der kommunikativen Risiken, die in dieser Konstellation bestehen, sollte eine Erfüllung der Aufklärungspflichten der nachbehandelnden medizinischen Einrichtung jedoch erst dann angenommen werden, wenn diese sich ausdrücklich bei dem anderen Behandelnden vergewissert, dass dieser den Patienten über den Befund informieren wird. Dieser strenge Maßstab kann dadurch gerechtfertigt werden, dass eine medizinische Einrichtung, die den Befund auswertet, als erstes vom Befundergebnis sowie dessen medizinische Bedeutung und Tragweite für die Gesundheit des Patienten erfährt und damit primär dafür zuständig ist, den Patienten über den Befund zu informieren. Zudem besteht der Behandlungsvertrag zwischen dem Patienten und einer medizinischen Einrichtung auch dann fort, wenn der Patient in dieser Einrichtung nicht mehr weiter behandelt wird, aber die Auswertung erhobener Befunde noch andauert. Zutreffend weist der BGH in diesem Zusammenhang darauf hin, „dass der Arzt, der einen solchen Befund erhält, den Informationsfluss aufrechterhalten muss, wenn sich aus der Information selbst nicht eindeutig ergibt, dass der Patient oder der diesen weiterbehandelnde Arzt sie ebenfalls erhalten hat“¹⁹⁸. Gegen eine Informationspflicht des Überweisungsempfängers wird jedoch unter anderem der Vertrauensgrundsatz angeführt.¹⁹⁹ In dem Sachverhalt hatte ein Gynäkologe die Patientin an einen Radiologen überwiesen. Dieser ermittelte einen unsicheren Karzinomverdacht mit weiterem Abklärungsbedarf und wies den Gynäkologen hierauf und eine unverzüglich erforderliche Ultraschalluntersuchung sowie erneute Mammographie in einem halben Jahr hin. Eine Einbestellung

¹⁹⁸ BGH, MedR 2019, 66 (68).

¹⁹⁹ OLG Hamm, MedR 2005, 471 (473).

durch den Gynäkologen unterblieb. Der Karzinomverdacht wurde nach 16 Monaten bestätigt. Die Patientin erachtete es als fehlerhaft, dass der Radiologe nicht auch sie über den Befund unterrichtet hat. Dies lehnt das OLG Hamm unter Hinweis darauf ab, dass es sich um keine abschließende Diagnose handelte, der Vertrauensgrundsatz Anwendung findet und die Patientin ansonsten nur unnötig beunruhigt worden wäre.²⁰⁰ Dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht mit dem Vertrauensgrundsatz begründen. Dessen Anwendungsbereich ist auf Gefahren beschränkt, die ausschließlich dem fachlichen Aufgabenbereich eines Arztes zugeordnet sind.²⁰¹ Bei der Mitteilung auffälliger Befunde sowie der Einbestellung des Patienten handelt es sich nicht um eine Aufgabe, die zum fachlichen Aufgabenbereich einer bestimmten Facharztgruppe zuzuordnen ist, solange es nicht um die konkrete Entscheidung über therapeutische Maßnahmen oder die Anwendung der erforderlichen Behandlungsmaßnahmen geht. Dementsprechend weist die Rechtsprechung auf die Gefährlichkeit potenzieller Kommunikationslücken bei arbeitsteiligen sowie zeitlich gestreckten Behandlungen hin.²⁰² Der Arzt ist daher verpflichtet, den Patienten über Untersuchungsergebnisse aufzuklären, wenn ihm Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Patient von den Ergebnissen keine Kenntnis erlangt hat.²⁰³ Diese Grundsätze finden sich in der Rechtsprechung zur horizontalen Arbeitsteilung wieder. Der BGH weist darauf hin, dass bei Beteiligung mehrerer Ärzte verschiedener Fachrichtungen eine Pflicht der beteiligten Ärzte besteht, „durch hinreichende gegenseitige Information und Abstimmung vermeidbare Risiken für den Patienten auszuschließen“.²⁰⁴ Zwar kann ein Patient beunruhigt werden, wenn ihm ein schwerwiegender Erkrankungsverdacht mitgeteilt wird. Allerdings bringt eine unterbleibende Mitteilung das Risiko mit sich, dass die Aufklärung des Patienten gänzlich unterbleibt und mit schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen für den Patienten einhergeht. Ferner kann der Überweisungsempfänger den Patienten in allgemein gehaltener Form auf das Erfordernis einer Kontrolluntersuchung hinweisen und das detaillierte Aufklärungsgespräch dem weiterbehandelnden Arzt überlassen. Zudem besteht das Risiko, dass der Patient nach der Befunderhebung seine Kontaktdaten durch einen Umzug oder eine neue Rufnummer ändert oder aus anderen Gründen nicht zeitnah über die Befundergebnisse informiert werden kann. Wird der Patient zuvor nicht auf die Bedeutung einer späteren Befundbesprechung hingewiesen, besteht daher potenziell das Risiko, dass er insbesondere bei subjektiv empfundener Beschwerdefrei-

²⁰⁰ OLG Hamm, MedR 2005, 471 (473). Die Kommissionsgutachter sowie ein Privatgutachter gelangten zu der Einschätzung, dass eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit der Patientin unverzichtbar gewesen sei. Der Senat setzt sich mit diesen Erwägungen ausführlich auseinander.

²⁰¹ OLG Köln, NJW-RR 2003, 1031 (1031).

²⁰² OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 51.

²⁰³ OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 51.

²⁰⁴ BGH, MedR 1999, 321 (322 f.).

heit keinen Anlass sieht, sich nach den Befunden zu erkundigen und daher auch der Versuch einer Weiterleitung durch den jeweiligen Hausarzt fehlschlagen kann. Eine vollständige und eindringliche Aufklärung des Patienten über die Bedeutsamkeit der Befunderhebung stellt daher in einem höheren Ausmaß sicher, dass der Patient die erforderlichen Anstrengungen unternimmt, um sich auf der einen Seite nach den Befunden zu informieren, wodurch der Schutz seiner Gesundheit und damit der mit dem Behandlungsvertrag vereinbarte Heilungserfolg in höherem Maß sichergestellt wird. Auf der anderen Seite kann den Patienten ein Mitverschulden treffen, wenn er von einem Behandelnden über die Bedeutsamkeit einer Befundabfrage aufgeklärt wird und sich trotzdem nicht nach dem Befund erkundigt.

d) Pflichten bei vollständiger Aufklärung

Während den Arzt im Falle einer unvollständigen Aufklärung oder beim Vorliegen neuer Befunde auch nach Beendigung eines Behandlungstermins Informationspflichten treffen, kann dieses Ergebnis nicht ohne Weiteres auf Fälle übertragen werden, in denen der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins vollständig aufklärt. Insoweit lässt sich auch hier eine Parallele zu Fällen ziehen, bei denen der Patient zu mehreren Terminen beim selben Arzt erscheinen muss. Klärt der Arzt den Patienten vollständig auf, erfüllt er seine therapeutische Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB bereits während des Behandlungstermins. Dies hat zur Konsequenz, dass der Arzt nach dem Termin nicht zu einer weiteren Aufklärung verpflichtet ist. Zwar muss der Arzt den Patienten auch dann über neue Befunde unterrichten, wenn er den Patienten zuvor bereits auf die Wichtigkeit einer Befundabfrage hingewiesen hat.²⁰⁵ Allerdings knüpft diese Betrachtung an eine neuartige Informationslage an, die den ohnehin bestehenden Wissens- und Informationsvorsprung des Arztes gegenüber dem Patienten durch das neue Befundergebnis nochmals erweitert. Überweist der Arzt den Patienten jedoch zur Weiterbehandlung an einen anderen Arzt, wird im Regelfall zwischenzeitlich keine neue Erkenntnislage eintreten, da die Überweisung gerade zur Behandlung und Befunderhebung durch den spezialisierten Arzt einer anderen Facharztgruppe oder mit den erforderlichen Untersuchungsgeräten ausgestatteten Arzt derselben Facharztgruppe erfolgt, § 24 Abs. 4 Nr. 1 BMV-Ä. Klärt der Arzt den Patienten daher vollständig über die Wichtigkeit der Überweisung auf, ohne dass nach dem Behandlungstermin neue Befunde vorliegen, und bleibt der Patient der weiteren Behandlung fern, kann sich eine Pflicht zur Einbestellung nicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB ergeben, da der Arzt seine Leistungspflichten insoweit vollständig erbracht hat. Insbesondere wenn der Arzt den Patienten zur dauerhaften Weiterbehandlung an einen anderen Arzt überweist, erfüllt er seine

²⁰⁵ Siehe die Ausführungen unter B. III. 3.

Leistungspflichten, wenn er den Patienten vollständig aufklärt.²⁰⁶ In dieser Konstellation einigen sich der überweisende Arzt und Patient auf eine Beendigung des Behandlungsvertrages, sodass beim überweisenden Arzt keine Behandlungspflichten verbleiben.²⁰⁷ Dies ergibt sich auch mit Blick auf § 24 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BMV-Ä, wonach im Falle einer Überweisung zur Weiterbehandlung die gesamte diagnostische und therapeutische Tätigkeit auf den weiterbehandelnden Vertragsarzt übertragen wird. Der Fortbestand einer Informationspflicht gegenüber dem Patienten kann in diesen Fällen daher nicht auf zuvor bestandene vertragliche Leistungspflichten des Arztes gestützt werden, da diese im Falle einer vollständigen Aufklärung und Erbringung der vereinbarten Behandlungsleistungen erfüllt sind. Als dogmatischer Anknüpfungspunkt für den Fortbestand ärztlicher Informationspflichten kommt in diesem Fall jedoch eine nachvertragliche Pflicht des Arztes oder eine im Deliktsrecht zu verankernde Informationspflicht in Betracht, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Deliktsrechts insbesondere als relevant erachtet, wo ein Behandlungsvertrag nicht besteht.²⁰⁸ Allerdings geht eine solche Informationspflicht mit weitreichenden Konsequenzen einher, da der Arzt in allen Behandlungen verpflichtet wäre, den Patienten im Falle seines Fernbleibens an die Behandlung zu erinnern. Dies ist mit Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit der Vertragsparteien sowie dem Leitbild vom mündigen Patienten nicht zu vereinbaren. Der Patient hat vielmehr mit dem Überweisungsempfänger einen neuen Vertragspartner, der ihm gegenüber zur ordnungsgemäßen medizinischen Behandlung verpflichtet ist. Daher ist auch eine nachvertragliche Informationspflicht bei vollständiger Aufklärung durch den überweisenden Arzt abzulehnen.²⁰⁹ Bei vollständiger therapeutischer Aufklärung besteht daher keine Kontrollpflicht des überweisenden Arztes gegenüber dem Patienten, sofern dem überweisenden Arzt zwischenzeitlich keine neuen Befunde vorliegen.

e) Fazit

Auch im Falle einer Überweisung an einen anderen Arzt kann der überweisende Arzt verpflichtet sein, den Patienten einzubestellen. In diesen Fällen ergeben sich keine Unterschiede zu den bereits erörterten Fallgruppen.

Jeder an der Behandlung beteiligte Arzt ist verpflichtet, dem Patienten Befundergebnisse mitzuteilen. Dieser Pflicht unterliegt der jeweilige Behandelnde nur dann nicht, wenn er den Patienten eindringlich darauf hinweist, das Ergebnis der Befunderhebung bei einem anderen Arzt zu erfragen und der Patient dem zustimmt oder der Behandelnde sich bei einem mitbehandelnden Arzt ausdrücklich vergewissert hat, dass dieser den Befund an den Patienten weiterleitet.

²⁰⁶ OLG Naumburg, BeckRS 2014, 05590.

²⁰⁷ OLG Naumburg, BeckRS 2014, 05590.

²⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

²⁰⁹ OLG Naumburg, BeckRS 2014, 05590.

Überweist ein Arzt einen Patienten an einen anderen Arzt und klärt ihn vollständig therapeutisch über die Bedeutung und Dringlichkeit der weiteren Behandlung auf, erfüllt er seine Leistungspflichten. Der Arzt ist dann nicht verpflichtet, den Patienten erneut auf die Dringlichkeit der Behandlung hinzuweisen.

6. Aufklärungspflichten bei Terminabsage durch Patienten

Sagt ein Patient einen Behandlungstermin wieder ab, stellt sich die Frage, inwieweit das Pflichtenprogramm der Parteien hiervon berührt wird. Die Rechtsprechung war bereits mit dieser Problematik befasst.²¹⁰ Im Zentrum steht hierbei jedoch meist die Frage, ob dem Arzt aufgrund des Terminausfalles ein Anspruch auf Vergütung oder Schadensersatz gegen den Patienten zusteht.²¹¹ Allerdings haben die Gerichte auch vereinzelt erörtert, inwieweit eine Terminabsage durch den Patienten eine therapeutische Aufklärungspflicht des Arztes auslöst.²¹² Die haftungsrechtliche Besonderheit dieser Konstellation liegt darin, dass der Patient sein Fernbleiben von der weiteren Behandlung durch die Terminabsage aktiv gegenüber der Behandlungsseite kommuniziert. Daher ist die Frage zu erörtern, ob und inwieweit dieser Umstand zu einer veränderten Beurteilung gegenüber den bislang erörterten Fallgruppen führt. Sagt der Patient einen Termin ab, kann dies als Kündigung des Behandlungsvertrages auszulegen sein, mit der Folge, dass die Leistungspflichten des Arztes vollständig entfallen. Dies kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt und auf potenzielle Gefahren der unterbleibenden Behandlung hingewiesen, also seine therapeutische Aufklärungspflicht erfüllt hat. Nach der Rechtsprechung kann der Arzt verpflichtet sein, dem Patienten durch nachträgliche therapeutische Hinweise den Ernst der Lage vor Augen zu führen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass der Patient bei einer Terminabsage die Gefährdungslage falsch einschätzt. In diesem Fall ist der Arzt verpflichtet, den Patienten vor einer unverantwortlichen und unvernünftigen Entscheidung zu schützen.²¹³ Die Rechtsprechung bewertet die Frage, ob trotz Terminabsage eine Einbestellungspflicht besteht, anhand der Aufklärungsvollständigkeit während des Behandlungstermins. In dem Sachverhalt des OLG Stuttgart hatte der Arzt den Patienten darauf hingewiesen, dass die Befunderhebungsmaßnahme erforderlich sei, weil sich hinter den Befunden auch „etwas Ernstes“ ver-

²¹⁰ LG München II, NJW 1984, 671; AG München, NJW 1990, 2939; AG Bremen, NJW-RR 1996, 818.

²¹¹ OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 1214.

²¹² OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 45; OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

²¹³ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

bergen könne.²¹⁴ Nach Auffassung des Senats hat der Arzt mit diesem Hinweis seine therapeutische Aufklärungspflicht erfüllt.²¹⁵ In dieser Konstellation ist der Arzt im Falle einer Terminabsage durch den Patienten – wie auch bei seinem bloßen Fernbleiben – nicht verpflichtet, mit dem Patienten in Kontakt zu treten und diesen einzubestellen. Zwar können die Ausführungen des Senats dahin zu deuten sein, dass den Arzt eine Nachforschungspflicht dergestalt trifft, ob der Patient den Ernst der ärztlichen Hinweise während des Behandlungstermins nachvollzogen hat. Allerdings würde dies einer ärztlichen Einbestellungspflicht gleichkommen, da dies potenziell bei allen Patienten der Fall sein kann und den Arzt dementsprechend bei allen Terminabsagen eine Nachforschungspflicht treffen würde. Es ist daher vorzugswürdig, im Falle einer Terminabsage durch den Patienten an die während des Behandlungstermins erfolgte Aufklärung anzuknüpfen, da die Einbestellungspflicht dadurch eine Kontur erhält. Etwas anderes gilt allerdings, wenn der Arzt den Patienten nicht vollständig aufgeklärt hat oder in der Zwischenzeit reaktionspflichtige Befunde vorliegen. Dann darf der Arzt nicht untätig bleiben, sondern muss den Patienten trotz der Terminabsage erneut einbestellen.²¹⁶ Soweit in der Rechtsprechung vertreten wird, dass ein Patient aufgrund der Vereinbarung des angeratenen Untersuchungstermins die Bedeutung der weiteren Behandlung für seine Gesundheit erkannt hat, kann dem nicht zugestimmt werden.²¹⁷ Dieser Rückschluss ist nicht zwingend. Der Arzt kann den Patienten auch darauf hinweisen, dass ein weiterer Behandlungstermin erforderlich ist, ohne ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen. Vereinbart ein Patient in dieser Situation einen Termin, führt dies nicht automatisch dazu, dass eine unvollständige Aufklärung geheilt wird. Der Patient kann den Termin auch aus routinemäßiger Folgsamkeit vereinbart haben, ohne sich der Bedeutung des Termins für seine weitere gesundheitliche Entwicklung bewusst zu sein. Bei unvollständiger Aufklärung oder dem zwischenzeitlichen Vorliegen eines auffälligen Befundes besteht die ärztliche Leistungspflicht somit auch dann fort, wenn der Patient einen vereinbarten Behandlungstermin absagt. Der Arzt ist dann verpflichtet, mit dem Patienten telefonisch in Kontakt zu treten und ihm die Dringlichkeit der Weiterbehandlung vor Augen zu führen. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Terminabsage durch den Patienten den Umfang der ärztlichen Einbestellungspflicht unberührt lässt.

²¹⁴ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

²¹⁵ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

²¹⁶ OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519.

²¹⁷ So aber OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

IV. Einbestellung als Fehleroffenbarungspflicht im Rahmen des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB

1. Entwicklung und Kodifikation

Die ärztliche Pflicht zur Fehleroffenbarung war jahrzehntlang stark umstritten.²¹⁸ Die Rechtsprechung hat bislang die Auffassung vertreten, dass ein Arzt nicht treuwidrig handelt, wenn er einen Behandlungsfehler auch im Falle einer Nachfrage leugnet, solange er nicht Tatsachen verschweigt oder verdreht.²¹⁹ Mit der Vorschrift des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB hat der Gesetzgeber nun erstmals eine Offenbarungspflicht für Behandlungsfehler und damit zugleich „im deutschen Zivilrecht ein Novum“²²⁰ geschaffen.²²¹ Allerdings sind die Legitimation, der Umfang sowie die praktische Bedeutung der Fehleroffenbarungspflicht auch nach ihrer Kodifikation nach wie vor stark umstritten.²²² Ungeachtet der unterschiedlichen Probleme, welche die Vorschrift im Zivil- und Strafrecht mit sich bringen kann²²³, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen darauf zu erörtern, inwieweit die Fehleroffenbarungspflicht zu einer Einbestellungspflicht führen kann. Die Pflicht zur Fehleroffenbarung ist nach dem Wortlaut für zwei Fallkonstellationen entwickelt worden: Sie entsteht durch eine Nachfrage des Patienten oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren.²²⁴ Ferner ist stets erforderlich, dass für den Behandelnden die Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen.

2. Einbestellungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB

Bezüglich der Einbestellungspflicht sind Fälle, in denen der Patient den Arzt nach einem Behandlungsfehler fragt, nicht relevant. Im Zeitpunkt einer entsprechenden Nachfrage des Patienten ist der Zeitraum, in welchem der Behandelnde den Patienten hätte einbestellen sollen, bereits abgelaufen. In dieser Konstellation besteht somit eine Kommunikation zwischen Arzt und Patient, auf deren Grundlage die Behandlung fortgesetzt werden kann. Die Einbestellung des Patienten ist in diesem Fall nicht mehr erforderlich. Mit Blick auf § 630c Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB ist allenfalls denkbar, dass der Arzt die einzelnen Behandlungstermine zeit-

²¹⁸ Gutmann, in: FS Bergmann, S. 62; Taupitz, NJW 1992, 713 (719).

²¹⁹ BGH, NJW 1984, 661 (662).

²²⁰ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 31; ders., VersR 2012, 789 (794); Gutmann, in: FS Bergmann, S. 60.

²²¹ Krit. zur Fehleroffenbarungspflicht Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Gemeinsame Stellungnahme vom 9. März 2012 zum PatRG-RefE, 13; Katzenmeier, MedR 2012, 576 (580); Preis/Schneider, NZS 2013, 281 (283).

²²² Spickhoff, JZ 2015, 15 (16); Gutmann, in: FS Bergmann, S. 60 ff.; Thurn, MedR 2013, 153 (155) „viel Lärm um nichts“.

²²³ Spickhoff, JZ 2015, 15 (16 ff.); Gutmann, in: FS Bergmann, S. 61 ff.

²²⁴ Spickhoff, JZ 2015, 15 (21).

lich nicht entsprechend den medizinischen Erfordernissen gesetzt hat und die Behandlung dadurch insgesamt zögerlich durchgeführt worden ist. Fragt der Patient in dieser Konstellation nach einem Behandlungsfehler, ist der Behandelnde verpflichtet, hierüber Auskunft zu erteilen. In diesem Fall hat der Behandelnde seine Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB verletzt, indem er den Patienten nicht darüber aufgeklärt hat, dass die Behandlung dringlich durchzuführen ist und die Behandlungstermine nicht engmaschig genug angesetzt hat. Eine Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB stellt nach ständiger Rechtsprechung einen Behandlungsfehler dar.²²⁵

3. Einbestellungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB

Mit Blick auf die Einbestellungspflicht ist die zweite Alternative der Fehleroffenbarungspflicht relevant. Diese bietet aufgrund ihrer Zwecksetzung eine präzisierte Grundlage für die Annahme einer Einbestellungspflicht. Ausweislich des Wortlautes sowie der gesetzgeberischen Erwägungen, dient die Pflicht zur Fehleroffenbarung in § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB primär dem Schutz der Gesundheit des Patienten.²²⁶ Versäumt es der Behandelnde daher, den Patienten auf das Erfordernis oder die Dringlichkeit weiterer Termine während der letzten Konsultation hinzuweisen, und bleibt der Patient der weiteren Behandlung deshalb fern, erfüllt die Einbestellungspflicht die Zwecksetzung des § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB, denn die Einbestellung des Patienten soll die rechtzeitige Weiterbehandlung sicherstellen und den Eintritt eines Gesundheitsschadens verhindern. In diesem Fall ist auch die Voraussetzung eines Behandlungsfehlers erfüllt, da der Behandelnde seine therapeutische Aufklärungspflicht verletzt, wenn er den Patienten nicht auf den Zeitraum sowie die Dringlichkeit eines weiteren Behandlungstermins hinweist und dies einen Behandlungsfehler darstellt.²²⁷ Fraglich ist ferner, ob die Einbestellungspflicht in diesen Fällen mit dem weiteren Wortlaut der Vorschrift zu vereinbaren ist. Nach diesem muss der Behandelnde lediglich Umstände offenzulegen, die einen Behandlungsfehler begründen und schuldet dem Patienten daher nur eine Tatsacheninformation.²²⁸ Der Arzt muss seine ursprüngliche Aufklärung jedoch nicht als mangel- oder gar fehlerhaft bewerten.²²⁹ Im Falle einer unvollständigen Einbestellung liegt der Behandlungs-

²²⁵ BGH, NJW 2005, 1716; BGH, NJW 1994, 3012; BGH, NJW 1989, 2318 (2319); OLG Köln, VersR 2013, 237 (238); OLG Köln, VersR 2015, 1173; MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 15; *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht, BGB § 630c Rn. 22 f. unter Hinweis auf unsachgerechte Ergebnisse, die entstehen, wenn der Begriff des Behandlungsfehlers in § 630c Abs. 2 S. 2 BGB sich nicht auf Aufklärungsfehler bezieht.

²²⁶ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 46.

²²⁷ BGH, NJW 2005, 427 (428); *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 63; *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (20); MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 15.

²²⁸ *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 64; *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (508).

²²⁹ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 47; *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 63; *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (510); *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (23).

fehler darin begründet, dass der Arzt den Patienten unzureichend über das Erfordernis oder die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt hat. Die Einbestellung richtet sich somit primär darauf, den Patienten darauf hinzuweisen, dass er dringend zur weiteren Behandlung erscheinen soll. Zwar räumt der Arzt reflexhaft eine Verletzung seiner Aufklärungspflicht ein, wenn er den Patienten einbestellt, da der Patient aus der Einbestellung den Schluss ziehen kann, dass der Arzt es versäumt hat, ihm bereits während des Behandlungstermins die Dringlichkeit der Weiterbehandlung vor Augen zu führen. Mit der Einbestellung räumt der Behandelnde damit konkludent einen Behandlungsfehler in Fällen ein, in denen er den Patienten nicht ordnungsgemäß therapeutisch aufgeklärt oder ihm ein Behandlungsfehler im engeren Sinne widerlaufen ist.²³⁰ Jedoch ist dies hinzunehmen, da die Fehleroffenbarungspflicht andernfalls keinen Anwendungsbereich hätte. Die Konnotation der von der Fehleroffenbarungspflicht umfassten Umstände ist daher als mögliche Folge der Offenbarung in Kauf zu nehmen.²³¹ Der Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB setzt jedoch voraus, dass für den Behandelnden diejenigen Umstände, die die Annahme eines Behandlungsfehler begründen, „erkennbar“ sein müssen.²³² Dieser Aspekt ist mit Blick auf die Erwägung bedeutsam, dass sich der Arzt im Nachgang an den Behandlungstermin nicht mehr an die Details jedes Behandlungsgesprächs zu erinnern vermag. Allerdings muss hinsichtlich dieser Problematik zunächst zwischen zwei Fallgestaltungen differenziert werden. Bestellt der Arzt den Patienten unvollständig ein und liegen ihm nach dem Termin ausgewertete Befunde vor, die dringenden Anlass zur weiteren Behandlung geben, und erscheint der Patient nicht zum erforderlichen Behandlungstermin, sind für den Arzt die Umstände des Behandlungsfehlers erkennbar, da ihm das Fernbleiben des Patienten durch die Auswertung des Befundes vor Augen geführt wird. Dadurch liegen dem Arzt zugleich Umstände vor, aus denen für ihn die Möglichkeit erkennbar wird, dass er den Patienten unzureichend einbestellt hat und ihm damit ein Behandlungsfehler unterlaufen ist. Problematischer sind Fälle, in denen der Arzt den Patienten während des Termins unvollständig aufklärt, jedoch nach dem Termin keine Befunde ausgewertet werden, also keine neue Erkenntnislage über den Gesundheitszustand des Patienten vorliegt. In diesem Fall erlangt der Arzt bei Fernbleiben des Patienten keine neuen Erkenntnisse, die für ihn erkennbar werden lassen, dass er den Patienten unzureichend einbestellt hat. Dies führt zu der Frage, ob es für die Erkennbarkeit eines Behandlungsfehlers ausreicht, dass dieser zu irgendeinem Zeitpunkt für den Arzt erkennbar war. Bei einer fehlerhaften Einbestellung ist dies der Fall, da der Arzt bereits während des Behandlungsgesprächs erkennen kann, ob er den Patienten vollständig aufgeklärt hat. Im Kern geht die Auslegung der Tatbestands-

²³⁰ *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (508).

²³¹ *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (21).

²³² *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630c Rn. 41.

voraussetzung der Erkennbarkeit mit der Frage einher, welcher Sorgfaltsstandard insoweit maßgeblich ist, da der Begriff der Erkennbarkeit in § 122 Abs. 2 BGB als fahrlässige Unkenntnis definiert wird.²³³ Zu erörtern ist daher, ob der Arzt im Nachgang an einen Behandlungstermin erkennen muss, dass er den Patienten unzureichend aufgeklärt hat. Hiergegen kann angeführt werden, dass der Gesetzgeber eine „Recherchepflicht des Behandelnden zur Abklärung möglicher, für ihn aber nicht erkennbarer Behandlungsfehler“ verneint hat.²³⁴ Dies gibt jedoch keine Antwort darauf, welche Maßstäbe für die Erkennbarkeit anzulegen sind. Verneint man die Erkennbarkeit aufgrund der fehlenden Erinnerung des Arztes, hätte dies außerdem zur Folge, dass der gewissenhaftere Arzt gegenüber dem weniger gewissenhaften Arzt schlechter gestellt wird. Für das Merkmal der Erkennbarkeit sollte es daher genügen, wenn der Behandlungsfehler für den Arzt zu irgendeinem Zeitpunkt erkennbar war.²³⁵ Der Behandelnde ist somit aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB verpflichtet, den Patienten einzubestellen und weiter zu behandeln.²³⁶ Dies gilt auch, wenn der Behandlungsfehler nicht in einer unzureichenden Aufklärung, sondern in einem Behandlungsfehler im engeren Sinne besteht. Hierunter sind Fälle zu fassen, in denen etwa bei einer Tumoroperation fehlerhaft nicht das gesamte Karzinom entfernt oder eine unzutreffende Diagnose gestellt wird.²³⁷ Demnach ist der Fehleroffenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB im Falle einer zeitlich gestreckten Behandlung bei unvollständiger Aufklärung und Fernbleiben des Patienten oder vorangegangener fehlerhafter Behandlung im klassischen Sinne eine Einbestellungspflicht inhärent. Neben einer fehlerhaften Aufklärung oder Fehlbehandlung im engeren Sinne ist eine Einbestellungspflicht auch denkbar, wenn Laborproben verwechselt werden oder Operationsbesteck *in situ* zurückgelassen wird.²³⁸ Allerdings ist die Einbestellungspflicht nicht innerhalb des § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB zu verorten, soweit der Arzt den Patienten vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufklärt, also seine Einbestellungspflicht bereits während des Termins vollständig erbringt. Zwar besteht auch bei vollständiger Aufklärung eine Einbestellungspflicht, wenn nach dem Behandlungstermin ein auffälliger Befund ausgewertet wird und der Patient der Behandlung fernbleibt. Allerdings erfordert der Wortlaut, dass für den Behandelnden die Umstände erkennbar sind, die auf einen Behandlungsfehler hindeuten. Dies ist nicht

²³³ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 43.

²³⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

²³⁵ Ähnlich *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (21); *Wagner*, VersR 2012, 789 (796); MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 41, unter Hinweis darauf, dass die ursprüngliche Formulierung des Referentenentwurfs dahingehend geändert worden ist, dass es auf die Umstände ankommt, die für den jeweiligen Behandelnden erkennbar sind.

²³⁶ So auch NK-BGB/Voigt, BGB § 630c Rn. 12.

²³⁷ *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (507).

²³⁸ NK-BGB/Voigt, BGB § 630c Rn. 12; *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, 506 (507).

der Fall, wenn er den Patienten gemäß § 630c Abs. 2 S. 1 BGB vollständig während des Behandlungstermins aufgeklärt hat, da dann kein Behandlungsfehler vorliegt. Die unter Fallgruppe 3 gefassten Konstellationen lösen daher keine Fehleroffenbarungspflicht des Behandelnden aus.²³⁹

4. Haftungsrechtliche Relevanz

Im Schrifttum wird einhellig die Auffassung vertreten, dass die Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB kaum einen praktischen Anwendungsbereich beanspruchen kann, der über die therapeutische Aufklärungspflicht hinausgeht²⁴⁰ und daher „ohne nennenswerte eigenständige haftungsrechtliche Bedeutung bleibt“²⁴¹. Als Begründung wird angeführt, dass der Patient einen Anspruch wegen des begangenen Behandlungsfehlers erhält und einen zweiten Anspruch wegen Verletzung der Informationspflicht, der über ersteren nicht hinausreicht.²⁴² Dies sei eine „ergebnisneutrale und daher sinnlose Verdoppelung der Haftung“²⁴³. Diese Ausführungen sind zutreffend, soweit sie sich darauf beziehen, dass mit der Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht kein neuer, vom Behandlungsfehler unabhängiger Haftungsgrund entsteht. Zugleich ist jedoch zu ergänzen, dass die Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht schwerer wiegen kann als der ursprüngliche Behandlungsfehler, was wiederum für die Frage relevant ist, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt. Nimmt der Behandelnde etwa eine Befunderhebung vor, deren auffälliges Ergebnis erst während der Abwesenheit des Patienten vorliegt, begründet das Ergebnis der Befunderhebung eine gegenüber dem Zeitpunkt des Behandlungstermins neue Erkenntnislage, die Anknüpfungspunkt für eine Fehleroffenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB ist. Zu konzedieren ist jedoch, dass auch in dieser Konstellation originärer Anknüpfungspunkt für eine Fehleroffenbarungspflicht eine ursprüngliche Verletzung der therapeutischen Informationspflicht während des Behandlungstermins ist und der Arzt somit bereits aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB zur Einbestellung des Patienten verpflichtet ist. Der Behandelnde versäumt es in dieser Konstellation beispielsweise, den Patienten während des Behandlungstermins darauf hinzuweisen, dass er dringlich zur Besprechung des Befundes erscheinen soll. Die Pflichtverletzungen haben in diesem Fall unterschiedliches Gewicht. Während die Verletzung der Informationspflicht beim Behandlungstermin lediglich auf eventualer Tatsachengrundlage beruhte, d. h. der Möglichkeit, dass

²³⁹ Siehe zu dieser Fallgruppe die Ausführungen unter B. III. 3.

²⁴⁰ *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (22); *Gutmann*, in: FS Bergmann, S. 71.

²⁴¹ BeckOK BGB/*Katzenmeier*, BGB § 630c Rn. 15; *Wagner*, VersR 2012, 789 (795 ff.).

²⁴² BeckOK BGB/*Katzenmeier*, BGB § 630c Rn. 15; *Wagner*, VersR 2012, 789 (795 ff.).

²⁴³ *Wagner*, VersR 2012, 789 (795).

der Befund anhand der Beschwerden des Patienten schwerwiegend ist, kann mit dem Vorliegen der Befundauswertung eine sichere Bestätigung des Erkrankungsverdacht einhergehen. Versäumt es der Behandelnde in dieser Konstellation, den Patienten im Falle seines Fernbleibens telefonisch über das Ergebnis der Befunderhebung zu informieren, verletzt er seine Fehleroffenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB schwerer als seine Informationspflicht während des Behandlungstermins, da zu diesem Zeitpunkt die Erkenntnislage zumindest noch ungewiss war. Allerdings ergibt sich dies bereits aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB. § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB kann nur dann eine haftungsrechtliche Relevanz gegenüber § 630c Abs. 2 S. 1 BGB entfalten, wenn im Falle einer Pflichtverletzung der zusätzlichen Verletzung der Fehleroffenbarungspflicht eine wertungsmäßige Bedeutung beigemessen wird. Diese kann dann bei der Frage bedeutsam werden, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt. Beispielsweise hat das OLG Hamm eine fehlerhafte Befunderhebung und die unterlassene Einbestellung der Patientin zur erneuten Befunderhebung während eines anschließend geführten Telefonats in der Zusammenschau als groben Behandlungsfehler bewertet.²⁴⁴

5. Fazit

Aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB ist eine ärztliche Einbestellungspflicht abzuleiten. Zu begründen ist dies mit dem Wortlaut und der Zwecksetzung der Vorschrift, die auf eine Vermeidung von Gesundheitsgefahren gerichtet sind, und die Einbestellung des Patienten diese Voraussetzungen erfüllt. Klärt der Arzt den Patienten vollständig auf, kann keine Einbestellungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB abgeleitet werden, da dann kein Behandlungsfehler vorliegt.

V. Einbestellung im Rahmen des allgemein anerkannten fachlichen Standards

1. Einbestellung als allgemein anerkannter fachlicher Standard aus § 630a Abs. 2 BGB

Im bisherigen Verlauf der Arbeit wurde erörtert, inwieweit eine Einbestellungspflicht aus den ausdrücklich normierten Pflichten des Behandelnden abgeleitet werden kann. Weitergehend ist jedoch die Frage aufzuwerfen, inwieweit die Einbestellungspflicht unmittelbar aus dem allgemein anerkannten fachlichen Standard abzuleiten ist. Nachfolgend wird daher untersucht, ob eine Einbestellungspflicht unmittelbar aus dem medizinischen Standard abgeleitet werden kann.

²⁴⁴ OLG Hamm, BeckRS 2015, 19022, Rn. 38.

*a) Begriff und Elemente
des allgemein anerkannten fachlichen Standards*

Der Gesetzgeber hat den Begriff des allgemein anerkannten fachlichen Standards in § 630a Abs. 2 BGB normiert. Eine ausdrückliche Definition liefert das Gesetz nicht.²⁴⁵ Nach der Gesetzesbegründung ist der Standard anhand der zum Behandlungszeitpunkt bestehenden, naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und ärztlichen Erfahrung zu ermitteln, die für das jeweilige Behandlungsziel erforderlich sind und sich praktisch bewährt haben.²⁴⁶ Der Gesetzgeber will damit an die bestehende Rechtsprechung anknüpfen.²⁴⁷ Indessen bestehen Unterschiede zwischen der Formulierung des Gesetzgebers und derjenigen des BGH.²⁴⁸ Nach dessen Formulierung ist der Arzt verpflichtet diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, „die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden“²⁴⁹. Jedoch sind im Ergebnis keine Unterschiede zwischen den Formulierungen festzumachen, da der Gesetzgeber auf die bestehende Rechtsprechung des BGH verweist.²⁵⁰ Der medizinische Standard beschränkt sich nicht darauf, was faktisch praktiziert wird, ist also nicht nur als Beschreibung eines tatsächlichen Verhaltens von Ärzten zu sehen. Er enthält zugleich normativ wertende Elemente im Sinne eines anerkannt Richtigem, in Wissenschaft und Praxis als erforderlich angesehenen Normalverhaltens.²⁵¹ Der medizinische Standard bemisst sich somit nicht danach, was sich als ständige Übung eingeschliffen hat, sondern es ist darauf abzustellen, was rechtlich erforderlich ist.²⁵² Der medizinische Standard beschreibt somit diejenige Behandlung, die ein durchschnittlich qualifizierter Arzt nach dem jeweils aktuellen Stand von medizinischer Wissenschaft und Praxis an Kenntnissen, Wissen, Können und Aufmerksamkeit erbringen kann.²⁵³

b) Einbestellung als Behandlungspflicht nach medizinischem Standard

Betrachtet man die Einbestellungspflicht im Lichte des Standardbegriffes, stellt sich in erster Linie die Frage, ob die Einbestellung des Patienten als Behandlungspflicht nach dem medizinischen Standard zu bewerten ist. Dagegen

²⁴⁵ Krit. Thurn, MedR 2013, 153 f.

²⁴⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

²⁴⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

²⁴⁸ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 117.

²⁴⁹ BGH, NJW 1995, 776; 1999, 1778 (1779); OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1375 (1376).

²⁵⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 19. Verweis auf BGH, VersR 2010, 214 und OLG Hamm, NJW 2000, 1801.

²⁵¹ NK-BGB/Katzenmeier, § 823 Rn. 367.

²⁵² BGH, NJW 1975, 2246; Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, BGB, § 839 Rn. 6.

²⁵³ NK-BGB/Katzenmeier, § 823 Rn. 367.

ließe sich anführen, dass die Einbestellung des Patienten kein medizinischer Akt im Sinne einer Behandlungsmaßnahme ist, die unmittelbar während der Behandlung vollzogen wird, wie dies etwa bei einem diagnostischen Eingriff oder einer therapeutischen Maßnahme der Fall ist. Anders stellt sich die Lage jedoch dar, wenn man berücksichtigt, dass die Einbestellungspflicht innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht des Arztes zu verorten ist. Die therapeutische Aufklärungspflicht ist dem Kernbereich der medizinischen Behandlung zuzuordnen, da sie notwendiger Bestandteil der kunstgerechten ärztlichen Behandlung ist.²⁵⁴ Dies geht bereits aus dem Wortlaut des § 630c Abs. 1 S. 2 BGB hervor, der die therapeutische Aufklärungspflicht „für die Behandlung wesentlichen Umstände“ vorsieht. Auch mit Blick auf die Zwecksetzung der therapeutischen Aufklärungspflicht wird deutlich, dass diese dem Kernbereich der Behandlung zuzuordnen ist, da sie gänzlich der Gesundheit des Patienten dient.²⁵⁵ Verortet man die Einbestellung des Patienten daher innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht, ist es konsequent, die Einbestellungspflicht zugleich als Behandlungspflicht zu bewerten, also als originären Bestandteil der medizinischen Behandlung neben den anderen Behandlungspflichten des Arztes zu qualifizieren. Dies gilt insbesondere, wenn man sich vor Augen führt, dass die Einbestellungspflicht zugleich innerhalb des § 630a Abs. 1 BGB zu verorten ist, der die vertragstypischen Pflichten des Arztes beim Behandlungsvertrag normiert.

c) Einbestellung als Organisationspflicht nach medizinischem Standard

Zu erörtern ist die Frage, ob anhand der Merkmale des Standardbegriffs generalisierend in bestimmten Fällen eine ärztliche Einbestellungspflicht zu bejahen ist. Insbesondere im Bereich der Organisations- und Koordinierungspflichten kommt es für die Ermittlung des medizinischen Standards nicht auf eine ständige und eingeschliffene Übung innerhalb des Medizinbetriebs, sondern auf rechtliche Erfordernisse an.²⁵⁶ Blickt man auf die Einbestellungspflicht, wird erkennbar, dass diese ihrem Wesen nach eine organisatorische Maßnahme innerhalb der medizinischen Behandlung darstellt. Deutlich wird dies insbesondere, wenn man sich den Zweck der Einbestellung vor Augen führt, der darin besteht, den Patienten zur Wahrnehmung eines Arzttermins zu bewegen, damit die erforderliche Behandlung rechtzeitig erfolgen kann. Zwar ist die Einbestellung dogmatisch innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten. Da diese dem Kernbereich der Behandlung zuzuordnen ist, mag es in erster Linie als Widerspruch erscheinen, die organisatorische Funktion der Einbestellungspflicht hervorzuheben. Allerdings ist dies mit den Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Einbestellung

²⁵⁴ Geiß/*Greiner*; Arzthaftpflichtrecht, Rn. B 95; Laufs/*Kern/Rehborn*, ArztR-HdB, § 64 Rn 5.

²⁵⁵ Laufs/*Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V, Rn. 17.

²⁵⁶ Spickhoff/*Greiner*; Medizinrecht, BGB § 839 Rn. 6.

zu begründen. Die Einbestellung im hier verstandenen Sinne zielt lediglich darauf ab, die lückenlose Fortsetzung der Behandlung sicherzustellen, wenn die Behandlung zeitlich gestreckt, also der persönliche Kontakt zwischen Arzt und Patient unterbrochen wird.

Festzuhalten ist daher, dass die Einbestellungspflicht, trotz ihrer dogmatischen Verortung innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht, bei rein tatsächlicher Betrachtung organisatorischen Zwecken dient. Bei der Ermittlung der Frage, ob die Einbestellungspflicht als standardgemäße Organisationspflicht zu qualifizieren ist, kann auf die bereits dargestellten Fallgruppen zurückgegriffen werden. So stellt sich etwa die Frage, ob es dem medizinischen Standard entspricht, den Patienten über ein auffälliges und bedrohliches Befundergebnis auch dann zu informieren, wenn der Arzt den Patienten bereits während der Befunderhebung darauf hingewiesen hat, das Ergebnis der Befunderhebung abzufragen. Im Kern handelt es sich um ähnliche Fragen, die sich auch bei der Erörterung der Einbestellung im Rahmen anderer Vorschriften ergeben. Der Charakter der Einbestellung als Organisationspflicht wird deutlich, wenn man bedenkt, dass es nach der ordnungsgemäßen Erhebung und Auswertung der Befunde bei einer zeitlich gestreckten Behandlung schwerpunktmäßig zunächst nicht mehr um medizinische Fragen geht, sondern darum, den Patienten über die Befunde und deren Bedeutung überhaupt in Kenntnis zu setzen. Blickt man vor diesem Hintergrund auf die Wertung des Gesetzgebers, ergeben sich Anhaltspunkte für die Ableitung der ärztlichen Einbestellungspflicht aus der Zwecksetzung, die der Gesetzgeber mit der Normierung des allgemein anerkannten fachlichen Standards in § 630a Abs. 2 BGB verfolgt. Nach dessen Willen dient der medizinische Standard der „Erreichung des Behandlungsziels“²⁵⁷. Nicht unberücksichtigt bleiben darf hierbei jedoch der Umstand, dass der Gesetzgeber den Begriff des Standards an naturwissenschaftliche Erkenntnisse und ärztliche Erfahrung, also medizinische Umstände, knüpft. Allerdings kann für die Ableitung einer Einbestellungspflicht aus dem medizinischen Standard anhand der gesetzgeberischen Zwecksetzung, der Erreichung des Behandlungsziels, ein *argumentum a maiore ad minus* angeführt werden. Wenn der Behandelnde sogar dazu verpflichtet ist, komplexe wissenschaftliche Standards zur Erreichung des Behandlungsziels einzuhalten, dann muss dies erst recht für grundlegende organisatorische und informatorische Maßnahmen gelten, die ermöglichen sollen, dass die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen überhaupt vorgenommen werden können, also eine Vorstufe der eigentlichen Behandlung darstellen. Die Einbestellung des Patienten als rein informatischer Akt ist bei dieser Betrachtungsweise als Minus im medizinischen Standard enthalten. Es wäre widersprüchlich, wenn die ordnungsgemäße Erhebung und Auswertung eines Befundes dem medizinischen Standard entsprechen muss, aber die Mitteilung dieses Befundes an den Patienten sich nicht mehr am medizini-

²⁵⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

schen Standard messen lassen müsste. Dieses Ergebnis deckt sich mit der angeführten Erwägung des Gesetzgebers, wonach der medizinische Standard den Behandelnden auch zur Einhaltung organisatorischer Standards verpflichtet.²⁵⁸ Der Begriff der Behandlung ist daher weit zu verstehen und nicht auf Eingriffe oder sonstige Maßnahmen beschränkt.²⁵⁹ Das genannte Auslegungsergebnis könnte mit Blick auf den Vorrang der Parteivereinbarung angezweifelt werden. Dieser Grundsatz gilt gemäß § 630a Abs. 2 BGB auch beim Behandlungsvertrag. Vereinbaren Arzt und Patient einen Behandlungstermin, konkretisieren sie das Merkmal der *versprochenen Leistung* in § 630a Abs. 1 BGB durch eine ausdrückliche Parteivereinbarung. Ist die Terminierung ordnungsgemäß erfolgt, weil sie unter medizinischen Gesichtspunkten mit Blick auf den möglichen Befund medizinisch nicht zu beanstanden ist, erfüllt der Behandelnde zugleich seine Sorgfaltspflichten durch Anwendung des medizinischen Standards. Ferner droht im Falle einer Ableitung organisatorischer Pflichten aus dem Standard, die lediglich auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, eine Überdehnung des Standards zu einer Pflichtennorm ohne Konturen. Deswegen ist zumindest in solchen Fallkonstellationen, in denen der Behandelnde den Patienten vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufklärt und keine neuen Kenntnisse aus Befunderhebungen während der Abwesenheit des Patienten vorliegen, die Ableitung einer ärztlichen Einbestellungspflicht aus dem medizinischen Standard zu verneinen. Ansonsten ist von einem gewissenhaften Behandelnden zu erwarten, dass er den Patienten über neue konkrete medizinische Erkenntnisse, die seinen Gesundheitszustand betreffen aufklärt, wenn diese Erkenntnisse zum Zeitpunkt des Behandlungsgesprächs nicht mit abschließender Sicherheit bekannt sind. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der angeführten Rechtsprechung, wonach der Behandelnde sich bei dringender Behandlungsbedürftigkeit mit der ersten Weigerung des Patienten nicht zufriedengeben darf, sondern diesen mit aller Deutlichkeit wiederholt auf den Ernst der Situation hinweisen muss.²⁶⁰ Nichts anderes kann gelten, wenn schon keine Weigerung des Patienten erkennbar ist. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Einbestellung als informativische Maßnahme mit organisatorischem Charakter auch innerhalb des medizinischen Standards zu verorten ist.

d) Fazit

Nach dem Willen des Gesetzgebers umfasst der medizinische Standard auch organisatorische Pflichten. Die ärztliche Einbestellungspflicht ist demgemäß auch im medizinischen Standard zu verorten und als Minus innerhalb der eigentlichen Behandlungspflicht des Arztes enthalten.

²⁵⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 20.

²⁵⁹ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 91.

²⁶⁰ BGH, VersR 1954, 98 (99); OLG Köln, VersR 1996, 1021. Siehe hierzu die Ausführungen unter III. 3. c) dd).

2. Einbestellung im Rahmen ärztlicher Leitlinien

a) Fragestellung

Neben den formell-gesetzlichen Vorgaben können auch medizinische Regelwerke den Pflichtenumfang der Behandlungsseite beeinflussen, welche von Institutionen erlassen werden, die nicht zur verbindlichen Normsetzung befugt sind. Maßgeblich sind in diesem Zusammenhang die Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften zu nennen, die Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sind. Diese soll die Frage beantworten, inwieweit Leitlinien auf die Existenz oder den Umfang ärztlicher Einbestellungspflichten einwirken können, also mit Blick auf ärztliche Einbestellungspflichten eine haftungsrechtliche Aussagekraft entfalten.

b) Begriff und Funktion der ärztlichen Leitlinie

Der Gesetzgeber hat den Begriff der Leitlinie im Zuge der Normierung des Behandlungsvertrages nicht legaldefiniert. Den verschiedenen Definitionen sind jedoch gemeinsame Elemente zu entnehmen. Leitlinien sind danach systematisch entwickelte, wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Entscheidungshilfen über angemessene Vorgehensweisen bei speziellen diagnostischen und therapeutischen Problemstellungen, die durch professionelle Institutionen, insbesondere durch medizinische Fachgesellschaften, entwickelt und präzisiert werden.²⁶¹ Ihre mittelbare Funktion besteht darin, den jeweils aktuellen Stand der medizinischen Erkenntnisse zu fixieren und damit die standardgemäße Behandlung zu beschreiben.²⁶² Final dienen Leitlinien der medizinischen Qualitätssicherung und damit dem Schutz des Patienten.²⁶³ Zu diesem Zweck enthalten Leitlinien für definierte Behandlungssituationen eine konkrete Abfolge diagnostischer und therapeutischer Behandlungsschritte, von denen angesichts der Besonderheiten medizinischer Behandlungen erforderlichenfalls abzuweichen ist.²⁶⁴

c) Haftungsrechtliche Qualität ärztlicher Leitlinien

Da Leitlinien den Stand der medizinisch gesicherten Erkenntnis innerhalb eines medizinischen Fachbereichs wiedergeben, wirken sie sich auf die haftungsrechtliche Beurteilung ärztlichen Verhaltens aus. Sie rationalisieren den Haftungs-

²⁶¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. X Rn. 10; Hart, *MedR* 1998, 8 (10); ders., in: *Ärztliche Leitlinien*, S. 137 (141); Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, § 1 Rn. 571; Elster, *Ärztliche Leitlinien*, S. 62; Staudt, *Medizinische Richt- und Leitlinien im Strafrecht*, S. 117 f.; Dressler, in: FS Geiß, S. 379; Deutsch, *JZ* 1997, 1030 (1032).

²⁶² Deutsch//Spickhoff, *Medizinrecht*, Rn. 363.

²⁶³ Hart, *MedR* 1998, 8 (10); Ziegler, *VersR* 2003, 545 (546 f.); Katzenmeier, *Arzt-haftung*, S. 280.

²⁶⁴ Schnapp/Wigge/Seewald, *Handbuch des Vertragsarztrechts*, Rn. 61; Hart, *MedR* 1998, 8 (12).

prozess, indem sie die Feststellung des medizinischen Standards erleichtern.²⁶⁵ Zwar deutet der Gesetzgeber an, dass der medizinische Standard durch Leitlinien wiedergegeben wird.²⁶⁶ Zugleich wird in der Gesetzesbegründung jedoch auf die Rechtsprechung des BGH verwiesen.²⁶⁷ Dieser vertritt allerdings die Auffassung, dass die jeweils einschlägige Leitlinie nicht mit dem medizinischen Standard gleichzusetzen ist.²⁶⁸ Da jede Behandlungssituation eine individuelle Komponente beinhaltet, muss der Arzt von der Leitlinie abweichen können, ohne dass diese Abweichung stets fehlerhaft ist.²⁶⁹ Leitlinien haben daher keinen Rechts-satzcharakter.²⁷⁰ Maßgeblich ist die medizinische Plausibilität der Abweichungsgründe.²⁷¹ Die Leitlinie ist ferner nicht geeignet, das Gutachten eines medizinischen Sachverständigen im Haftungsprozess zu ersetzen, da sie trotz ihrer wissenschaftlichen Fundierung lediglich einen abstrakten Informationscharakter aufweist und eine individuelle sachverständige Begutachtung daher nicht ersetzen kann.²⁷² Dennoch geben Leitlinien die „überwiegende Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise“ wieder, sodass eine Abweichung nur auf Grundlage konkreter Einzelfallinformationen zulässig ist.²⁷³ Dosierte der Behandelnde etwa ein Medikament nicht leitlinienkonform, aber entsprechend einer in der medizinischen Fachliteratur als vertretbar eingeschätzten Auffassung, liegt kein Behandlungsfehler vor.²⁷⁴ Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die Befolgung der Leitlinie bewirke eine „Haftungsimmunisierung“.²⁷⁵ Befolge der Behandelnde die jeweils gültige Leitlinie, sei ihm prinzipiell kein Behandlungsfehler vorzuwerfen.²⁷⁶ Begründet wird dies mit dem Gedanken, dass der Behandelnde für seine Qualitätsanstrengung auf der Haftungsseite zu entlasten sei.²⁷⁷ Für diese Überlegung spricht, dass sie dem Arzt einen Anreiz zur leitlinienkonformen Behandlung setzt und damit eine präventive Schutzfunktion zugunsten des Patienten entfalten kann. Die Befolgung einer dem Standard entsprechenden Leitlinie indiziert folglich, dass der Arzt den Patienten pflichtgemäß behandelt hat.²⁷⁸ Andererseits kann ein Verstoß gegen die Leitlinie eine Verletzung ärztlicher Pflichten

²⁶⁵ Hart, MedR 1998, 8 (12); Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. X Rn. 10.

²⁶⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

²⁶⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 19.

²⁶⁸ BGH, NJW-RR 2014, 1053 (1055); BGH, BeckRS 2008, 07852, Rn. 4.

²⁶⁹ Hart, MedR 1998, 8 (12).

²⁷⁰ Laufs, in: FS Deutsch (1999), S. 625 (631).

²⁷¹ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 280.

²⁷² BGH, NJW-RR 2014, 1053 (1055); OLG Naumburg, RDG 2009, 147.

²⁷³ OLG Hamm, NJW-RR 2000, 401 (401).

²⁷⁴ OLG Koblenz, MedR 2015, 424.

²⁷⁵ Hart, MedR 1998, 8 (12).

²⁷⁶ Hart, MedR 1998, 8 (12 f.).

²⁷⁷ Hart, MedR 1998, 8 (13); ähnl. Spickhoff, der Leitlinien eine indizielle Funktion beimisst, vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 372.

²⁷⁸ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 372.

indizieren. Im ersteren Fall obliegt es dem Patienten und im zweiten dem Arzt, im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, welche Besonderheiten es geboten, im konkreten Fall anders vorzugehen als es die Leitlinie vorsieht.²⁷⁹ Festzuhalten bleibt, dass die Bestimmung des medizinischen Standards nicht durch, sondern unter Berücksichtigung von Leitlinien erfolgt.²⁸⁰

d) Einbestellungspflichten in Leitlinien

Mit Blick auf diese Ausführungen stellt sich die Frage, inwiefern sich die Festbeschreibung organisatorischer Pflichten in Leitlinien haftungsrechtlich auswirken kann. Im Regelfall beschreiben Leitlinien nur die Einbestellung während des Behandlungstermins, also den Hinweis an den Patienten, sich zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Weiterbehandlung einzufinden. In dieser Konstellation sind Leitlinien zwingend abstrakt formuliert. Bestellt der Behandelnde den Patienten entsprechend der Leitlinie ein, richtet sich also insbesondere nach den Zeitintervallen, die in der Leitlinie genannt sind, und weist der Einzelfall keine Besonderheiten auf, die ein Abweichen von der Leitlinie gebieten, kann ein Behandlungsfehler nicht mit der fehlerhaften Einbestellung des Patienten begründet werden. Anders wäre dies nur dann, wenn der Sachverständige zu der Auffassung gelangt, dass aufgrund der Einzelfallumstände ein anderes Einbestellungsintervall angezeigt gewesen ist. Eine andere Frage ist es, inwieweit die Leitlinie haftungsimmunisierend die Einbestellungspflicht im Falle des Fernbleibens des Patienten abschließend regeln kann. Eine Leitlinie kann keine haftungsrechtliche Aussagekraft für den Einzelfall entfalten. Die Bewertung, ob im Rahmen einer zeitlich gestreckten Behandlung eine Einbestellung des Patienten erforderlich bzw. fehlerfrei erfolgt ist, unterliegt daher einer rechtlichen Einzelfallbetrachtung. Hierbei kommt es insbesondere auf die Frage an, wie dringlich die Behandlung mit Blick auf den Erkrankungszustand des Patienten fortzuführen ist. Maßgebend ist auch hier die Frage, ob bereits auffällige Befunde vorliegen und ob diese den Verdacht einer schwerwiegenden Erkrankung nahelegen. Ist dies der Fall, kann eine anderslautende Leitlinie keine Haftungsimmunisierung bewirken. Zwar kann in Leitlinien niedergelegt sein, ob bestimmte Befunde überhaupt eine weitere Behandlung des Patienten erfordern. Insoweit handelt es sich um Fragen, die dem Kernbereich der medizinischen Wissenschaft zuzuordnen und im Haftungsprozess regelmäßig vom medizinischen Sachverständigen zu beantworten sind. So kann sich aus einer Leitlinie ergeben, ob ein bestimmter Befund der weiteren Abklärung bedarf oder für sich genommen noch keinen Anhaltspunkt für weitere Diagnosemaßnahmen darstellt. Steht jedoch fest, dass ein bestimmter Befund abzuklären ist, kann die Leitlinie keinen Aussagegehalt darüber entfalten, welche informatorischen Pflichten die Behandlungsseite treffen, um den Patienten ein-

²⁷⁹ Dressler, in: FS Geiß, S. 379, 382.

²⁸⁰ Ollenschläger, in: Standard-Chaos?, S. 24.

zubestellen. Hierbei handelt es sich um normative Wertungen, die lediglich an medizinisch sachverständiges Wissen anknüpfen, aber ab dem Vorliegen der medizinischen Erkenntnisse keiner weiteren medizinischen Beurteilung bedürfen.²⁸¹

e) Fazit

Leitlinien können Vorgaben dazu enthalten, ob in einer bestimmten Behandlungssituation eine Weiterbehandlung erforderlich ist. Diesbezüglich gelten die Grundsätze, welche die Rechtsprechung zu den Leitlinien entwickelt hat. Insbesondere kann hier eine Indizwirkung zugunsten standardgemäßer Behandlung anzunehmen sein, während dem Patienten zugleich die Möglichkeit offen bleibt nachzuweisen, dass die Behandlungsseite gegen den medizinischen Standard verstoßen hat. Zur Frage, ob die Behandlungsseite verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen, wenn das Erfordernis der Weiterbehandlung außer Frage steht, können Leitlinien keine haftungsrechtlich relevanten Aussagen treffen. Es handelt sich hierbei um eine Frage, die juristischer Natur ist und somit nicht innerhalb der medizinischen Beurteilungssphäre zu verorten ist.

3. Einbestellung im Rahmen von Richtlinien

a) Fragestellung

Neben den Leitlinien existieren im Sozialrecht unterhalb der formell-gesetzlichen Ebene Vorgaben, nach denen bestimmte Behandlungen durchzuführen sind. Maßgeblich sind in diesem Zusammenhang die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) zu nennen. Da diese oftmals detailliert vorgeben, welche Maßnahmen die Behandlungsseite in einer bestimmten Behandlungssituation anzuwenden hat, wird nachfolgend untersucht, inwieweit den Richtlinien des GBA im Hinblick auf die Existenz und den Umfang der ärztlichen Einbestellungspflicht eine haftungsrechtliche Aussagekraft beizumessen ist.

b) Definition und Rechtsnatur der Richtlinie

Richtlinien sind „Regelungen des Handelns oder Unterlassens, die von einer rechtlich legitimierten Institution konsentiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht wurden, für den Rechtsraum dieser Institution als verbindlich gelten und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich zieht“²⁸². Beispielhaft zu nennen sind die Richtlinien des GBA, die gemäß § 91 Abs. 6 SGB V verbindlich sind. Mittels der Richtlinien sollen die unbestimmten Rechtsbegriffe des Wirt-

²⁸¹ Siehe zur Abgrenzung zwischen medizinischer und juristischer Beurteilung die Ausführungen in Kap. 6 D. I. 4.

²⁸² Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung, DÄBl. 1997, A-2145 ff.; *Elster*, Ärztliche Leitlinien in der vertraglichen Arzthaftung, S. 64; *Hart*, in: Ärztliche Leitlinien, S. 137 (140 f.).

schaftlichkeitsgebots konkretisiert werden, sodass den Richtlinien eine normenkonkretisierende Funktion zukommt.²⁸³ Zugleich müssen gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V die Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass sich das Ausreichende und Zweckmäßige an dem Stand der medizinischen Erkenntnisse zu orientieren hat.²⁸⁴ Dadurch haben Richtlinien, die diese Maßstäbe konkretisieren, neben der Sicherstellung des Wirtschaftlichkeitsgebots zugleich eine qualitätssichernde Funktion.²⁸⁵ Die Rechtsnatur der Richtlinien des GBA ist allerdings umstritten.²⁸⁶ Einigkeit besteht darüber, dass es sich bei den Richtlinien des GBA um exekutive Normen handelt, da der GBA als eigenständiger Verwaltungsträger innerhalb der mittelbaren Staatsverwaltung zu verorten ist.²⁸⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sind die Richtlinien des GBA untergesetzliche Rechtsnormen, die für die Vertragsärzte, Krankenkassen und Versicherten verbindlich sind.²⁸⁸ Jedoch lässt sich hieraus noch keine Aussage darüber treffen, welche Rechtsnatur die Richtlinien konkret haben. Es wird die Auffassung vertreten, dass es sich um Verwaltungsvorschriften, Satzungsrecht, Gewohnheitsrecht, Richterrecht oder Normverträge handelt.²⁸⁹ Eine jüngere Auffassung qualifiziert die Richtlinien des GBA als „sozialrechtstypische Form autonomer Rechtssetzung *sui generis*“.²⁹⁰ Die Einordnung der Richtlinien des GBA als Rechtsnormen ist daher unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch.²⁹¹ Zu begründen ist dies insbesondere damit, dass der GBA verfassungsrechtlich nicht ausreichend legitimiert ist, verbindliche Normsetzung zu betreiben.²⁹² Vornehmlich wird gegen eine verfassungsrechtliche Legitimation des GBA zur verbindlichen Normsetzung ein Verstoß gegen das Demokratiegebot angeführt.²⁹³ Die Problematik um die Rechtsnatur der Richtlinien ist hier nicht

²⁸³ Igloffstein, Regelwerke, S. 26.

²⁸⁴ Igloffstein, Regelwerke, S. 26.

²⁸⁵ Hart, MedR 1998, 8 (12).

²⁸⁶ Tempel-Kromminga, Richtlinien, S. 48 ff., 67 ff.; Voß, Kostendruck im Arzthafungsrecht, S. 103.

²⁸⁷ Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 74.

²⁸⁸ BSG, MedR 1997, 123 (126).

²⁸⁹ Ausführliche Darstellung des Meinungsstandes bei Staudt, Medizinische Richt- und Leitlinien, S. 137–179; sowie Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 74–95; ferner Ziermann, Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses, S. 122–135.

²⁹⁰ Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 95 f.

²⁹¹ Staudt, Medizinische Richt- und Leitlinien, S. 153.

²⁹² Clemens, MedR 1996, 432 (438); Kingreen, NZS 2007, 113 (116).

²⁹³ Tempel-Kromminga, Richtlinien, S. 129; Nowak, Leitlinien, S. 49; Staudt, Medizinische Richt- und Leitlinien, S. 153; Ossenbühl, NZS 1997, 497 (502); Kingreen, NJW 2006, 877 (880); Schimmelpfeng-Schütte, NZS 1999, 530 (533); dies., NZS 2006, 567 (568): „Die Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses werden nicht unmittelbar

weiterzuführen. Für die vorliegende Untersuchung ist entscheidend, dass die Richtlinien in der Normenhierarchie unterhalb der formellen Gesetze zu verorten sind, was für die nachfolgend zu erörternde Problematik der Diskrepanz zwischen Richtlinienvorgaben und zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen relevant ist.

c) Spannungsverhältnis zwischen Sozial- und Haftungsrecht

aa) Widerspruch zwischen Richtlinien und zivilrechtlicher Sorgfalt

Spannungen zwischen dem Zivil- und Sozialrecht entstehen dort, wo es zu einem Widerspruch zwischen den Vorgaben einer Richtlinie des GBA und den zivilrechtlichen Anforderungen an die Behandlungsseite kommt.²⁹⁴ Es handelt sich hierbei um einen Problemkomplex, der in verschiedenen Konstellationen in Erscheinung tritt und an dieser Stelle nicht abschließend bearbeitet werden kann. Nachfolgend soll das Spannungsverhältnis zwischen Richtlinienvorgaben und dem Arzthaftungsrecht mit Blick auf ärztliche Einbestellungspflichten am Beispiel der Krebsfrüherkennungs-Richtlinie erörtert werden. Hinzuweisen ist darauf, dass ein Widerspruch zwischen Richtlinien und zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen nicht den Regelfall darstellt, da nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V die Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Kenntnisse entsprechen und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen müssen.²⁹⁵ Zunächst soll dargelegt werden, dass Widersprüche zwischen Richtlinien und zivilrechtlichen Anforderungen tatsächlich entstehen können. Nach Auffassung des LSG Baden-Württemberg sind Richtlinien für den Arzt verbindlich und eine Haftung zu verneinen, wenn der Arzt die Richtlinie befolgt.²⁹⁶ Diese Ausführungen werden in der Literatur vereinzelt dahingehend interpretiert, dass das LSG damit die Möglichkeit etwaiger Widersprüche zwischen Richtlinien und zivilrechtlichem Standard gänzlich verneinen wollte.²⁹⁷ Ungeachtet dessen, ob diese Interpretation zutrifft, soll das Urteil zum Anlass genommen werden, die Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen Richtlinienvorgaben und zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen zu belegen. Das öffentliche Recht und das zivilrechtliche Haftungsrecht können dem Normadressaten jeweils widersprechende Verhaltensweisen abverlangen. Belegt wird dies anhand des allgemeinen Grundsatzes, wonach zivilrechtliche Sorgfaltspflichten nicht von den Verhaltensstandards des öffentlichen Rechts abhängig sind.²⁹⁸ Begründet wird dies mit der Erwägung, dass der zivil-

gewählt. Sie werden auch nicht von einem Amtsträger ernannt, dessen Legitimation sich auf das Volk zurückführen lässt.“

²⁹⁴ *Igloffstein*, Regelwerke, S. 115.

²⁹⁵ *Igloffstein*, Regelwerke, S. 115.

²⁹⁶ LSG Baden-Württemberg, MedR 1995, 422 (423).

²⁹⁷ *Igloffstein*, Regelwerke, S. 116.

²⁹⁸ BGH, NJW 3778 (3779); BGH, VersR 1998, 1029 (1030); BGH, VersR 1987, 102 (103); BGH, VersR 1985, 64 (65); MüKoBGB/*Wagner*, BGB § 823 Rn. 444; *Makowsky*, VersR 2019, 983 (985).

rechtliche Sorgfaltsstandard sich an anderen rechtlichen Gesichtspunkten ausrichtet, zum Schutz bedrohter Rechtsgüter höhere Anforderungen stellt und daher ein höheres Maß an Sorgfalt verlangen kann als in öffentlich-rechtlichen Bestimmungen normiert ist.²⁹⁹ Das OLG Köln hat etwa in einer Arzthaftungssache das Unterlassen der sofortigen Anwendung des Mittels „Aciclovir“ sogar als einen groben Behandlungsfehler erachtet, obwohl es im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht als Medikament gegen die beim Patienten diagnostizierte Herpes-Enzephalitis zugelassen war.³⁰⁰ Da Nr. 3 der Arzneimittel-Richtlinien³⁰¹ vorsah, dass der Patient „grundsätzlich einen Anspruch auf die Versorgung mit allen nach dem Arzneimittelgesetz (AMG) verkehrsfähigen Arzneimitteln“ hat, die Verkehrsfähigkeit nach dem AMG jedoch für Fertigarzneimittel von einer konstitutiven Zulassung durch die zuständige Bundesoberbehörde abhängt, bestand ein Widerspruch zwischen den Vorgaben der Richtlinie und den Pflichten des Behandelnden aus dem Behandlungsvertrag.³⁰² Nach Auffassung des Senats sei trotz fehlender Zulassung der Einsatz von Aciclovir gegen Herpes-Enzephalitis bereits „eine klinisch gängige Praxis“ gewesen und habe damit dem medizinischen Standard entsprochen.³⁰³ Im Schrifttum wurde ebenfalls bereits darauf hingewiesen, dass Normwidersprüche zwar insgesamt selten sein dürften, aber ihre Existenz letztlich unbestreitbar ist. Ungeachtet dessen, ob dieser Auffassung zuzustimmen ist, bringt sie deutlich zum Ausdruck, dass eine Diskrepanz zwischen haftungs- und sozialrechtlichem Standard möglich ist.³⁰⁴

bb) Auflösung des Spannungsverhältnisses

Die Erkenntnis um mögliche Widersprüche zwischen Richtlinienvorgaben und zivilrechtlichen Anforderungen wirft die Frage nach der Lösung dieses Konfliktes auf. Diese wird uneinheitlich beantwortet. In der Rechtsprechung lassen sich teilweise Entscheidungen finden, in denen die Behandlung nach den Richtlinienvorgaben mit dem ärztlichen Standard gleichgesetzt wird.³⁰⁵ Das KG begründet

²⁹⁹ BGH, VersR 1998, 1029 (1030); *Makowsky*, VersR 2019, 983 (984 f.).

³⁰⁰ OLG Köln, NJW-RR 1991, 800.

³⁰¹ Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinien) i. d. F. vom 31.08.1993, Banz. Nr. 246 vom 31.12.1999.

³⁰² *Igloffstein*, Regelwerke, S. 116.

³⁰³ OLG Köln, NJW-RR 1991, 800 (801).

³⁰⁴ *Hart*, MedR 1996, 60 (70); *Schmidt*, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 310; *Igloffstein*, Regelwerke, S. 116; *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler, S. 337; a. A. *Voß*, die einen Widerspruch zwischen Sozial- und Haftungsrecht in diesem Sachverhalt mit der Erwägung verneint, dass das AMG den Einsatz eines Medikaments gegen andere Erkrankungen als diejenigen, gegen die es auf dem Markt ist, nicht verbietet. Allerdings sieht auch *Voß* Konfliktpotenzial zwischen zivil- und sozialrechtlichen Maßstäben, siehe *Voß*, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 142 f.

³⁰⁵ KG, NJW 2004, 691; KG, VersR 1996, 332.

dies maßgeblich damit, dass die Richtlinien des GBA „der Sicherung einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standards der medizinischen Erkenntnisse ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen ärztlichen Betreuung“ dienen.³⁰⁶ Diese Begründung überzeugt jedoch nicht, da sie im Ergebnis auf eine Negierung der Widerspruchssituation hinausläuft. Die Zwecksetzung einer Richtlinie lässt nicht zwingend darauf schließen, dass diese Zwecksetzung auch in tatsächlicher Hinsicht stets erfüllt wird. Allerdings stellt das KG auf Grundlage der Sachverständigenausführungen fest, dass die Richtlinie den medizinischen Standard wiedergibt, und sieht den Arzt zu einer weitergehenden Untersuchung verpflichtet, wenn im konkreten Einzelfall Anlass hierzu besteht.³⁰⁷ In der Literatur wird teilweise ebenfalls sozialgesetzlichen Vorgaben gegenüber dem Zivilrecht der Vorrang eingeräumt.³⁰⁸ Zugleich wird jedoch darauf hingewiesen, dass sich dies auf der Aufklärungsebene auswirken kann.³⁰⁹ Teilweise wird auch vertreten, der Widerspruch könnte bestehen bleiben und der Arzt sei sowohl an die Richtlinienvorgaben als auch an die zivilrechtlichen Maßstäbe gebunden. Der Arzt sei dann sozialrechtlich an die Richtlinie gebunden, aber sie greife haftungsrechtlich nicht vor, weil im Haftungsrecht das Wirtschaftlichkeitsgebot des Sozialrechts nicht gelte.³¹⁰ Dem wird zutreffend entgegnet, dass der Arzt nach dieser Auffassung widersprüchlichen Normbefehlen ausgesetzt ist und es ihm somit nicht möglich ist, sich rechtskonform zu verhalten und eine solche Situation nach der Rechtsprechung des BVerfG mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen ist.³¹¹ Zudem muss der Arzt bei der gleichzeitigen Befolgung widersprüchlicher Vorgaben befürchten, auf den Kosten der Behandlung sitzen zu bleiben.³¹² Nach überzeugender Auffassung entfaltet der Richtlinieninhalt für das zivilrechtliche Haftungsrecht keine Bindungswirkung.³¹³ Hierfür spricht maßgeblich die Normenhierarchie, nach deren Grundsätzen Widersprüche zwischen Normen aufzulösen sind.³¹⁴ Im Falle von zwei einander widersprechenden Rechtsnormen hat die rangniedrigere der rang-

³⁰⁶ KG, NJW 2004, 691 (691).

³⁰⁷ KG, NJW 2004, 691 (691).

³⁰⁸ Voß, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 145 f.

³⁰⁹ Voß, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 146.

³¹⁰ Hart, MedR 1998, 8 (14).

³¹¹ So Igloffstein, Regelwerke, S. 117, unter Hinweis auf BVerfG, NJW 1998, 2341; ferner Goetze, Arzthaftungsrecht, S. 200.

³¹² Igloffstein, Regelwerke, S. 117; Voß, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 146; Kohlhaas, Medizin und Recht, S. 136.

³¹³ Igloffstein, Regelwerke, S. 118; Goetze, Arzthaftungsrecht, S. 200; Dressler, in: Hart, Ärztliche Leitlinien, S. 161 (165); ders., in: FS für Geiss, S. 379 (387); Hart, MedR 1998, 8 (14); Staudt, Medizinische Richt- und Leitlinien, S. 251; Makowsky, VersR 2019, 983 (984 f.).

³¹⁴ Goetze, Arzthaftungsrecht, S. 200.

höheren zu weichen (*lex superior derogat legi inferiori*).³¹⁵ Eine rangniedrigere Norm kann daher nicht den Inhalt einer ranghöheren Norm festlegen.³¹⁶ Deshalb sind die zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen, die einen formellen Gesetzesrang haben, nicht nach den Vorgaben der Richtlinien des GBA zu bestimmen, die gegenüber formellen Gesetzen niederrangig sind.³¹⁷ Ferner betrifft die medizinische Behandlung höchstrangige Güter wie das menschliche Leben und die Gesundheit, die einer Unterschreitung des unter medizinischen Gesichtspunkten relevanten Standards entgegenstehen.³¹⁸ Für die Behandlungsseite bleibt die Möglichkeit einer Widerspruchssituation auf der einen Seite problematisch, da die Unsicherheit hinsichtlich einer entgegenläufigen sozialgerichtlichen Rechtsprechung im Einzelfall besteht.³¹⁹ Auf der anderen Seite ist zu betonen, dass im Regelfall ein Auseinanderfallen zwischen Richtlinien und medizinisch angezeigttem Standard nicht zu erwarten ist.³²⁰

*d) Haftungsrechtliche Wirkung einer Richtlinie am Beispiel
der Krebsfrüherkennungs-Richtlinie*

Ungeachtet der aufgezeigten Spannungen zwischen Sozial- und Haftungsrecht soll nachfolgend die haftungsrechtliche Wirkung von Richtlinien im Hinblick auf die Einbestellungspflicht am Beispiel der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Früherkennung von Krebserkrankungen (Krebsfrüherkennungs-Richtlinie/KFE-RL) untersucht und zugleich erörtert werden, inwieweit die vorangestellten Überlegungen übertragbar sind. Der GBA will mit dieser Richtlinie gemäß § 1 Abs. 3 KFE-RL „mögliche Gefahren für die Gesundheit der Anspruchsberechtigten dadurch abwenden, dass aufgefundene Verdachtsfälle eingehend diagnostiziert und erforderlichenfalls rechtzeitig behandelt werden können“.

aa) Zeitraum vor Feststellung eines Erkrankungsverdachtes

Zu erörtern ist zunächst, wie sich die KFE-RL mit Blick auf eine Einbestellungspflicht haftungsrechtlich für Zeiträume auswirkt, bei denen noch kein Erkrankungsverdacht diagnostiziert worden ist, die Behandlung sich also nach wie vor im Vorsorgestadium und damit innerhalb des eigentlichen Regelungsbereichs

³¹⁵ BVerfG, NJW 1998, 2341 (2342); *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 226.

³¹⁶ *Iglöffstein*, Regelwerke, S. 118.

³¹⁷ *Makowsky*, VersR 2019, 983 (985); *Iglöffstein*, Regelwerke, S. 118, unter Hinweis auf ein Urteil des BSG, MedR 1997, 123 (130), wonach die Richtlinien nur wirksam sind, soweit sie mit höherrangigen Vorschriften in Einklang stehen; *Goetze*, Arzthaftungsrecht, S. 200.

³¹⁸ *Dressler*, in: FS f. Geiß, S. 379, (387).

³¹⁹ *Iglöffstein*, Regelwerke, S. 118.

³²⁰ *Staudt*, Medizinische Richt- und Leitlinien, S. 253; *Kullmann*, VersR 1997, 529 (531).

der KFE-RL befindet. Nach § 13 Abs. 1 S. 1 KFE-RL sollen anspruchsberechtigte Frauen schriftlich zu einem Termin zur Brustkrebsfrüherkennung eingeladen werden. § 13 Abs. 5 S. 3 KFE-RL sieht für den Fall des Fernbleibens eine Terminerinnerung vor. Kommt die Anspruchsberechtigte der Einladung nach, soll sie gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 KFE-RL zwischen 22 und 26 Monaten nach der letzten Teilnahme oder im Falle der Nichtteilnahme nach der letzten Einladung, persönlich und schriftlich unter Angabe von Untersuchungsort und -termin zur Teilnahme eingeladen werden.

(1) Kongruenz zwischen sozial- und haftungsrechtlichem Standard

Mit Blick auf diese Einbestellungsintervalle ist die Frage aufzuwerfen, ob sie zugleich haftungsrechtliche Wirkung zeitigen. Dies soll anhand einer hypothetischen Gegenüberstellung zweier Alternativkonstellationen erörtert werden. In der ersten Fallgruppe ist zu unterstellen, dass die Einbestellungsintervalle dem allgemein anerkannten wissenschaftlichen Stand der Medizin entsprechen, also kein Unterschied zwischen dem sozialrechtlichen und haftungsrechtlichen Standard besteht. Die Beurteilung dieser Konstellation stellt sich als unproblematisch dar. Sind sozial- und haftungsrechtlicher Standard identisch, trägt der Behandelnde mit der Befolgung der in der Richtlinie genannten Einbestellungsintervalle zugleich dem medizinischen Standard gemäß § 630a Abs. 2 BGB Rechnung, sodass er mit der Befolgung der Richtlinie auch seinen behandlungsvertraglichen Pflichten gegenüber der Patientin nachkommt und eine Haftung zu verneinen ist. Klärt der Arzt die Patientin hingegen überhaupt nicht über die Möglichkeit bestimmter Vorsorgeuntersuchungen auf, kann dies sogar einen groben Behandlungsfehler darstellen, sofern die Patientin sich gerade aus Gründen der Krebsvorsorge in Behandlung begeben hat.³²¹

(2) Inkongruenz zwischen sozial- und haftungsrechtlichem Standard

Problematisch sind allerdings Konstellationen, bei denen eine Abweichung zwischen dem sozial- und haftungsrechtlichen Standard vorliegt. Mit Blick auf die Einbestellung des Patienten ist diese Konstellation dadurch gekennzeichnet, dass bei den Einbestellungsintervallen das Wirtschaftlichkeitsprinzip dominiert, ein kürzeres Intervall also dem medizinischen Standard entspricht und der haftungsrechtliche Standard daher weiter reicht als der sozialrechtliche Standard. Diese Fallgruppe ist exemplarisch für das bereits dargestellte Spannungsverhältnis zwischen dem Behandlungsvertrags- und Sozialversicherungsrecht. Während

³²¹ OLG Hamm, MedR 2014, 103. Unterlassener Rat zur Teilnahme an einem Mammographiescreening im Rahmen der Brustkrebsvorsorge. Anders hingegen noch OLG Hamm, MedR 2006, 111, das einen Behandlungsfehler bei einem unterlassenen Rat zur Durchführung einer Mammographie verneint hatte.

das Zivilrecht den Behandelnden dazu anhält, einen bestimmten Sorgfaltsmaßstab nicht zu unterschreiten, bildet das Sozialversicherungsrecht eine Obergrenze in Gestalt der ausreichenden Versorgung und wirtschaftlichen Versorgung in § 12 SGB V.³²² Unterstellt man hypothetisch, dass ein kürzeres Untersuchungsintervall nach dem Stand der Medizin dem Gesundheitsschutz der Patientinnen in einem größeren Maß Rechnung trägt, ist die Frage aufzuwerfen, ob die untersuchenden Ärzte verpflichtet sind, die Patientinnen in einem kürzeren Intervall einzubestellen und zu untersuchen. Dies erscheint zumindest hinsichtlich der vorzunehmenden Untersuchungsmaßnahmen zweifelhaft, da der Behandelnde keinen Erstattungsanspruch für die zusätzliche Behandlung erhält und dadurch die Kosten der Behandlung tragen muss. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Vielzahl von Patientinnen von der Richtlinie erfasst ist, ist dies praktisch nicht durchsetzbar. Dem Behandelnden kann daher nicht zugemutet werden, die Abweichung von der Richtlinie eigenmächtig zum Regelfall zu erklären und „auf seine eigenen Kosten ohne Aussicht auf Ersatz teure Erkenntnismittel einzusetzen, denn er ist keine Wohlfahrtseinrichtung und schuldet der Allgemeinheit außer seiner ärztlichen Arbeitskraft nichts“.³²³ Allerdings wird hiergegen zutreffend angeführt, dass der Patient die Leistungen des Arztes gemäß § 630a BGB vergüten muss, soweit nicht ein Dritter anstatt des Patienten zur Zahlung verpflichtet ist.³²⁴ Daher trifft es nicht zu, dass der Arzt gegenüber dem Patienten unentgeltlich tätig wird, wenn er Leistungen erbringt, die von der Richtlinie nicht mehr abgedeckt sind.³²⁵ Allerdings ist der Arzt aus § 630c Abs. 3 BGB verpflichtet, den Patienten darüber aufzuklären, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist, soweit hierfür Anhaltspunkte vorliegen. Ergeben sich aus dem Sozialrecht und Zivilrecht daher unterschiedliche Einbestellungsintervalle, besteht die Möglichkeit, dass der Patient selbst die Kosten für zusätzliche Untersuchungen entrichten muss, die von der Richtlinie nicht mehr erfasst sind. Entspricht ein von der Richtlinie deutlich abweichendes, kürzeres Einbestellungsintervall dem medizinischen Standard, kann den Arzt daher die Verpflichtung treffen, den Patienten hierüber aufzuklären, um ihm dadurch die Möglichkeit zu eröffnen zu entscheiden, ob er als Selbstzahler die Kosten für zusätzliche Untersuchungen, die von der Richtlinie nicht vorgesehen und damit von der gesetzlichen Krankenkasse nicht erstattet werden, selbst übernehmen möchte.³²⁶ Die Bindung des Behandelnden an eine von der Richtlinie vorgegebene Anzahl von Untersuchungsintervallen hindert ihn nicht daran, den Patienten darüber aufzuklären, dass ein kürzeres Untersuchungsintervall dem

³²² Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 291.

³²³ Kohlhaas, *Medizin und Recht*, S. 236.

³²⁴ Makowsky, *VersR* 2019, 983 (986).

³²⁵ Makowsky, *VersR* 2019, 983 (986).

³²⁶ So auch Schelling, *MedR* 2004, 422 (428); ferner Makowsky, *VersR* 2019, 983 (986).

medizinischen Standard Rechnung trägt. Selbst wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, nicht für die Kosten aufzukommen, die von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht erstattet werden³²⁷, entspricht es dem Interesse des Patienten, zusätzliche Informationen über bessere Gesundheitsleistungen bezogen auf seine individuellen Gesundheitszustand zu erhalten, auch wenn er sich anschließend aus finanziellen Gründen gegen diese entscheiden sollte. Die Aufklärung des Patienten über medizinisch indizierte Untersuchungen, die von der Richtlinie nicht umfasst sind, verbessert daher zunächst seine Position, da sie ihm Entscheidungsfreiheiten einräumt, die ihm ohne eine weitergehende Aufklärung verschlossen bleiben. Die dogmatische Begründung einer Aufklärungspflicht bei Inkongruenzen zwischen dem Haftungs- und Sozialrecht ist allerdings umstritten. Teilweise wird die Aufklärung über Inkongruenzen zwischen Haftungs- und Sozialrecht innerhalb der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht der Behandlungsseite gegenüber dem Patienten verortet.³²⁸ Zur Begründung wird unter anderem angeführt, dass eine Aufklärung des Patienten über effektive Behandlungsoptionen nicht geeignet ist, dessen Integritätsinteresse zu schützen, da es im Behandlungszeitpunkt zu spät ist, eine (Zusatz-)Versicherung abzuschließen.³²⁹ Diese Erwägung kann jedoch nicht pauschal auf alle gesetzlich Versicherten erstreckt werden, da potentiell die Möglichkeit einer Selbstzahlung besteht. Der Patient kann erst nach entsprechender Aufklärung entscheiden, ob er sich für eine Behandlung nach dem beschränkten Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung entscheidet oder den Entschluss fasst, auf eigene Rechnung eine Behandlung oder ein Arzneimittel zu wählen, das vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung nicht umfasst ist.³³⁰ Ferner besteht in bestimmten Bereichen durchaus die Möglichkeit, sich für die Kosten einer Behandlung noch im Zeitpunkt der Behandlung zu versichern. Nach anderer Auffassung ist die Aufklärung über finanzierungsbedingte Unterschiede in der Behandlungsqualität innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung zu verorten.³³¹ Als maßgebliches Argument wird eine Parallele zur Aufklärung über Behandlungsalternativen angeführt.³³² Existieren erfolgversprechendere oder risikoärmere Behandlungsmöglichkeiten, ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten vor Beginn der Behandlung über die unterschiedlichen Verlaufsmöglichkeiten und die unter-

³²⁷ So *Voß*, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 146.

³²⁸ *Makowsky*, VersR 2019, 983 (986); *Müller*, GesR 2004, 257 (264 f.); *Pflüger*, MedR 2000, 6 (9), der allerdings eine Aufklärungspflicht über finanzierungsbedingte Unterschiede hinsichtlich der Behandlungsqualität ablehnt.

³²⁹ *Pflüger*, MedR 2000, 6 (9).

³³⁰ *Schelling*, MedR 2004, 422 (428).

³³¹ *Rumler-Detzel*, VersR 1998, 546 (549); *Steffen*, in: FS *Geiß*, 487 (501); *Hart*, MedR 1999, 47 (50); *Schmidt*, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 119.

³³² *Hart*, MedR 1999, 47 (50); *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 187; *Schmidt*, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 119.

schiedlichen Nutzen-Risiko-Verhältnisse aufzuklären.³³³ Nichts anderes soll gelten, wenn es bessere Behandlungsalternativen gibt, die vom Leistungskatalog der GKV nicht umfasst sind, da der Patient auch in diesem Fall zur Wahrnehmung seines Integritätsinteresses über die unterschiedlichen Behandlungsmöglichkeiten und deren Konsequenzen aufgeklärt werden muss.³³⁴ Bei Betrachtung der gegenwärtigen Gesetzeslage erscheint es vorzugswürdig, die Aufklärung über Inkongruenzen zwischen haftungs- und sozialrechtlichem Standard innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung, namentlich in § 630e Abs. 1 S. 3 BGB, zu verorten. Der Gesetzgeber hat in § 630e Abs. 1 S. 3 BGB normiert, dass der Behandelnde verpflichtet ist, den Patienten auf Alternativen zur indizierten Behandlungsmaßnahme hinzuweisen, „wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können“. Die Aufklärung über Behandlungsalternativen ist damit gesetzlich innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung verankert. Behandlungsalternativen liegen jedoch auch dann vor, wenn die Vorgabe in der einschlägigen Richtlinie den medizinischen Standard nicht wiedergibt, also der sozialrechtliche Leistungsinhalt hinter dem medizinischen Standard zurückbleibt. Auch in dieser Situation existieren mit den Erkenntnissen nach dem allgemein anerkannten fachlichen Standard Behandlungsmaßnahmen, die im Verhältnis zu den sozialrechtlich vorgesehenen Leistungen eine qualitativ höherwertige Alternative darstellen. Bei näherer Betrachtung kann im Falle einer solchen Inkongruenz zwischen sozial- und haftungsrechtlichem Standard sogar erst recht eine Aufklärungspflicht bestehen, da in dieser Konstellation nicht lediglich von einer *medizinisch gleichermaßen indizierten*, sondern höherwertigen Maßnahme auszugehen ist, die der medizinische Standard gegenüber dem sozialrechtlichen Leistungsinhalt vorsieht, soweit letzterer den medizinischen Standard unterschreitet. Es wäre widersprüchlich, wenn der Behandelnde einen Patienten über mehrere gleichermaßen indizierte Maßnahmen mit unterschiedlichem Risikopotenzial und Erfolgsaussichten aufklären muss, ihn aber nicht darauf hinzuweisen hat, dass die sozialrechtlich beanspruchbare Behandlungsmaßnahme nicht mit dem medizinischen Standard gemäß § 630a Abs. 2 BGB übereinstimmt, also hinter dem zurückbleibt, was bei standardgemäßer Behandlung zu erwarten wäre. In dieser Konstellation ist der Patient schützenswerter als in der vom Gesetzgeber kodifizierten Konstellation. Dieses Ergebnis wird durch die weiteren Erwägungen des Gesetzgebers zu § 630e Abs. 1 S. 3 BGB bestätigt, der darauf hinweist, dass der Behandelnde „an die jeweils geltenden fachlichen Standards nach § 630a Abs. 2 BGB gebunden“³³⁵ ist. Davon zu trennen ist die Frage, ob die Kosten

³³³ Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 188 f.; Schmidt, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 119.

³³⁴ Schmidt, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 119.

³³⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

einer Maßnahme von der GKV übernommen werden. Dies ist eine Frage der Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung nach § 630c Abs. 3 BGB.

bb) Zeitraum nach Feststellung eines Erkrankungsverdachtes

Zu erörtern ist ferner, welchen Behandlungsstandard der Behandelnde anzuwenden hat, wenn im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung Anhaltspunkte für einen Erkrankungsverdacht zutage treten. Für diesen Zeitraum lässt die Richtlinie eine Einmündung in den Behandlungsvertrag erkennbar werden. Gemäß § 3 KFE-RL soll der Behandelnde im Falle des Verdachts oder der Bestätigung einer Krankheit dafür Sorge tragen, dass im Rahmen der Krankenbehandlung eine weitergehende, gezielte Diagnostik und gegebenenfalls Therapie erfolgt. Bei näherer Betrachtung wird der deklaratorische Charakter dieser Vorschrift erkennbar. Ihre Formulierung als Sollvorschrift geht an der Rechtslage vorbei. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass – nach hier vertretener Auffassung mit dem Beginn der ersten Untersuchung –, ein Behandlungsvertrag zwischen dem Behandelnden und dem Patienten zustande kommt, in dessen Rahmen der Behandelnde den Pflichtenkatalog des Behandlungsvertragsrechts anzuwenden hat. Dies gilt auch, wenn die Richtlinie einen entsprechenden Verweis nicht vorsieht. Spätestens ab dem Zeitpunkt eines Erkrankungsverdachts gilt somit Behandlungsvertragsrecht, sodass sich die Pflichten des Behandelnden gegenüber dem Patienten nach den §§ 630a ff. BGB bemessen. Dem wird entgegnet, dass Patient und Leistungserbringer nach §§ 133, 157 BGB nur diejenigen Leistungen zu vertraglich vereinbaren wollen, die der Patient gegenüber der Krankenkasse beanspruchen könne.³³⁶ Begründet wird dies mit der Erwägung, dass der Leistungserbringer keine Leistungen vergütet bekomme, die er über das sozialrechtlich geschuldete Maß hinaus erbringt oder der Patient ohne Weiteres die zusätzlichen Kosten selbst zu tragen hätte.³³⁷ Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Ist eine vom Leistungskatalog nicht umfasste Maßnahme deutlich wirksamer, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Patient seine Gesundheitsinteressen gegenüber seinen wirtschaftlichen Interessen nachrangig bewertet. Zudem laufen die angeführten Argumente ins Leere, wenn sich ein Widerspruch zwischen Richtlinieninhalt und zivilrechtlichem Sorgfaltsmaßstab lediglich bei schwerpunktmäßig organisatorischen Pflichten ergibt, die mit keinem nennenswerten Aufwand einhergehen wie dies bei der Einbestellung des Patienten der Fall ist. Hält man an den starren Vorgaben der Richtlinie – bei Unterstellung einer Diskrepanz zwischen Richtlinienvorgaben und medizinischem Standard – fest, führt dies zu Wertungswidersprüchen. Tritt der Erkrankungsverdacht bei einem Patienten zutage, der nicht im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung nach der Richtlinie behandelt worden ist, sondern aus eigener Initiative, etwa weil er aufgrund be-

³³⁶ *Vöβ*, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 146.

³³⁷ *Vöβ*, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 146.

stimmter Symptome den Arzt aufgesucht hat, ist dieser unbestrittenermaßen verpflichtet, den Patienten nach § 630a Abs. 2 BGB zu behandeln. Würde man daran festhalten, dass der Patient, dessen Erkrankungsverdacht im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung zutage getreten ist, nur entsprechend der Richtlinienvorgaben zu behandeln ist, kann sich die Behandlung im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung als nachteilhafter darstellen, obwohl sie auf die frühzeitige Behandlung der Erkrankung gerichtet ist. Dementsprechend wird in der Rechtsprechung zutreffend darauf hingewiesen, dass es sinnwidrig wäre, wenn der Arzt bei einem Patienten, der auf eigene Initiative Vorsorgeuntersuchungen als IGeL-Leistungen durchführen lässt, aus den so gewonnenen Erkenntnissen bestimmte medizinisch indizierte Verhaltensempfehlungen nicht ableiten dürfte.³³⁸ Im Ergebnis sollte die dogmatische Verortung einer Aufklärung über Diskrepanzen zwischen sozial- und zivilrechtlichem Leistungsinhalt allerdings keinen Unterschied machen, da der Behandelnde letztlich verpflichtet ist, den Patienten über weitergehende Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären.³³⁹ Die haftungsrechtliche Wirkung der Richtlinie endet demnach dort, wo die abstrakte Gefahrenmöglichkeit, welche der gesamten Richtlinie zugrunde liegt, sich anhand der zu erhebenden Befunde in einen konkreten Gefahrenverdacht verdichtet. Dies bringt § 3 KFE-RL zum Ausdruck. Mit Blick auf die Einbestellungspflicht enthält die KFE-RL konkretisierende Regelungen. Das Ergebnis der Untersuchung ist der Anspruchsberechtigten gemäß § 16 Abs. 2 S. 1 KFE-RL „in der Regel innerhalb von sieben Werktagen nach Erstellung der Screening-Mammographieaufnahmen“ zu übermitteln. Lässt sich dem Ergebnis der Screening-Mammographie der Verdacht auf eine maligne Erkrankung entnehmen, ist die Anspruchsberechtigte gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KFE-RL mit der Befundmitteilung zugleich zur diagnostischen Abklärung einzuladen. Gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 KFE-RL soll der Zeitraum zwischen der Mitteilung des Verdachts und dem angebotenen Termin zur diagnostischen Abklärung eine Woche nicht überschreiten. Diese Regelungen stellen somit konkrete Vorgaben hinsichtlich der Einbestellung der Anspruchsberechtigten dar. Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufzuwerfen, ob diese sozialrechtlichen Vorgaben im Falle einer Kollision mit dem Haftungsrecht Vorrang haben. Ausgangspunkt dieser Frage ist der Behandlungsvertrag, der zwischen dem Patienten und dem untersuchenden Arzt zustande kommt. Die Richtlinie kann innerhalb des Behandlungsvertrags als Maßstab für das vertragliche Pflichtenprogramm des Arztes zugrunde gelegt werden, wenn ihr Inhalt Teil des Vertrages geworden ist. Dies ist über § 630a Abs. 1 BGB möglich. Arzt und Patient können in dieser Konstellation das Merkmal der *versprochenen Behandlung* konsensual mit dem Inhalt der Richtlinie füllen. Der Patient kennt den Richtlinieninhalt jedoch in aller Regel nicht. Seine Willenserklärung kann daher nicht den Inhalt der Richtlinie erfassen. Dem kann der Arzt zwar dadurch Rechnung tragen, dass er der

³³⁸ OLG Oldenburg, BeckRS 2016, 10889, Rn. 34.

³³⁹ So auch *Voß*, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, S. 147.

Einladung den maßgeblichen Richtlinieninhalt beifügt, wodurch dieser ein Angebot an den Patienten darstellt und dieser zugleich vom Richtlinieninhalt Kenntnis nehmen kann. Allerdings kann dieses Vorgehen nicht zu einer Haftungsbeschränkung führen, da die Richtlinie in dieser Form trotz ihrer sozialgesetzlichen Natur aufgrund der Diskrepanz zum medizinischen Standard im Behandlungsvertrag Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichen würde und etwaige Haftungsbeschränkungen wegen § 309 Nr. 7 a BGB unwirksam wären. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass mit dem ersten Untersuchungstermin ein Behandlungsvertrag zustande kommt, wodurch der Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB – gegenüber der Richtlinie vorrangig – eröffnet wird. Für die Einbestellungspflicht hat dies zur Folge, dass sich ab dem Vorliegen eines Erkrankungsverdachts der Umfang der Einbestellungspflicht nach der Pflicht des Behandelnden zur therapeutischen Aufklärung zu richten hat und damit letztlich nach den Einzelfallumständen unter Zugrundelegung des medizinischen Standards. Ab diesem Zeitpunkt hat die Richtlinie somit keinen haftungsrechtlichen Aussagegehalt. Zu begründen ist dies zum einen mit der Vertragsfreiheit. Kontrahiert der Patient mit dem Behandelnden auf Grundlage der §§ 630a ff. BGB, bezieht sich sein Interesse im Zweifel auf den höheren Behandlungsstandard. Besteht eine medizinisch ausgewiesene Diskrepanz zwischen sozialrechtlichem und vertragsrechtlichem Standard und beschränkt man das vertragliche Pflichtenprogramm des Behandelnden auf den sozialrechtlichen Standard, schränkt man daher zugleich die Vertragsfreiheit ein. Diese umfasst die Freiheit zur inhaltlichen Ausgestaltung eines Vertrages. Wird der Inhalt einer Richtlinie aber Vertragsinhalt, ohne dass der Patient die Möglichkeit erhält, zwischen einem niedrigeren Richtlinienstandard und einem höheren haftungsrechtlichen Standard zu wählen, hat er von vornherein nicht die Möglichkeit, zum einen eine entsprechende Auswahl zu treffen, also inhaltlich auf die Ausgestaltung des Vertrages Einfluss zu nehmen. Zum anderen ist die Beschränkung des Behandelnden auf eine Einbestellung gemäß den Richtlinienvorgaben mit den Grundrechten des Patienten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht vereinbar, soweit ein im Verhältnis zur Richtlinienvorgabe kürzeres Einbestellungsintervall die Erfolgsaussichten der Behandlung erhöht. Steht bereits fest, dass der Patient aufgrund einer spezifischen medizinischen Maßnahme einzubestellen ist und geht es nur noch um die Frage, wann die Einbestellung zur weiteren Behandlung erfolgen muss, besteht zwischen sozial- und haftungsrechtlichem Standard im Hinblick auf die Behandlungsmethode keine Diskrepanz. Präziser formuliert geht es dann nicht mehr um die Frage des *Ob* einer Einbestellung, sondern nur noch um die Fragen des *Wann* und des *Wie*. Gelangt der Behandelnde im Rahmen der Behandlung zu dem Ergebnis, dass ein kürzeres Einbestellungsintervall zur erfolgsversprechenden Behandlung erforderlich ist, gibt es keinen sachlichen Grund, an einem längeren Einbestellungsintervall in einer Richtlinie festzuhalten. Bestimmt man den haftungsrechtlichen Standard dennoch anhand des in der Richtlinie festgelegten Intervalls, bedeutet dies

für den Patienten einen verkürzten Grundrechtsschutz. Die Einbestellung des Patienten dient final dazu, das Behandlungsziel zu erreichen und damit dem Gesundheitsschutz. Verneint man eine zivilrechtliche Sicherstellung dieser Schutzinteressen über die Bejahung einer ärztlichen Einbestellungspflicht, die der individuellen Behandlungssituation Rechnung trägt, ist dies mit keinem verfassungslegitimen Zweck gerechtfertigt. Zudem läuft es dem Vorsorgecharakter einer Richtlinie zuwider, einerseits ein Vorsorgeprogramm zum Schutz der Anspruchsberechtigten einzuführen, andererseits jedoch das Schutzniveau im Rahmen einer individuellen Behandlung unterhalb des allgemein anerkannten medizinischen Standards zu senken.³⁴⁰ Dies gilt insbesondere dann, wenn die in Rede stehende Pflicht für die Behandlungsseite wie im Falle der Einbestellungspflicht mit keinem nennenswerten ökonomischen oder organisatorischen Mehraufwand verbunden ist, sondern lediglich eine Vorbereitungshandlung für die eigentliche Behandlung darstellt. Die Rechtsprechung lässt sich ebenfalls dahingehend deuten, dass Richtlinien ab dem Vorliegen eines Erkrankungsverdachts keinen haftungsrechtlichen Aussagegehalt entfalten. Das OLG Düsseldorf hat den haftungsrechtlichen Aussagegehalt der Mutterschaft-Richtlinie erörtert.³⁴¹ Die Klägerin hatte einen Kinderwunsch und wollte sich deswegen gegen Röteln impfen lassen. In diesem Zusammenhang ergab sich in einem Röteln-Test ein nach den damals geltenden Mutterschafts-Richtlinien ausreichender Mindesttiterwert für ausreichende Immunität, sodass der Beklagte auf eine Impfung verzichtete. Während eines weiteren Behandlungstermins setzte die Klägerin den Beklagten darüber in Kenntnis, dass sie wegen eines Hautausschlags jüngst bei ihrer Hausärztin in Behandlung gewesen war. Der Beklagte verließ sich auf das Ergebnis der Blutuntersuchung und unterließ einen erneuten Röteln-Test. Das Kind wies nach der Geburt typische Zeichen einer Röteln-Embryopathie auf. Der Senat ließ den Einwand des Beklagten nicht gelten, wonach der in der Mutterschafts-Richtlinie genannte Titer-Wert bei der Klägerin festgestellt worden war und stützte dies auf die Erwägung, dass für „die Beurteilung der Frage, ob ein ärztliches Verhalten den bestehenden Sorgfaltspflichten gerecht wird, auf den Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft im Zeitraum der Behandlung abzustellen ist“³⁴². Der Senat weist in diesem Zusammenhang auf den zwischen der Klägerin und dem Beklagten geschlossenen Behandlungsvertrag hin, wonach der Beklagte verpflichtet war, den Immunstatus der Klägerin zu überprüfen und diese über etwaige Gefahren für Sie und das zu erwartende Kind aufzuklären.³⁴³

³⁴⁰ Ähnlich begründet das OLG Oldenburg die Pflicht des Arztes zu einer frühzeitigen Vorsorgeuntersuchung im Rahmen der Krebsvorsorge: „Immerhin besteht der Sinn der Krebsvorsorge gerade darin, pathologische Veränderungen möglichst frühzeitig zu erkennen und zu behandeln.“ OLG Oldenburg, MedR 2017, 196.

³⁴¹ OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414.

³⁴² OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414 (415).

³⁴³ OLG Düsseldorf, VersR 1987, 414 (415).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass ab dem Vorliegen eines Erkrankungsverdachts den medizinischen Standard unterschreitende Richtlinienvorgaben den Pflichtenumfang des Behandelnden nicht verringern. Der Arzt muss die Behandlung nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft durchführen. Für die Einbestellungspflicht hat dies zur Folge, dass in Richtlinien genannte Einbestellungsintervalle ab dem Zeitpunkt eines Erkrankungsverdachts keinen haftungsrechtlichen Aussagegehalt entfalten.

e) Fazit

Spannungen zwischen dem Sozial- und Haftungsrecht lassen die Einbestellungspflicht unberührt. In Zeiträumen vor einem Erkrankungsverdacht ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten über Inkongruenzen zwischen dem sozialrechtlichen Einbestellungsintervall und dem nach dem medizinischen Standard gebotenen Intervall aufzuklären, soweit eine entsprechende Diskrepanz besteht. Tritt ein Erkrankungsverdacht zutage, bemisst sich die Einbestellungspflicht des Behandelnden allein nach den Erfordernissen der konkreten Behandlungssituation, ohne dass es auf Richtlinienvorgaben ankommt. Maßgeblich ist dann nur der medizinische Standard gemäß § 630a BGB.

VI. Einbestellung als Selbstbestimmungsaufklärung aus § 630e Abs. 1 S. 1 BGB

1. Problemstellung

Der Wortlaut der in § 630e Abs. 1 BGB normierten Selbstbestimmungsaufklärung weist Überschneidungen mit dem Wortlaut der therapeutischen Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB auf.³⁴⁴ Diese Überschneidung besteht einmal hinsichtlich der Aufklärungspflicht über die *zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen*, die in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB normiert ist. Diese Maßnahmen können sich für den Patienten als belastend darstellen, sodass er den Eingriff möglicherweise ablehnt. In diesen Fällen ergibt sich der Hinweis auf die *zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen* sowohl aus der therapeutischen Aufklärungspflicht als auch aus der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung.³⁴⁵ Eine weitere Überschneidung ergibt sich mit Blick auf die Pflicht des Arztes, den Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlungsmaßnahme aufzuklären.³⁴⁶ Diese Hinweise sind nach ständiger Rechtspre-

³⁴⁴ Katzenmeier, NJW 2013, 817 (818); Katzenmeier, MedR 2012, 576 (580); Spickhoff, ZRP 2012, 65 (67); MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 14; Holland, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 32.

³⁴⁵ Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht, BGB § 630c, Rn. 12; Holland, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 32.

³⁴⁶ Holland, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 32.

chung integraler Bestandteil der therapeutischen Aufklärung.³⁴⁷ Zugleich ist der Arzt jedoch nach dem Wortlaut des § 630e Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet, den Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Behandlungsmaßnahme aufzuklären.³⁴⁸ Schließlich ergeben sich Überschneidungen auch mit Blick auf die in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB normierte Pflicht zur Aufklärung über *die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung und die Therapie*. Zur Aufklärung über die Diagnose und Therapie ist der Arzt bereits nach § 630e Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet, sodass auch hinsichtlich dieser Umstände eine doppelte Aufklärungspflicht besteht.³⁴⁹ Die jeweilige Verortung der entsprechenden Aufklärungselemente wirkt sich unterschiedlich auf die Beweislastverteilung aus. Verletzt der Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht, liegt ein Behandlungsfehler vor, für den der Patient die Beweislast trägt.³⁵⁰ Hingegen liegt die Beweislast für eine vollständige Selbstbestimmungsaufklärung nach der Beweislastregel des § 630h Abs. 2 S. 1 BGB bei der Behandlungsseite.³⁵¹ Diese Beweiserleichterung ist auf die therapeutische Aufklärung nicht anwendbar.³⁵² Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufzuwerfen, inwiefern die Einbestellungspflicht auch innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung zu verorten ist.

2. Grundlagen der Selbstbestimmungsaufklärung

Zweck der Verpflichtung des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung ist es, dem Patienten eine freie und autonome Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er sich einem konkreten Eingriff unterziehen oder in sonstige diagnostische oder therapeutische Maßnahmen einwilligen will.³⁵³ Die Selbstbestimmungsaufklärung betrifft somit das *Ob* der Therapie.³⁵⁴ Sie dient der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der körperlichen Unversehrtheit des Patienten.³⁵⁵ Sie ist nach § 630d Abs. 2 BGB zugleich Voraussetzung dafür, dass der Patient wirksam in Eingriffe einwilligt. Bei einer fehlerhaften Selbstbestimmungsaufklärung ist der betreffende Eingriff als vertragliche Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB und als deliktsrechtliche Körperverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB

³⁴⁷ BGH, NJW 2018, 621 (622); BGH, NJW 2016, 563 (564); BGH, NJW 1989, 2318 (2319).

³⁴⁸ *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 32 f.

³⁴⁹ *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 90; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (580); *Spickhoff*, ZRP 2012, 65 (67); *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 32.

³⁵⁰ *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht, BGB § 630h Rn. 2.

³⁵¹ *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630h Rn. 35.

³⁵² *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630h Rn. 35.

³⁵³ *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630e Rn. 2; BT-Drs. 17/10488, S. 24.

³⁵⁴ *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630e Rn. 2.

³⁵⁵ BGH, NStZ 1996, 34; BGH, NJW 1974, 1422; BGH, NJW 1973, 556.

zu qualifizieren.³⁵⁶ Umfang und Intensität der Selbstbestimmungsaufklärung sind einer abstrakten Festlegung nicht zugänglich, sondern müssen vom Arzt an der konkreten Behandlungssituation ausgerichtet werden.³⁵⁷ Entscheidend ist, dass dem Patienten kein medizinisches Detailwissen vermittelt, sondern ihm die Schwere und Tragweite eines Eingriffs vor Augen geführt werden sollen, damit er auf dieser Grundlage sein Selbstbestimmungsrecht ausüben kann.³⁵⁸ Dazu ist dem Patienten eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den damit verbundenen Risiken zu vermitteln, ohne diese zu beschönigen oder zu übertreiben.³⁵⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH genügt es, dass der Patient „im Großen und Ganzen“ weiß, worin er seine Einwilligung erteilt.³⁶⁰ Kann der Eingriff eine schwere Belastung für die Lebensführung des Patienten mit sich bringen, ist dieser Umstand auch dann von der Selbstbestimmungsaufklärung umfasst, wenn sich das betreffende Risiko nur sehr selten verwirklicht.³⁶¹ Je weniger dringlich ein medizinischer Eingriff diagnostisch oder therapeutisch indiziert ist, desto strengere Maßstäbe sind an den Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung zu stellen.³⁶²

3. Abgrenzung zur therapeutischen Aufklärung mit Blick auf die Einbestellung

Aufgrund der Überschneidungen im Wortlaut bietet es sich an, die Abgrenzung zwischen den Aufklärungspflichten anhand der Zwecksetzung der jeweiligen Aufklärungspflicht vorzunehmen.³⁶³ Allerdings soll vorliegend nicht eine allgemeine Abgrenzung zwischen diesen beiden Pflichten erfolgen. Vielmehr soll erörtert werden, ob die Einbestellungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung zu verorten ist. Die Zwecksetzung der Einbestellung liegt darin, dass die Behandlungsseite den Patienten auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der weiteren Behandlung hinweist, damit die Behandlung ordnungsgemäß fortgesetzt werden kann. Die Einbestellung hat somit einen rein informativen Charakter. Zwar bezweckt sie, genauso wie die Selbstbestimmungsaufklärung, dass der Patient eine Entscheidung trifft, also zur weiteren Behandlung erscheint. Allerdings handelt es sich hierbei um eine Einwilligung in die Weiterbehandlung in einem weit verstandenen, tatsächlichen

³⁵⁶ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630e Rn. 2.

³⁵⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 24; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 40d.

³⁵⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

³⁵⁹ BGH, NJW 2009, 1203 (1210); BGH, NJW 1984, 1397.

³⁶⁰ BGH, NJW 2009, 1203 (1210).

³⁶¹ BGH, NJW 2009, 1203 (1210); BGH, NJW 2000, 1784; BGH, NJW 1994, 793.

³⁶² BGH, NJW 2012, 382; BGH, NJW 2006, 2108; OLG Hamm, NJW 1976, 1157.

³⁶³ OLG Stuttgart, VersR 2008, 927, (928); MüKoBGB/Wagner, BGB § 630c Rn. 14; Holland, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 108.

Sinne. Die Einbestellung bezweckt hingegen nicht in einem eng verstandenen, rechtlichen Sinne eine selbstbestimmte Entscheidung des Patienten über die Einwilligung in einen konkreten Eingriff. Erscheint der Patient beispielsweise zur Behandlung, nachdem er telefonisch einbestellt worden ist, bedeutet dies nicht, dass er zugleich in den medizinisch indizierten Eingriff einwilligt, den der Arzt geplant hat. Andernfalls würde die Einbestellung des Patienten zugleich eine vollständige Selbstbestimmungsaufklärung darstellen und eine weitere Aufklärung im persönlichen Gespräch wäre nicht mehr erforderlich. Gegen die Verortung der Einbestellungspflicht innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung spricht ferner der Wille des Gesetzgebers zur Form der Selbstbestimmungsaufklärung. Gemäß § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB ist das Gespräch zur Selbstbestimmungsaufklärung mündlich zu führen. Der Gesetzgeber will damit sicherstellen, dass es dem Patienten möglich ist, in einem persönlichen Gespräch mit dem Behandelnden Rückfragen zu stellen.³⁶⁴ Die Einbestellung des Patienten ist daher mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers bereits aufgrund ihres einseitig informativen Charakters grundsätzlich nicht geeignet, die Voraussetzungen einer Selbstbestimmungsaufklärung zu erfüllen. Dies gilt insbesondere, wenn der Arzt den Patienten fernkommunikativ einbestellt. Zwar kann die Selbstbestimmungsaufklärung nach dem Willen des Gesetzgebers auch fernmündlich erfolgen.³⁶⁵ Allerdings nimmt die Gesetzesbegründung insoweit Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und weist einschränkend darauf hin, dass das Aufklärungsgespräch lediglich „in einfach gelagerten Fällen“ fernmündlich erfolgen darf.³⁶⁶ In dem Sachverhalt des BGH-Urteils, auf den sich die Gesetzesbegründung bezieht, hatte der Arzt die Mutter des Patienten persönlich über den Eingriff aufgeklärt und es stand lediglich in Frage, ob der Arzt mit der Aufklärung des Vaters in einem telefonischen Gespräch die Anforderungen an eine vollständige Selbstbestimmungsaufklärung erfüllt hat. Zudem hatte der Arzt den Eltern des Patienten vor dem Eingriff die Gelegenheit eröffnet, Fragen zu stellen.³⁶⁷ Der BGH knüpft auch die Zulässigkeit einer schriftlichen Aufklärung daran, dass der Arzt dem Patienten die Möglichkeit eröffnet, in einem persönlichen Gespräch Fragen zu stellen.³⁶⁸ Die fernkommunikative Selbstbestimmungsaufklärung stellt daher lediglich einen Ausnahmefall dar. Anhand dieser Erwägungen kann die Zwecksetzung einer Einbestellungspflicht nicht darauf ausgerichtet werden, den Patienten im Rahmen des § 630e BGB aufzuklären. Die Einbestellungspflicht ist daher nicht innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung aus § 630e BGB zu verorten.

³⁶⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

³⁶⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

³⁶⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

³⁶⁷ BGH, NJW 2010, 2430 (2430).

³⁶⁸ BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

4. Fazit

Die Einbestellungspflicht ist nicht innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung zu verorten. Dagegen spricht maßgeblich der Wille des Gesetzgebers, der vom Grundsatz eines persönlich geführten Gesprächs zwischen Arzt und Patient bei der Selbstbestimmungsaufklärung ausgeht. Die Einbestellungspflicht dient jedoch nicht dazu, dass der Patient eine selbstbestimmte Entscheidung über einen konkreten Risikoeingriff trifft. Die Einbestellung hat vielmehr rein organisatorischen Charakter und dient lediglich dazu, dass der Patient einen erforderlichen Behandlungstermin wahrnimmt.

VII. Einbestellungspflicht aus § 630g Abs. 1 S. 1 BGB analog

1. Fragestellung

Mit der Vorschrift des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB hat der Gesetzgeber das zuvor bereits richterrechtlich begründete Recht des Patienten, Einsicht in die ihn betreffende Patientenakte zu nehmen³⁶⁹, gesetzlich normiert. Der Gesetzgeber bezweckt mit dieser Vorschrift insbesondere den Schutz des Rechts des Patienten auf die informationelle Selbstbestimmung.³⁷⁰ Betrachtet man lediglich den Wortlaut der Vorschrift, besteht kein Interpretationsspielraum für die Verortung einer Einbestellungspflicht in § 630g Abs. 1 S. 1 BGB. Der Wortlaut setzt ein Verlangen des Patienten auf Einsichtnahme in die Patientenakte voraus, während die Einbestellungspflicht gerade darauf ausgerichtet ist, dass der Arzt den Patienten ohne dessen Verlangen über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung informiert und dadurch einstellt. Zwar hat der Gesetzgeber den Begriff des Verlangens nicht legaldefiniert.³⁷¹ Nach dem Wortlaut muss das Verlangen des Patienten jedoch eindeutig durch eine Äußerung zum Ausdruck kommen, indem er die Einsichtnahme beispielsweise schriftlich oder mündlich anfordert.³⁷² Die Einbestellung dient jedoch gerade dazu, den Patienten ohne dessen Verlangen über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung zu informieren. Die Einbestellungspflicht kann daher aufgrund des eindeutigen Wortlauts nicht unmittelbar innerhalb des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB verortet werden. Vergleicht man jedoch die Interessenlagen, die sich im Falle einer Einsichtnahme in die Patientenakte sowie einer Einbestellung ergeben, stellt sich die Frage einer analogen Gesetzesanwendung, die nachfolgend zu erörtern ist.

³⁶⁹ BVerfG, NJW 2006, 1116 (1117).

³⁷⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

³⁷¹ *Habermalz*, NJW 2013, 3403 (3404).

³⁷² *Habermalz*, NJW 2013, 3403 (3404); MüKoBGB/*Wagner*, BGB § 630g Rn. 9.

2. Planwidrige Regelungslücke

Vor dem dargestellten Hintergrund ist die Frage aufzuwerfen, ob die fehlende Normierung der Einbestellungspflicht in § 630g BGB eine planwidrige Regelungslücke darstellt, die durch eine analoge Anwendung des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB zu schließen ist. Anknüpfungspunkt für die Ermittlung einer Regelungslücke ist der Umstand, dass der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB auch gesundheitliche Interessen des Patienten schützen möchte, da er den Normzweck unter anderem darin sieht, wie die weitere gesundheitliche und medizinische Entwicklung einzuschätzen ist.³⁷³ Der Schutz dieses Interesses ist jedoch in § 630g BGB nicht mit einer entsprechenden Pflicht der Behandlungsseite flankiert worden. Während das Einsichtnahmerecht dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung trägt, enthält die Vorschrift keine Pflicht, die dem präventiven Gesundheitsinteresse des Patienten Geltung verschafft. Zwar ist zu konzedieren, dass in bestimmten Konstellationen das in § 630g Abs. 1 S. 1 BGB geregelte Einsichtnahmerecht auch präventiven Charakter hat, etwa wenn der Patient die Einsichtnahme zum Zwecke der Weiterbehandlung bei einem anderen Arzt geltend macht und die Behandlung anschließend ohne Reibungsverluste fortgesetzt wird. Allerdings gilt dies stets nur für solche Konstellationen, in denen der Patient sein Einsichtnahmerecht aktiv beansprucht, da die Vorschrift ein Verlangen des Patienten voraussetzt. Der unmittelbare Regelungsgehalt der Vorschrift bleibt daher teilweise hinter dem Normzweck zurück. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine verzögerte Einsichtnahme stets den Erfolg der Behandlung beeinträchtigen kann.³⁷⁴ Das Amtsgericht Freiburg hat aus diesem Grund ein Recht des Arztes auf Zurückbehaltung der Krankenunterlagen abgelehnt.³⁷⁵ Legt man daher ausschließlich den unmittelbaren Regelungsgehalt der Vorschrift zugrunde, erfasst sie nicht diejenigen Konstellationen, in denen der Patient zur Weiterbehandlung zwar auf Informationen aus der Akte angewiesen ist, diese jedoch selbst nicht einfordert, wie dies etwa im Falle seines Fernbleibens der Fall ist. Dies hat zur Konsequenz, dass mit dem Regelungsgehalt des § 630g Abs. 1 S. 1 der beabsichtigte Normzweck teilweise verfehlt wird. Entscheidend ist hierbei, dass der vom Gesetzgeber ausdrücklich bezeichnete Gesetzeszweck nicht erreicht wird. Daher kommt es nicht darauf an, ob die Planwidrigkeit auch auf Grundlage eines objektiv ermittelten Gesetzeszwecks angenommen werden kann.³⁷⁶ Festzuhalten ist somit, dass eine teleologische Normlücke in Gestalt einer Wertungslücke vorliegt. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der gesetzgeberische Wertungsplan mit der Formulierung der Vorschrift

³⁷³ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

³⁷⁴ AG Freiburg, NJW 1990, 770.

³⁷⁵ AG Freiburg, NJW 1990, 770.

³⁷⁶ Siehe hierzu *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 31 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, Rn. 796 f.

nicht vollständig erreicht wird.³⁷⁷ Allerdings kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass die aufgezeigte Lücke planwidrig ist. Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB eine Norm geschaffen, die dem teilweise auch von § 630g Abs. 1 S. 1 BGB aufgezeigten Normzweck des Gesundheitsschutzes vollständig Rechnung trägt. Zwar bleibt der Regelungsgehalt der Vorschrift teilweise hinter dem Normzweck zurück, allerdings wird dieser durch unmittelbare Anwendung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB erreicht. Der Wertungsplan des Gesetzgebers wird daher bei einer Gesamtbetrachtung letztlich vollständig erzielt, ohne dass es einer analogen Anwendung des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB bedarf. Überdies hätte die analoge Anwendung der Vorschrift zur Schließung der aufgezeigten Lücke zur Folge, dass auch andere Pflichten, wie etwa die therapeutische Aufklärung während des Behandlungstermins, teilweise innerhalb des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB zu verorten wären.

3. Fazit

Mit § 630g Abs. 1 S. 1 BGB bezweckt der Gesetzgeber neben dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts auch den Schutz der Gesundheit des Patienten. Wendet man die Vorschrift ausschließlich unmittelbar nach ihrem Wortsinn an, wird der Normzweck nicht vollständig erreicht, da bei Fernbleiben des Patienten von der weiteren Behandlung eine Auskunft über Teile der Patientenakte auch ohne ein entsprechendes Auskunftsverlangen des Patienten erforderlich ist, was der Wortsinn jedoch nicht zulässt, da dieser einen Herausgabeanspruch auf die Akte nur dann vorsieht, wenn der Patient diesen aktiv durch ein Verlangen geltend macht. Allerdings kann nicht von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke ausgegangen werden, da der Gesetzgeber mit der Normierung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB eine Vorschrift geschaffen hat, welche den von § 630g BGB beabsichtigten Regelungszweck vollständig erfasst. Der Wertungsplan des Gesetzgebers wird daher insgesamt erreicht. Die ärztliche Einbestellungspflicht ist daher nicht in § 630g Abs. 1 S. 1 BGB analog zu verorten.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem zweiten Kapitel

Die Einbestellungspflicht hat eine Sonderstellung innerhalb des ärztlichen Pflichtenkatalogs inne. Dies resultiert daraus, dass sie einerseits innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht des Arztes zu verorten ist, andererseits jedoch schwerpunktmäßig organisatorischen Charakter hat, da sie darauf ausgerichtet ist, das Erscheinen des Patienten zum erforderlichen Zeitpunkt und damit den reibungslosen Ablauf der Behandlung sicherzustellen.

³⁷⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, Rn. 848.

Der Arzt kann während des Behandlungstermins, aber auch nach Beendigung eines Behandlungstermins zur Einbestellung des Patienten verpflichtet sein.

Die Pflicht zur fernkommunikativen Einbestellung besteht stets dann, wenn der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins unvollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der weiteren Behandlung aufklärt.

Eine fernkommunikative Einbestellungspflicht besteht auch im Falle einer vollständigen therapeutischen Aufklärung, wenn dem Arzt nach Beendigung eines Behandlungstermins neue Befunde vorliegen, aus denen sich das Erfordernis der Weiterbehandlung ergibt.

Dogmatisch ist die ärztliche Einbestellungspflicht insbesondere innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht des Arztes in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB zu verorten.

Darüber hinaus ist die Einbestellungspflicht innerhalb des medizinischen Standards zu verorten, da sie ein Minus zu denjenigen Behandlungsmaßnahmen darstellt, die der Arzt im Rahmen der Behandlung erbringen muss und nach dem Willen des Gesetzgebers der medizinische Standard auch organisatorische Pflichten enthält.

Bei unvollständiger Aufklärung während des Behandlungstermins ergibt sich die Einbestellungspflicht zudem aus der Fehleroffenbarungspflicht des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB.

Bestellt der Arzt den Patienten hingegen während des Behandlungstermins fehlerfrei zu einem weiteren Behandlungstermin ein, ist eine fernkommunikative Einbestellungspflicht zu verneinen. In dieser Konstellation liegt eine kalendarische Bestimmung nach § 296 S. 1 BGB vor, sodass der Patient in Verzug gerät, wenn er der weiteren Behandlung fernbleibt.

Die Einbestellungspflicht ist hingegen nicht innerhalb der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung aus § 630e Abs. 1 BGB zu verorten.

Eine Einbestellungspflicht lässt sich nicht dem Einsichtnahmerecht des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB entnehmen, da dieses nach dem Wortlaut ein Verlangen des Patienten voraussetzt.

Eine Verortung der Einbestellungspflicht in § 630g Abs. 1 S. 1 BGB analog scheidet in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke aus, da der Gesetzgeber dem präventiven Gesundheitsinteresse des Patienten bereits mit der Kodifizierung der therapeutischen Aufklärungspflicht in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB sowie der Fehleroffenbarungspflicht in § 630c Abs. 2 S. 2 BGB Rechnung getragen hat.

Richtlinienvorgaben zu Einbestellungsintervallen sind gegenüber dem medizinischen Standard nachrangig.

Insgesamt können medizinische Regelwerke das *Ob* einer Einbestellung regeln, da es sich hierbei um die medizinische Frage handelt, inwieweit die Behandlung überhaupt fortgesetzt werden muss.

Die Frage der konkreten Ausgestaltung einer Einbestellung, also die Frage des *Wie*, vermögen Leitlinien jedoch nicht mit abschließend verbindlicher Wirkung zu regeln, da es sich hierbei um juristische Wertungsfragen handelt, deren Beantwortung der Rechtsprechung vorbehalten ist.

Kapitel 3

Grenzen der Einbestellungspflicht

A. Einbestellungspflicht und ärztliche Schweigepflicht

I. Problemstellung

Die Einbestellung des Patienten ist ein informatorischer Akt, bei welchem die Behandlungsseite den Patienten im Einzelfall auch unter Einsatz fernkommunikativer Mittel darauf hinweist, dass die Fortsetzung der Behandlung unter medizinischen Gesichtspunkten indiziert ist und der Patient zu diesem Zweck zeitnah einen Behandlungstermin wahrnehmen soll. Dies geht mit der Möglichkeit einher, dass der Arzt die erforderlichen Informationen nicht nur mit dem Patienten, sondern auch mit dessen Angehörigen oder anderen Personen teilt, soweit diese gleichfalls Zugang zu den Kommunikationsmitteln des Patienten haben, insbesondere wenn diese mit ihm in einer häuslichen Gemeinschaft leben. Allerdings geht mit dieser Möglichkeit zugleich auf der einen Seite die Gefahr einher, dass der Arzt seine Schweigepflicht verletzt. Diese besteht grundsätzlich auch gegenüber Angehörigen.¹ Auf der anderen Seite kann ärztlicherseits im Einzelfall auch eine Pflicht bestehen, die Angehörigen in den Einbestellungsvorgang mit einzubeziehen. Besteht jedoch zivilrechtlich eine Pflicht zur Einbeziehung der Angehörigen oder sonstiger nahestehender Dritter des Patienten in den Einbestellungsvorgang, ist die Annahme einer zivilrechtlichen Pflichtverletzung oder gar einer strafrechtlichen Verletzung der Schweigepflicht wertungswidersprüchlich und stellt den Arzt vor widersprechende Normbefehle.² Dieser Zustand muss daher aufgelöst werden.³ Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, in welchem Umfang die Behandlungsseite berechtigt und gar verpflichtet ist, die Angehörigen und Bekannten des Patienten darüber zu informieren, dass dieser zeitnah zur Fortsetzung der Behandlung erscheinen muss.

II. Zwecksetzung der ärztlichen Schweigepflicht

Die Frage, in welchem Umfang die Einbeziehung Dritter in die Einbestellung des Patienten und damit ein einvernehmlicher oder gar von einer Einwilligung nicht gedeckter Bruch der ärztlichen Schweigepflicht zulässig ist, wirft die Vor-

¹ OLG München, ZEV 2009, S. 40 (41); von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 51.

² von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 2.

³ von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 2.

frage auf, welche Zwecksetzung der ärztlichen Schweigepflicht zugrunde liegt. Insbesondere mit Blick auf eine strafrechtliche Rechtsgutsbestimmung existieren unterschiedliche Ansätze.⁴ Im Kern stehen sich dabei Vertreter einer Individualschutzlehre und einer Gemeinschaftsschutzlehre gegenüber.⁵ Betrachtet man die Entscheidungspraxis des BVerfG, ist der Zweck der ärztlichen Schweigepflicht letztlich in der Sicherstellung einer optimalen Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient als Voraussetzung eines leistungsfähigen Gesundheitssystems zu erblicken. Hierzu formuliert das Gericht: „Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muß und darf erwarten, daß alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Patient und Arzt jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt, weil es die Chancen der Heilung vergrößert und damit – im ganzen gesehen – der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsfürsorge dient.“⁶ Der BGH sieht den Zweck der ärztlichen Schweigepflicht darin, „daß das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nicht beeinträchtigt wird und sich Kranke nicht aus Zweifel an der Verschwiegenheit des Arztes davon abhalten lassen, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen“⁷. Bei einem Vergleich der beiden Formulierungen wird erkennbar, dass das BVerfG und der BGH die Zwecksetzung der ärztlichen Schweigepflicht unter anderem in der Sicherstellung einer Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient und in der Wahrung eines leistungsfähigen Gesundheitssystems erblicken. Die ärztliche Schweigepflicht bezweckt daher mittelbar, dass sowohl die Allgemeinheit als auch letztlich der Einzelne dasjenige Vertrauen in die Ärzteschaft haben, welches zur Erreichung des erstrebten Behandlungserfolges erforderlich ist. Nach Auffassung des BGH dient die ärztliche Schweigepflicht nicht nur dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner Geheimnisse, sondern auch dem Schutz der Allgemeinheit.⁸ In der Literatur wird darüber hinaus der Zweck der ärztlichen Schweigepflicht vorrangig in der Schaffung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient als Voraussetzung einer optimalen Behandlung gesehen.⁹ Überzeugender ist jedoch die Auffassung, dass es sich bei der Sicherstellung des Vertrauens in die Ärzteschaft nicht um den primären Zweck handelt, welcher mit der ärztlichen Schweigepflicht verfolgt wird, sondern § 203 StGB vorrangig die Individualinteressen des betroffenen Patienten schützt.¹⁰ Es existieren Fälle, in denen der Schutzzweck

⁴ Überblick bei MüKoStGB/Cierniak/Niehaus, § 203, Rn. 3–8.

⁵ MüKoStGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 4.

⁶ BVerfG, NJW 1972, 1123 (1124).

⁷ BGH, NJW 1968, 2288 (2290).

⁸ BGH, NJW 1968, 2288 (2290).

⁹ Arloth, MedR 1986, S. 295 (296).

¹⁰ So auch Rogall, NSTZ 1983, 1 (5); von Bar, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 31; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rn. 11.

der Vertrauensschaffung einen Patienten, der sich in Behandlung befindet, nicht mehr erfasst. Als Beispiel ist ein Patient zu nennen, der an einer tödlichen Erkrankung leidet und keine weiteren Behandlungstermine mehr wahrnehmen muss und damit keine weiteren Informationen gegenüber dem Arzt zum Zwecke der Weiterbehandlung mitteilt. Belässt man es bei einer rein auf Vertrauensaspekte gestützten Zwecksetzung der ärztlichen Schweigepflicht, läuft diese mit Blick auf einen Patienten, der bereits alle erforderlichen Informationen zum Zwecke der Behandlung gegenüber dem Arzt preisgegeben hat, leer. Dies hätte zur Folge, dass der Zweck der ärztlichen Schweigepflicht zeitlich betrachtet einen rein präventiven Charakter hat und Patienten ab einem bestimmten Behandlungsstadium nicht mehr erfasst. Dies ist jedoch mit den Rechtspositionen desjenigen Patienten nicht vereinbar, der bereits alle erforderlichen Informationen gegenüber dem Arzt preisgegeben hat. Auch in dieser Konstellation besteht ein Interesse des Patienten an der Wahrung seiner Geheimsphäre, welches aus der Sicht dieses Patienten nicht mit dem Vertrauen der Allgemeinheit und anderer Kranker in die Ärzteschaft und das Gesundheitssystem begründet werden kann. Vielmehr geht es dem Patienten in dieser Konstellation um die Wahrung der preisgegebenen Informationen zum Zwecke seiner informationellen Selbstbestimmung. Dementsprechend weist das BVerfG zutreffend darauf hin, dass Krankenunterlagen am Schutz der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG teilnehmen.¹¹ Auch der Gesetzgeber hat in der Begründung des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum StGB „das Privatgeheimnis“ als Schutzobjekt des § 203 StGB angeführt.¹² Als weitere Überlegung gegen eine vorrangig auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient abstellende Zweckbestimmung ist ferner anzuführen, dass der Patient regelmäßig faktisch einem Zwang zur Offenbarung bestimmter Informationen gegenüber dem Arzt unterliegt, wenn er seine Gesundheitsinteressen wahrnehmen will.¹³ Stellt man demgemäß die Zweckbestimmung der ärztlichen Schweigepflicht ausschließlich auf Vertrauensaspekte ab, werden Fallkonstellationen nicht erfasst, in denen der Patient sich aufgrund einer Erkrankung gezwungen sieht, unabhängig davon, ob er Vertrauen in die Schweigsamkeit der Ärzteschaft hat, diejenigen Informationen preiszugeben, die zur Erreichung des Heilungserfolges erforderlich sind. Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass Patienten in bestimmten Fällen bei verringertem Vertrauen von einem Arztbesuch absehen, die ärztliche Schweigepflicht also dazu geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Ärzteschaft zu stärken. Der Umkehrschluss, dass Kranke bei verringertem Vertrauen stets in geringerem Maße zur Preisgabe der erforderlichen Informationen bereit sind, ist jedoch nicht möglich. Eine Verallge-

¹¹ BVerfG, NJW 1972, 1123 (1124).

¹² BR-Drs. 1/72, 227; BT-Drs. 7/550, 235; MüKoStGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 6.

¹³ Schönemann, ZStW 90 (1978), 11 (54); Heghmanns/Niehaus, NStZ 2008, 57 (60); MüKoStGB/Cierniak/Niehaus, § 203 Rn. 7.

meinerung in dieser Form ist insbesondere mit Blick auf das Gewicht der jeweiligen Erkrankung nicht überzeugend. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Patient, der an einer schwerwiegenden Erkrankung oder beträchtlichen Beschwerden leidet, alleine aufgrund verringerten Vertrauens die für eine bestmögliche Behandlung erforderlichen Informationen zurückhält oder gar von einem Arztbesuch absieht.¹⁴ Gerade in solchen Fällen, in denen der Patient sich zur Preisgabe seiner Informationen gegenüber dem Arzt zur Sicherstellung der bestmöglichen Behandlung faktisch gezwungen sieht, bedarf er des Schutzes seiner Privatgeheimnisse durch die ärztliche Schweigepflicht.¹⁵ Schließlich weist auch der BGH darauf hin, dass die strafrechtliche Sanktionierung der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht in erster Linie den Individualinteressen des Patienten dient und begründet dies mit dem Strafantragserfordernis des § 205 StGB.¹⁶ Praktische Bedeutung kommt der Frage des Normzwecks insbesondere mit Blick auf die Frage zu, ob der betroffene Patient über die Schweigepflicht gänzlich oder in Teilen disponieren und eine Einwilligung in einen Schweigepflichtbruch erteilen kann.¹⁷

III. Zivilrechtliche Verortung der ärztlichen Schweigepflicht

1. Fehlende Normierung der ärztlichen Schweigepflicht

Die ärztliche Schweigepflicht wurde mit Inkrafttreten des Patientenrechtgesetzes zivilrechtlich nicht normiert.¹⁸ Auch die Gesetzesbegründung enthält keine ausdrücklichen Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber bestrebt war, die ärztliche Schweigepflicht in den §§ 630a ff. BGB zu kodifizieren. Aufgrund seines allgemein formulierten Charakters ist die ärztliche Schweigepflicht am ehesten in § 630c Abs. 1 BGB verorten. Allerdings sprechen der Wille des Gesetzgebers sowie die Formulierung als Sollensgebot gegen eine Verortung der ärztlichen Schweigepflicht in dieser Vorschrift.¹⁹

Eine Ableitung der ärztlichen Schweigepflicht kommt ferner aus § 630a Abs. 2 BGB in Betracht, wenn man die Schweigepflicht als Bestandteil des medizinischen Standards qualifiziert. Problematisch ist dies jedoch insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Schweigepflicht, wie die Einbestellungspflicht, eine rechtliche Bewertung dargestellt und damit dem medizinischen Kompetenzbereich entzogen ist, zumal die Ärzteschaft andernfalls durch geänderte Verhaltensroutinen die Möglichkeit hätte, die ärztliche Schweigepflicht aufzuweichen. Eine

¹⁴ Ähnl. *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (53 f.).

¹⁵ Ausf. dazu *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (54 f.).

¹⁶ BGH, NJW 1991, 2955 (2956).

¹⁷ MüKoStGB/*Cierniak/Niehaus*, § 203 Rn. 5.

¹⁸ Krit. *Katzenmeier*, NJW 2013, 818 (823).

¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. II.

Verortung der ärztlichen Schweigepflicht innerhalb des medizinischen Standards ist daher abzulehnen. Im Kern gilt es daher festzuhalten, dass der Gesetzgeber die ärztliche Schweigepflicht zivilrechtlich nicht normiert hat und diese sich auch nicht durch Auslegung allein aus den §§ 630a ff. begründen lässt.

2. Verortung in § 241 Abs. 2 BGB

Ungeachtet ihrer fehlenden ausdrücklichen Normierung stellt die ärztliche Schweigepflicht eine zentrale vertragliche Nebenpflicht aus §§ 630a, 241 Abs. 2 BGB dar.²⁰ Es bedarf ferner keiner ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung der ärztlichen Schweigepflicht zwischen Arzt und Patient.²¹ Die ärztliche Schweigepflicht wird bereits kraft Natur des Behandlungsvertrags Bestandteil des ärztlichen Pflichtenkatalogs.²² Sie kann ferner auch als vorvertragliche Nebenpflicht entstehen, wenn lediglich ein informatorischer Kontakt zwischen Arzt und Patient stattfindet, ohne dass ein Behandlungsvertrag zustande kommt.²³ Dogmatisch ist sie als Rücksichtnahmepflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB zu qualifizieren.²⁴ Zu begründen ist sie mit der bereits dargestellten Überlegung des faktischen Offenbarungszwangs. Da der Patient auf die Fachkunde des Arztes angewiesen ist und sich dadurch zur Offenbarung seiner vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützten Informationen veranlasst sieht, bedarf er der ärztlichen Schweigepflicht als ausgleichendes Schutzkorrelat.²⁵

3. Verortung im Deliktsrecht

Die Schweigepflicht des Arztes ist neben ihrer Verortung als behandlungsvertragliche Nebenpflicht auch im Deliktsrecht zu verorten. Zu begründen ist dies mit dem Umstand, dass § 203 StGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren ist, wodurch ein deliktsrechtlicher Haftungstatbestand eröffnet wird.²⁶ Daneben kann eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht auch den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllen oder sich als sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB darstellen.²⁷ Haftungsrechtliche Konsequenz einer

²⁰ Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 6; ferner ausf. von Bar, *Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten*, S. 14.

²¹ von Bar, *Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten*, S. 15.

²² von Bar, *Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten*, S. 14 f.

²³ Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 7; von Bar, *Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten*, S. 19.

²⁴ von Bar, *Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten*, S. 16.

²⁵ Ähnl. von Bar, der ebenfalls die Angewiesenheit des Patienten auf die ärztliche Fachkunde anführt und als Schutzgut das Recht auf informationelle Selbstbestimmung benennt, von Bar, *Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten*, S. 15 f.

²⁶ OLG Hamm, MedR 1995, 328; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rn. 934.

²⁷ § 826 BGB bejahend BGH, VersR 1954, 236.

Schweigepflichtverletzung kann neben einem Schadensersatz wegen Vertragsverletzung sowie unerlaubter Handlung in schwerwiegenden Fällen die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen sein.²⁸

IV. Berufsrechtliche Verortung der ärztlichen Schweigepflicht

Neben ihrer zivil- und strafrechtlichen Verortung ist die ärztliche Schweigepflicht auch im Berufsrecht der Ärzte verankert. Nach § 9 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä müssen Ärzte über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Arzt anvertraut ist, schweigen. Diese Regelung stellt die Rechtsgrundlage für die ärztliche Schweigepflicht dar.²⁹ Hingegen normiert § 203 StGB die ärztliche Schweigepflicht nicht, sondern stellt nur ihre Verletzung unter Strafe und setzt damit voraus, dass eine Schweigepflicht vorliegt.³⁰ Der sachliche Umfang der ärztlichen Schweigepflicht umfasst gem. § 9 MBO-Ä alles, was der Arzt im Rahmen der Behandlung über den Patienten erfährt.³¹ Informationen über den Patienten darf der Arzt nur mit dessen ausdrücklicher oder konkludenter Einwilligung oder aufgrund einer gesetzlichen Befugnis oder einer gesetzlichen Offenbarungspflicht preisgeben.³² Ferner darf der Arzt gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä seine Schweigepflicht brechen, soweit er von dieser entbunden wird oder die Offenbarung entsprechender Informationen zum Schutze eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist. Diese genannten Ausnahmetatbestände entsprechen straf- und zivilrechtlich einer rechtfertigenden Einwilligung und einer Rechtfertigung des Arztes gem. § 34 StGB, wenn dieser zum Schutz eines höherrangigen Rechtsguts im Sinne des § 34 StGB ein Privatgeheimnis gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB verletzt.³³ Nach § 9 Abs. 2 S. 2 MBO-Ä bleiben gesetzliche Aussage- und Anzeigepflichten hiervon unberührt. Zudem ist der Arzt nach § 9 Abs. 2 S. 3 MBO-Ä dazu verpflichtet, den Patienten über bestehende gesetzliche Offenbarungspflichten aufzuklären. § 9 Abs. 3 MBO-Ä verpflichtet den Arzt ferner, die Mitarbeiter und sonstige Personen, die zum Zwecke der Berufsvorbereitung an der ärztlichen Tätigkeit teilnehmen über die gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit zu belehren und dies schriftlich festzuhalten. Ein Verstoß gegen § 9 MBO-Ä kann vom zu-

²⁸ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 938.

²⁹ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. IX Rn. 4; *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 46. Abzustellen ist hierbei auf die Berufsordnungen der Länder.

³⁰ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. IX Rn. 10; *Ratzel/Lippert*, Kommentar MBOÄ, § 9 Rn. 3; *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 46.

³¹ *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 46.

³² *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, § 13 Rn. 64.

³³ *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 48.

ständigen Berufsgericht mit einer Warnung, einem Verweis oder mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 EUR geahndet werden.³⁴

V. Einbestellung und ärztliche Schweigepflicht gegenüber Angehörigen

1. Verletzung der Schweigepflicht durch Einbestellung

Nachdem voranstehend die Grundlagen der ärztlichen Schweigepflicht dargestellt wurden, ist nachfolgend das Verhältnis der Einbestellung des Patienten zur ärztlichen Schweigepflicht zu erörtern. Dabei ist die Untersuchung auf die Darstellung derjenigen Probleme zu beschränken, die sich mit Blick auf die Angehörigen oder sonstigen nahestehenden Personen³⁵ des Patienten ergeben können. Der BGH hatte sich etwa mit einem Fall zu befassen, in welchem der behandelnde Arzt den Vater und die Ehefrau des Patienten über einen histologischen Krebsbefund informiert hat, anhand dessen die weitere Behandlung des Patienten dringlich medizinisch indiziert war.³⁶ Der BGH lässt ausdrücklich offen, inwieweit darin ein Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht zu erblicken ist.³⁷ In der Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit, dass die ärztliche Schweigepflicht grundsätzlich auch gegenüber Angehörigen gilt.³⁸ Diese nehmen im Schweigepflichtrecht somit keine Sonderstellung ein.³⁹ Zu erörtern ist, ob der Arzt seine Schweigepflicht in Fällen, in denen er den Patienten zur Weiterbehandlung einbestellen muss, überhaupt verletzt, ob die Einbestellung also geeignet ist, eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht zu begründen. Die Einbestellung des Patienten kann grundsätzlich schriftlich oder telefonisch erfolgen. Im Regelfall bestellt der Arzt den Patienten ein, indem er ihm mitteilt, dass die Wahrnehmung eines Behandlungstermins aus bestimmten Gründen medizinisch indiziert ist. Auch bei einer schriftlichen Einbestellung erfüllt der Arzt grundsätzlich seine Einbestellungspflicht, indem er den Patienten auf die Dringlichkeit der Behandlung hinweist. Allerdings stellt sich im Falle eines postalischen Einbestellungshinweises die grundlegende Vorfrage, ob ein solcher postalischer Hinweis an den Patienten geeignet ist, eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht zu

³⁴ Merkblatt zur ärztlichen Schweigepflicht der Landesärztekammer Baden-Württemberg, S. 1, <http://www.aerztekammer-bw.de/10aerzte/40merkblaetter/10merkblaetter/schweigepflicht.pdf>, Zugriff am 25.12.2019; *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 48, mit weiterführenden Ausführungen zum personellen Umfang der Schweigepflicht.

³⁵ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich somit auch auf sonstige Dritte, die dem Patienten nahestehen und Zugriff auf dessen Kommunikationsmittel haben.

³⁶ BGH, NJW 1989, 2318.

³⁷ BGH, NJW 1989, 2318 (2319).

³⁸ BGH, NJW 1983, 2627 (2628); OLG München, MedR 2009, 40 (41).

³⁹ Ratzel/Lippert, Kommentar MBOÄ, § 9 Rn. 22; *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 52.

begründen, wenn ein Angehöriger oder sonstiger Dritter von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis erlangt, das ausschließlich an den Patienten adressiert ist. Dadurch erlangt der Dritte Kenntnis von der Behandlung. Die Tatsache, dass der Patient den Arzt überhaupt aufgesucht hat, ist vom sachlichen Umfang der ärztlichen Schweigepflicht umfasst.⁴⁰ Allerdings muss eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht bei der Übersendung postalischen Übersendung medizinischer Unterlagen an den Patienten verneint werden. Andernfalls würde der gesamte Schriftverkehr der Behandlungsseite gegenüber dem Patienten zum Erliegen kommen würde, wenn der Arzt zuvor nicht die Einwilligung des Patienten einholt. Mit der Mitteilung seiner Adresse willigt der Patient zugleich konkludent darin ein, dass die Behandlungsseite ihn gegebenenfalls schriftlich im Zusammenhang mit der Behandlung informiert. Dies gilt auch, wenn die Behandlungsseite die Anschrift des Patienten allein aus dessen Krankenversicherungsdaten entnimmt. Darüber hinaus ist die postalische Versendung von Behandlungsunterlagen an den Patienten in diesen Fällen auch unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz anzunehmen. Sozialadäquat ist eine Offenbarung, wenn sie sich als unerheblicher Eingriff darstellt, der von jedem hinzunehmen ist und sich innerhalb einer historisch gewachsenen Ordnung hält.⁴¹ Ferner sind gegen eine fahrlässige oder bedingt vorsätzliche Schweigepflichtverletzung in diesen Konstellationen maßgeblich gesetzliche Wertungsgesichtspunkte anzuführen. Wenn der Patient nicht damit einverstanden ist, dass Angehörige oder sonstige Dritte, die Zugriff auf dessen Posteingang haben, die ärztlichen Briefe des Patienten öffnen, ist hierin eine strafbewehrte Verletzung des Briefgeheimnisses nach § 202 StGB zu sehen. Der Arzt muss jedoch beim Versenden schriftlicher Korrespondenz nicht damit rechnen, dass die Angehörigen des Patienten oder ihm nahestehende Dritte unter Verletzung strafgesetzlicher Vorschriften dessen Recht auf Briefgeheimnis verletzen. Ein solches generelles Misstrauen würde die Sorgfaltsanforderungen an den Arzt überspannen, zumal er in spezifischen Fällen zur Behandlung des Patienten auf die Unterstützung dessen Angehöriger oder nahestehender Personen angewiesen ist.⁴² Nehmen Angehörige dennoch von der schweigepflichtigen Tatsache Kenntnis, dass der Patient sich überhaupt in Behandlung befindet, ist dies unter dem Gesichtspunkt der konkludenten Einwilligung oder Sozialadäquanz nicht als Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht zu qualifizieren. Es gilt daher festzuhalten, dass der Arzt beim postalischen Schriftverkehr mit dem Patienten seine Schweigepflicht nicht verletzt. Die schriftliche Einbestellung begründet daher keinen Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht. Bei der telefonischen Einbestellung stellen sich ähnliche Fragen. In erster Linie ist zu erör-

⁴⁰ von Bar, *Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten*, S. 47.

⁴¹ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 944.

⁴² von Bar, *Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten*, S. 87; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 943, die das Beispiel eines bewusstlos eingelieferten Patienten anführen.

tern, ob der Arzt seine Schweigepflicht dadurch verletzt, dass er den Patienten anruft, um ihn einzubestellen. Dies ist unter dem Gesichtspunkt der ärztlichen Schweigepflicht nur dann problematisch, wenn ein Angehöriger den Anruf entgegennimmt und dadurch von der Behandlung erfährt. Im Kern geht es hierbei um dasselbe Problem, welches sich auch bei der postalischen Übersendung eines Einbestellungshinweises stellt. Zwar ist dem Angehörigen die Identität des Patienten bekannt, allerdings besteht die Möglichkeit, dass ihm dessen Eigenschaft als Patient unbekannt ist und der Patient dies willentlich nicht offenbaren möchte. Ferner ist es dem betreffenden Angehörigen aufgrund des Fachbereichs des behandelnden Arztes möglich, Rückschlüsse auf potenzielle Erkrankungen des Patienten zu ziehen. Allerdings liegt eine stillschweigende Entbindung von der Schweigepflicht in diesen Konstellationen nahe, insbesondere, wenn der Patient den Behandlungstermin und das Behandlungsgespräch im Beisein des Angehörigen wahrnimmt oder den Angehörigen auf andere Weise ins erkennbar ins Vertrauen zieht.⁴³ Ohne konkrete Anhaltspunkte kann jedoch nicht von einer Schweigepflichtentbindung betreffend die Angehörigen ausgegangen werden.⁴⁴ Vor einer telefonischen Auskunft an die Angehörigen ist daher regelmäßig die Einwilligung des Patienten einzuholen.⁴⁵ Jedoch ist unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht zu verneinen, wenn die Behandlungsseite den Patienten kontaktiert und ein Angehöriger das Telefonat entgegennimmt. Dies gilt in erster Linie, wenn der Patient seine telefonischen Kontaktdaten gegenüber dem Arzt preisgibt und die Behandlungsseite ihn darauf hinweist, dass sie ihn zur Weiterbehandlung telefonisch kontaktieren wird. Zwar ist es nach Auffassung des BGH grundsätzlich nicht Sache des Patienten, der Weitergabe seiner Daten zu widersprechen, um den Eindruck des stillschweigenden Einverständnisses zu vermeiden.⁴⁶ Allerdings kann dies nicht uneingeschränkt für den Fall gelten, dass es um die Weitergabe von Informationen an den Patienten selbst geht. Insbesondere, wenn der Patient seine Kontaktdaten hinterlässt, auf die üblicherweise auch Angehörige zugreifen können, ist davon auszugehen, dass der Patient stillschweigend damit einverstanden ist, zur Mitteilung behandlungsrelevanter Informationen kontaktiert zu werden. Ferner erscheint es vorzugswürdig, die therapeutische Aufklärungspflicht, die eine wesentliche Behandlungspflicht darstellt und für den Fortgang und Erfolg der weiteren Behandlung entscheidend sein kann, hinter eine demgegenüber nachrangige Nebenpflicht zurücktreten zu lassen. Bestehen daher Zweifel, ob der Patient damit einverstanden ist, von der Behandlungsseite angerufen zu werden, muss es der Behandlungsseite möglich sein, diese Zweifel zugunsten des Gesundheitsschutzes des Patienten aufzulösen und ihn einzubestellen. In diesem Fall stehen

⁴³ *Langkeit*, NStZ 1994, 6 (8).

⁴⁴ *Langkeit*, NStZ 1994, 6 (8).

⁴⁵ *Langkeit*, NStZ 1994, 6 (8).

⁴⁶ BGH, NJW 1991, 2955 (2957).

sich aus der Sicht der Behandlungsseite das potenzielle Interesse des Patienten an einer umfassend verstandenen Schweigepflicht, die auch eine telefonische Kontaktierung umfasst, und dessen potenzielles Interesse an einer Erreichung des Behandlungserfolges gegenüber. Die bloße telefonische Kontaktierung des Patienten begründet daher keine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht, soweit der betreffende Angehörige nicht über spezifische Details der Behandlung in Kenntnis gesetzt wird.

2. Verletzung der Schweigepflicht durch medizinische Angaben gegenüber Angehörigen

a) Konkludente oder mutmaßliche Einwilligung

Mit der Kontaktierung des Patienten geht die Frage einher, inwieweit die Behandlungsseite berechtigt ist, gegenüber dem betreffenden Angehörigen spezifische Angaben zur Behandlung des Patienten zu tätigen. Der BGH lässt ausdrücklich offen, ob die Mitteilung behandlungsspezifischer Details an Angehörige zum Zwecke der Weiterleitung an den Patienten eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht begründet.⁴⁷ Die Rechtsprechung ist meist mit Fällen befasst, in denen es um die Frage geht, ob die Angehörigen des Patienten nach dessen Tod einen Anspruch auf Einsicht in dessen Krankenunterlagen zum Zwecke der Wahrnehmung von Vermögensinteressen haben.⁴⁸ Die Grundsätze dieser Rechtsprechung können nicht auf Fälle übertragen werden, in denen der Arzt die Angehörigen über behandlungsrelevante Details informiert, um den Patienten einzubestellen. Bei der Frage des Einsichtsrechts der Angehörigen nach dem Tod des Patienten stehen regelmäßig Persönlichkeitsrechte des Patienten im Widerstreit zu den Vermögensinteressen der Angehörigen.⁴⁹ Bei der Einbestellung durch eine Mitteilung behandlungsrelevanter Informationen an die Angehörigen des Patienten steht hingegen dessen Gesundheitsinteresse in potentielltem Widerstreit zu dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Mit der Preisgabe seiner Telefonnummer willigt der Patient nicht darin ein, dass behandlungsrelevante Informationen mit dessen Angehörigen geteilt werden. Der Arzt darf die Angehörigen gegen den Willen des Patienten daher nicht vorschnell informieren.⁵⁰ Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass eine bestehende Einbestellungspflicht gegenüber der ärztlichen Schweigepflicht auch dann vorrangig ist, wenn es um die Mitteilung spezifischer behandlungsrelevanter Details an Angehörige geht, soweit diese bezwecken, den Patienten rechtzeitig einzubestellen. Da die Einbestellung in bestimmten Konstellationen bezweckt, schwerwiegende gesund-

⁴⁷ BGH, NJW 1989, 2318 (2319).

⁴⁸ BGH, NJW 1983, 2627 (2628); OLG München, MedR 2009, 40.

⁴⁹ BGH, NJW 1983, 2627 (2628).

⁵⁰ von Bar; Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 94.

heitliche Gefahren oder gar eine bestehende Lebensgefahr vom Patienten abzuwenden, muss der Arzt in Zweifelsfällen dem Gesundheitsinteresse des Patienten den Vorrang einräumen können, da der Patient den Behandlungsvertrag gerade zum Zwecke des Gesundheitsschutzes abschließt. Dieser Ansatz deckt sich mit der Rechtsprechung des BGH. Dieser bejaht die Möglichkeit einer mutmaßlichen Schweigepflichtentbindung durch den Patienten.⁵¹ Allerdings kann dem BGH nicht gefolgt werden, wenn er ausführt, dass eine mutmaßliche Schweigepflichtentbindung nur dann möglich ist, „soweit einer ausdrücklichen Befreiung Hindernisse entgegenstehen“⁵². Dieser Ansatz ist sehr weitgehend, da er als ausnahmsloser Grundsatz formuliert ist und dadurch für sozialadäquate Erwägungen keinen Platz lässt, aber auch dazu führt, dass der Arzt den Patienten bei einer dringenden Behandlungsbedürftigkeit und drohenden Gesundheitsgefahr aufgrund der Schweigepflicht nicht kontaktieren kann, ohne diese zugleich zu verletzen. Demgemäß weist der BGH zutreffend darauf hin, dass der Arzt berechtigt sein kann, „die Schweigepflicht zu brechen, wenn das zur Wahrung eines höherwertigen Rechtsgutes erforderlich ist und der Widerstreit der rechtlich geschützten Güter nur durch die Preisgabe des einen und nicht auf andere Weise gelöst werden kann“⁵³. Der Arzt darf daher seine Schweigepflicht im Falle einer Lebensgefahr oder schwerwiegenden Gesundheitsgefahr gemäß § 34 StGB brechen.⁵⁴ Die Rechtsprechung lässt etwa anklingen, dass ein Schweigepflichtbruch im Fall einer drohenden Suizidgefahr möglich ist.⁵⁵ Nichts anderes kann gelten, wenn der Patient lediglich aus Nachlässigkeit dem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt und eine Mitteilung gegenüber dem Angehörigen den Fortgang der Behandlung sicherstellt. In diesen Fällen kann der Bruch der ärztlichen Schweigepflicht gerechtfertigt sein, weil die gegenwärtige Gesundheitsgefahr für den Patienten im Sinne des § 34 StGB „nicht anders“ abwendbar ist.⁵⁶ Allerdings gilt dies zunächst nur, wenn von einer konkludenten oder mutmaßlichen Einwilligung des Patienten auszugehen ist. Liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die gegen eine mutmaßliche Einwilligung sprechen, darf der Arzt davon ausgehen, dass der Patient im Sinne eines verständigen Patienten handeln und diejenige Entscheidung treffen würde, die in der konkreten Situation allgemein als vernünftig und angemessen anzusehen ist.⁵⁷ Es entspricht daher dem Willen des Patienten, wenn seine Angehörigen darüber informiert werden, dass die Behand-

⁵¹ BGH, NJW 1983, 2627 (2628).

⁵² BGH, NJW 1983, 2627 (2628).

⁵³ BGH, NJW 1968, 2288 (2290).

⁵⁴ von Bar, *Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten*, S. 94; Hegerfeld, *Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten*, S. 278.

⁵⁵ BayObLG, NJW 1995, 1623 (1624). Verneinung der Voraussetzungen des § 34 StGB aufgrund mangelnder Feststellungen zum Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr.

⁵⁶ von Bar, *Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten*, S. 94.

⁵⁷ BGH, NJW 1988, 2310 (2311).

lung dringend fortzusetzen ist, soweit dadurch eine gesundheitliche Gefahr abgewendet werden soll.

b) Ausdrücklicher Verzicht auf Mitteilung an die Angehörigen

Teilweise wird vertreten, dass bei einem vollständig einsichts- und urteilsfähigen Patienten, der sich in einem lebensgefährlichen Zustand befindet und ausdrücklich nicht möchte, dass seine Angehörigen hiervon Kenntnis erlangen, ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht nicht gerechtfertigt ist.⁵⁸ Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn der Patient zuvor ausdrücklich den Willen bekundet, seine Angehörigen nicht von seinem lebensgefährlichen Zustand zu Rettungszwecken zu informieren.⁵⁹ Dem wird entgegnet, dass ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht in diesen Fällen gerechtfertigt ist, weil es im Rahmen des § 34 StGB auf eine Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter und der diesen drohenden Gefahren ankomme.⁶⁰ Allerdings wird bei dieser Argumentation übersehen, dass der voll verantwortliche Patient im Falle einer lebensgefährlichen Behandlung unbestrittenermaßen auch die Einwilligung in die weitere ärztliche Behandlung verweigern kann.⁶¹ Ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in dieser Konstellation gegenüber seinem Lebensrecht höherrangig, ist es inkonsequent, sein Selbstbestimmungsrecht als nachrangig einzustufen, damit die Angehörigen darauf hinwirken, dass der Patient seinen Entschluss abändert und doch in die medizinisch indizierte Behandlung einwilligt. Vielmehr genügt es, wenn der Arzt in aller Dringlichkeit und Ernsthaftigkeit auf den Patienten einredet, um ihn zur Einwilligung zu bewegen und ihn mit größter Sorgfalt explizit auf die gesundheitlichen Gefahren der Nichtbehandlung hinweist.⁶² Der BGH hatte unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit nach § 323 c StGB über einen Fall zu entscheiden, in welchem die schwangere Patientin sich in einem lebensgefährlichen Zustand befand und der Angeklagte Arzt es unterließ, die vor der Praxis wartende Mutter hierauf hinzuweisen, nachdem die Patientin ihn flehentlich darum gebeten hatte, davon Abstand zu nehmen, da die Mutter von der Schwangerschaft keine Kenntnis erlangen dürfe.⁶³ Der BGH hat eine Strafbarkeit des Arztes bejaht. Die Unterrichtung der Mutter sei ein erforderliches und angemessenes Mittel zur Rettung der Patientin gewesen.⁶⁴ Der BGH stützt sich darauf, dass es der Patientin nur darum gegangen sei, ihrer Mutter die Schwangerschaft nicht zu

⁵⁸ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, § 203 Rn. 59; a.A. von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 94.

⁵⁹ So auch Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, StGB, § 203 Rn. 59.

⁶⁰ von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 94.

⁶¹ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, § 203 Rn. 59; Geiger, JZ 1983, 153.

⁶² Geiger, JZ 1983, 153 (154).

⁶³ BGH, NJW 1983, 350.

⁶⁴ BGH, NJW 1983, 350 (351).

offenbaren, was auch mit „einer begrenzten – nämlich die Ursachen des Zustands verschweigenden – Offenbarung“ gegenüber der Mutter sichergestellt gewesen wäre und die Patientin sich hiergegen auch nicht gewehrt hätte.⁶⁵ Die Entscheidung sorgte für Aufsehen und wurde innerhalb der Literatur als verfehlt kritisiert.⁶⁶ Als maßgebliche Erwägung wurde angeführt, dass der Arzt zwar nach § 34 StGB die Schweigepflicht brechen darf, um das Leben des Patienten zu schützen, hieraus allerdings nicht der Schluss gezogen werden könne, dass der Behandelnde hierzu auch verpflichtet sei.⁶⁷ Als Argument wird dabei maßgeblich auf den Wortlaut von § 9 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä hingewiesen, wonach Ärzte zum Zwecke der Wahrung eines höherrangigen Rechtsguts zur Offenbarung befugt, aber nicht verpflichtet seien.⁶⁸ Ferner wird darauf hingewiesen, dass eine Pflicht zur Benachrichtigung der Angehörigen uferlos ist, da sich keine rechts-sicheren Konturen mit Blick auf den Kreis der Angehörigen sowie den Ermittlungsaufwand des Arztes zeichnen lassen, um die Angehörigen ausfindig zu machen.⁶⁹ Schließlich wird auch kritisiert, dass der BGH vom Arzt verlangt, die Erwägungen zu berücksichtigen, welche die Patientin veranlasst haben, ihre Einwilligung in die Schweigepflichtentbindung zu verweigern.⁷⁰ Im Kern ist den kritischen Auffassungen zuzustimmen. Es muss dem voll verantwortlichen Patienten möglich sein, auch in diesen Konstellationen kraft seines Selbstbestimmungsrechts eine Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht zu verweigern. Allerdings sollten die Hürden an die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten in diesen Fällen besonders hoch sein. Der BGH hat die Strafbarkeit des Arztes auch auf den Umstand gestützt, dass er den nachbehandelnden Hausarzt lediglich schriftlich, aber nicht unverzüglich telefonisch über den lebensgefährlichen Befund unterrichtet hat.⁷¹ Soweit die Entscheidung unter diesem Gesichtspunkt kritisiert wird⁷², ist dem BGH beizupflichten. Da die Benachrichtigung des nachbehandelnden Arztes keine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht darstellt, kann vom Arzt verlangt werden, unverzüglich diejenigen Maßnahmen einzuleiten, die zur Rettung des Lebens des Patienten geeignet und erforderlich sind.⁷³ In der Praxis dürfte es nur in Ausnahmefällen erforderlich sein, dass der Arzt die Angehörigen über die Behandlung informieren muss. Im Regelfall kann durch einen erneuten Telefonanruf oder durch eine Rückruf-

⁶⁵ BGH, NJW 1983, 350 (351).

⁶⁶ Geiger, JZ 1983, 153; Lilie, NStZ 1983, 314.

⁶⁷ Geiger, JZ 1983, 153.

⁶⁸ Geiger, JZ 1983, 153.

⁶⁹ Geiger, JZ 1983, 153.

⁷⁰ Geiger, JZ 1983, 153.

⁷¹ BGH, NJW 1983, 350 (351).

⁷² So etwa Geiger, der eine Pflicht zur telefonischen Benachrichtigung des nachbehandelnden Arztes ablehnt, Geiger, JZ 1983, 153 (154).

⁷³ So auch Lilie, NStZ 314 (315).

bitte der Patient einbestellt und zugleich dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewahrt werden. Um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung zu tragen, sollte der Arzt die Einbeziehung der Angehörigen als letztes Mittel in Erwägung ziehen.⁷⁴ Im Einzelfall kann es allerdings auch erforderlich sein, die Angehörigen darüber zu informieren, dass die Behandlung dringlich und zeitnah fortzusetzen ist, um Verzögerungen zu vermeiden und die zeitnahe Fortsetzung der Behandlung sicherzustellen.

3. Pflicht zur Mitteilung an die Angehörigen

Die Feststellung, dass die Behandlungsseite im Regelfall berechtigt ist, die Angehörigen des Patienten zum Zwecke seiner Einbestellung über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung zu informieren, wirft die Folgefrage auf, ob der Arzt hierzu auch verpflichtet ist. Dies bemisst sich vorrangig danach, ob der Arzt im betreffenden Einzelfall dazu verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen. Besteht bereits keine Einbestellungspflicht, etwa weil der Patient vollständig während des Behandlungstermins über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt wurde und zwischenzeitlich auch keine Befunde ausgewertet worden sind, kann erst recht keine Verpflichtung bestehen, die Angehörigen über die Behandlung zu informieren. Festzuhalten ist daher, dass nur bei fehlerhafter Aufklärung eine Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht denkbar ist. Hier sind wiederum zwei Fallkonstellationen denkbar. Besteht eine Einbestellungspflicht, weil der Arzt den Patienten unvollständig über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt hat, ist zugleich von einer Pflicht auszugehen, die Angehörigen erforderlichenfalls über die Dringlichkeit der Weiterbehandlung zu informieren. Bleibt der Patient trotz vollständiger Aufklärung der Behandlung fern und liegen zwischenzeitlich ausgewertete Befunde vor, liegt also eine Einbestellungspflicht vor, liegt es nahe, eine Mitteilungspflicht an die Angehörigen als letztes Mittel zu bejahen, da die Einbestellung zur Abwendung schwerwiegender gesundheitlicher Gefahren geeignet ist und hierzu im Einzelfall erforderlich sein kann. Allerdings darf der Arzt nicht jedwede Information gegenüber den Angehörigen offenbaren. Es genügt daher, wenn der Arzt die Angehörigen darauf hinweist, dass der Patient sich zur Weiterbehandlung dringend vorstellen muss, da andernfalls der Eintritt gesundheitlicher Schäden zu befürchten ist.

4. Pflicht zur Ermittlung der Angehörigen

In den voranstehenden Ausführungen wurde bereits angeführt, dass eine Pflicht zur Mitteilung an die Angehörigen mit dem Problem einhergeht, inwieweit der Arzt verpflichtet ist, Ermittlungen zu betreiben, um die Angehörigen

⁷⁴ So auch von Bar, *Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten*, S. 94.

des Patienten ausfindig zu machen.⁷⁵ Nachfolgend soll diese Frage ausschließlich mit Blick auf die Einbestellungspflicht erörtert werden. Eine solche Pflicht müsste – entsprechend der Einbestellung – innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten sein. Allerdings steht einer solchen Pflicht bereits die ärztliche Schweigepflicht entgegen. Eine Pflicht zur Ermittlung der Angehörigen lässt sich ferner nicht mit präzisen Konturen versehen.⁷⁶ Es kann allenfalls angedacht werden, dass der Arzt zu Beginn der Behandlung dazu verpflichtet ist, den Patienten um die Hinterlegung einer Kontaktmöglichkeit zu den nächsten Angehörigen zu bitten. Allerdings würde auch eine solche Pflicht weitere Risikofragen zu Lasten des Arztes aufwerfen und sich zudem nicht präzise eingrenzen lassen. Mit Blick auf die Einbestellung ist die Pflicht des Arztes daher darauf zu beschränken, dass er erforderlichenfalls diejenigen Angehörigen in Kenntnis setzt, die unter der vom Patienten angegebenen Rufnummer telefonisch erreichbar sind. Eine Pflicht zur Ermittlung und Benachrichtigung weiterer Angehöriger ist daher zu verneinen.

VI. Recht des Patienten auf Nichtwissen als Grenze der ärztlichen Einbestellungspflicht

Sucht ein Patient den Arzt zur Behandlung auf, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Patient sich nach einem Behandlungstermin weiter behandeln lassen möchte. Der Patient kann sich aufgrund seines Selbstbestimmungsrechts dazu entschließen, die Behandlung vorläufig oder dauerhaft abubrechen. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Patient damit zugleich ein Recht darauf hat, keine weiteren Informationen im Zusammenhang mit der Behandlung zu erhalten. Diese Frage stellt sich vor dem Hintergrund des Rechts auf Nichtwissen, welches BGH grundsätzlich anerkannt hat.⁷⁷ Der BGH leitet dieses Recht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab, „das den Einzelnen davor schützt, Kenntnis über ihn betreffende genetische Informationen mit Aussagekraft für seine persönliche Zukunft zu erlangen, ohne dies zu wollen“⁷⁸. Allerdings hat der BGH das Recht auf Nichtwissen auf die eigene genetische Veranlagung beschränkt.⁷⁹ Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass das Recht auf Nichtwissen sich auf die Unkenntnis von der eigenen genetischen Veranlagung beschränken muss.⁸⁰ Der Arzt muss nicht davon ausgehen, dass der Patient, der sich zunächst aufgrund

⁷⁵ Pointiert dagegen *Geiger*, JZ 1983, 153; ähnl. *Hegerfeld*, die Nachforschungspflichten hinsichtlich der Kontaktdaten des Patienten nach Beendigung des Behandlungsvertrages nur in einem engen Umfang bejaht, *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 273.

⁷⁶ *Geiger*, JZ 1983, 153.

⁷⁷ BGH, NJW 2014, 2190.

⁷⁸ BGH, NJW 2014, 2190 (2191).

⁷⁹ BGH, NJW 2014, 2190 (2191).

⁸⁰ *von Bar*, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 192.

eines bestimmten Beschwerdebildes in Behandlung begibt, sich nunmehr dazu entschlossen hat, die weitere Behandlung vollständig abubrechen. Dies gilt besonders dann, wenn dem Arzt nach einem Behandlungstermin neue Befundergebnisse vorliegen, die auf einen dringenden Behandlungsbedarf hindeuten. Soweit daher nicht spezifische Informationen über die eigene genetische Veranlagung des Patienten betroffen sind, verletzt der Arzt nicht das Recht des Patienten auf Nichtwissen, indem er ihn zur Fortsetzung der Behandlung einbestellt oder ihn über auffällige Befunde unterrichtet.

VII. Fazit

Die voranstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass die Einbestellungspflicht gegenüber der ärztlichen Schweigepflicht grundsätzlich höherrangig ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arzt den Patienten unvollständig aufklärt hat oder der Patient trotz vollständiger Aufklärung über die Fortsetzung der Behandlung den erforderlichen Behandlungstermin nicht wahrnimmt. Der Arzt ist daher bei Bestehen einer Einbestellungspflicht dazu verpflichtet, die Schweigepflicht zum Zwecke der Einbestellung zu brechen und die Angehörigen darüber in Kenntnis zu setzen, dass der Patient zeitnah zur weiteren Behandlung erscheinen soll. Etwas anderes gilt nur, wenn die Einbestellung nicht dringlich ist und ein weiteres Zuwarten keine Gefahren für die Gesundheit des Patienten begründet oder dieser ausdrücklich einen Schweigepflichtbruch gegenüber Angehörigen ablehnt. Ferner verletzt die Einbestellung nicht das Recht des Patienten auf Nichtwissen.

B. Berufsrechtliche Grenzen der ärztlichen Einbestellungspflicht

I. Problemstellung

Die ärztliche Einbestellungspflicht wirft berufsrechtliche Fragen auf. Diese werden erstmals in einem Beschluss des OLG Celle thematisiert.⁸¹ In dem betreffenden Sachverhalt versäumte es der Patient nach einer Sterilisation, den erforderlichen Nachuntersuchungstermin wahrzunehmen. Die Klage wurde unter anderem auf eine Verletzung der Einbestellungspflicht gestützt. Der Senat verneinte eine Einbestellungspflicht mit der Erwägung, dass der Arzt den Patienten vollständig auf die Erforderlichkeit der Nachuntersuchung hingewiesen hatte. Hilfsweise führte der Senat gegen eine Einbestellungspflicht an, dass diese standeswidrig erscheinen könne, weil der Arzt den Patienten dadurch an sich binden und von einem Arztwechsel abhalten könne.⁸² In der Literatur wurde ebenfalls

⁸¹ OLG Celle, MedR 1984, 233.

⁸² OLG Celle, MedR 1984, 233 (234).

das Verhältnis zwischen einer Einbestellung des Patienten und dem ärztlichen Berufsrecht erörtert und die Zulässigkeit einer Einbestellung unter bestimmten Voraussetzungen verneint.⁸³ Diese Erwägungen sollen zum Anlass genommen werden zu untersuchen, ob und inwieweit eine ärztliche Einbestellungspflicht berufsrechtlichen Grenzen unterliegt und aus berufsrechtlichen Gründen zu verneinen ist.

II. Verhältnis von ärztlichem Berufsrecht und Zivilrecht

1. Rechtsnatur des ärztlichen Standesrechts

Für die Untersuchung der Frage, ob die Einbestellung des Patienten unter bestimmten Voraussetzungen berufsrechtlich als unzulässig zu erachten ist, muss zunächst das Verhältnis zwischen dem ärztlichen Berufsrecht und dem Zivilrecht erörtert werden. Berufsrecht ist von den Berufsangehörigen rechtsförmlich gesetztes Recht, welches unmittelbar rechtliche Geltung beansprucht⁸⁴, obwohl es nicht in Gestalt eines formellen Gesetzes ergangen ist.⁸⁵ Die Berufsordnung der Ärzte wird von der jeweiligen Vertreterversammlung der Landesärztekammer beschlossen.⁸⁶ Es handelt sich um selbst gesetztes Satzungsrecht, welches die Landesärztekammer im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts verabschiedet.⁸⁷ Rechtsgrundlage für den Satzungserlass ist das im jeweiligen Land geltende Heilberufe- und Kammergesetz.⁸⁸ Im Bundesgebiet existieren 16 Landesärztekammern, sodass es insgesamt 16 Berufsordnungen gibt.⁸⁹ Die jeweiligen Kammerordnungen orientieren sich an der vom deutschen Ärztetag beschlossenen Musterberufsordnung für Ärzte und sind für den Arzt verbindliches Recht.⁹⁰ Festzuhalten ist somit, dass das ärztliche Berufsrecht als untergesetzliches Recht normenhierarchisch unterhalb der formellen Gesetze zu verorten ist.⁹¹ Im Falle eines Widerspruchs zwischen ärztlichem Berufsrecht und zivilrechtlichen Vorgaben aus dem Behandlungsvertrag ist daher den Pflichten aus dem Behandlungsvertrag der Vorrang einzuräumen.⁹² Dies ergibt sich zum einen aus dem Blick

⁸³ *Kamps*, MedR 1994, 194.

⁸⁴ BVerfG, NJW 1972, 1504 (1505).

⁸⁵ *Simon/Schmittmann*, MedR 2001, 228 (231); *Tillmanns*, Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht, S. 79.

⁸⁶ *Ratzel/Lippert*, Kommentar MBOÄ § 1 Rn. 4.

⁸⁷ BVerfG, NJW 1972, 1504 (1505); *Ratzel/Lippert*, Kommentar MBOÄ § 1 Rn. 4; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. II Rn. 6; *Taupitz*, NJW 1986, 2851 (2853).

⁸⁸ *Ratzel/Lippert*, Kommentar MBOÄ § 1 Rn. 4.

⁸⁹ *Tillmanns*, Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht, S. 79.

⁹⁰ BVerfG, NJW 1972, 1504 (1505); *Taupitz*, NJW 1986, 2851 (2853); *Tillmanns*, Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht, S. 79.

⁹¹ *Ratzel/Lippert*, Kommentar MBOÄ, Einleitung Rn. 1.

⁹² So auch *Ratzel/Lippert*, Kommentar MBOÄ, Einleitung Rn. 10.

auf den höheren Rang der § 630a ff. BGB, aber zum anderen auch aus einer Auslegung der berufsrechtlichen Vorschriften. Diese dienen dem Schutz der Patientengesundheit, wie sich den Präambeln der ärztlichen Berufsordnungen entnehmen lässt. Verpflichten der Behandlungsvertrag oder das Deliktsrecht die Behandlungsseite zu einem bestimmten Verhalten, ist dieser Pflicht gegenüber einer gegensätzlichen Verhaltensanforderung aus dem ärztlichen Berufsrecht daher der Vorrang einzuräumen. Eine andere Auslegung ist mit der Normenhierarchie nicht zu vereinbaren. Die von der jeweiligen Kammer verabschiedete Berufsordnung für Ärzte ist daher für den behandelnden Arzt nur dann verbindlich, soweit sie von der Kammer übernommen wird und rein berufsrechtliche Angelegenheiten der Kammerangehörigen regelt. Diese Verbindlichkeit entfällt, soweit es um einen Sachverhalt geht, bei dem die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient betroffen ist. Da der formelle Gesetzgeber dieser Rechtsbeziehung mit der Normierung des Behandlungsvertrages und der damit einhergehenden vertraglichen Rechte und Pflichten in den §§ 630a ff. BGB bereits einen rechtlichen Rahmen gegeben hat, ist die jeweils geltende Berufsordnung für den Arzt nicht verbindlich, soweit der betreffende Sachverhalt diejenigen Rechtsfragen betrifft, die bereits gesetzlich – und damit vorrangig – geregelt sind.

2. Ärztliches Berufsrecht als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB

Problematisch ist die Frage, inwieweit dem ärztlichen Berufsrecht in Gestalt der Berufsordnungen Schutzgesetzqualität gemäß § 823 Abs. 2 BGB einzuräumen ist. Nach § 2 EGBGB ist unter Gesetz im Sinne des BGB jede Rechtsnorm zu verstehen, sodass ein Gesetz formal als Schutznorm nach § 823 Abs. 2 BGB in Frage kommt, wenn es diese Voraussetzung erfüllt.⁹³ Da es sich bei den Vorschriften der Berufsordnungen um Satzungen und damit um Rechtsvorschriften handelt⁹⁴, stellen diese Rechtsnormen im Sinne des § 2 EGBGB dar. Nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Auffassung in der Literatur können auch Satzungen Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen.⁹⁵ So hat der BGH den Schutzgesetzcharakter einzelner Vorschriften der bayrischen Berufsordnung für Ärzte im konkreten Einzelfall zwar verneint, aber keine Zweifel daran geäußert, dass solche Vorschriften grundsätzlich als Schutzgesetze in Frage kommen.⁹⁶ Allerdings hat der BGH in einem späteren Urteil den Schutzge-

⁹³ MüKo/Wagner, BGB § 823 Rn. 479; Peters, JZ 1983, 913 (916).

⁹⁴ Satzungen sind „Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden.“ BVerfG, NJW 1959, 1531 (1533).

⁹⁵ OLG Celle, VersR 1998, 604 (604); OLG Köln, NJW-RR 1996, 655 (656), Satzungen über die Streupflicht als Schutzgesetze, die auch zu einer Haftung privater nach § 823 Abs. 2 BGB führen können; MüKo/Wagner, BGB § 823 Rn. 480.

⁹⁶ BGH, NJW 1965, 2007.

setzcharakter einer ärztlichen Berufsordnung mit dem Argument verneint, dass diese „schon aus verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht die privatrechtlichen Beziehungen der Kammerangehörigen zu Außenstehenden regeln wollen und dürfen“⁹⁷. In einem weiteren Urteil verneint der BGH wiederum die Schutzgesetzqualität einzelner Vorschriften der Notfalldienstordnung, äußert jedoch keine Zweifel an der grundsätzlichen Möglichkeit, solche Vorschriften als Schutzgesetze zu qualifizieren.⁹⁸ Gegen die verfassungsrechtlichen Erwägungen, mit denen der BGH die Schutzgesetzqualität der Berufsordnung verneint hat, wird angeführt, dass es sich hierbei um kompetenzrechtliche Erwägungen handelt, die letztlich nicht zum Tragen kommen, „weil die Entscheidung über die Anknüpfung von Schadensersatzansprüchen letztlich vom bürgerlichen Deliktsrecht und dem zu dessen Anwendung berufenen Zivilgericht kontrolliert wird“⁹⁹. Allerdings wird in diesem Zusammenhang zutreffend angeführt, dass § 823 Abs. 2 BGB mit seiner weiteren Formulierung dazu führen kann, dass der Landesgesetzgeber Bereiche mitregelt, die bereits per Bundesgesetz geregelt worden sind.¹⁰⁰ Zudem kann das Zivilgericht aufgrund des knappen Normenmaterials schnell an die Grenze der Interpretationsberechtigung gelangen.¹⁰¹ Hierbei handelt es sich um eine grundlegende Problematik, die vorliegend jedoch nicht weiter zu vertiefen ist, da für das Verhältnis zwischen den Vorschriften des § 630a ff. BGB und dem ärztlichem Berufsrecht lediglich entscheidend ist, dass die Normen des Patientenrechtegesetzes gegenüber dem ärztlichen Satzungsrecht in der Normenhierarchie letztlich als höherrangig zu bewerten sind. Hat der Bundesgesetzgeber daher den Behandlungsvertrag einer ausdrücklichen Kodifikation zugeführt, muss diese gegenüber entgegenstehenden landesrechtlichen Vorschriften – worunter auch die Berufsordnungen der Ärzte als Satzungen zu fassen sind – als vorrangig qualifiziert werden. Diese Höherrangigkeit zivilrechtlicher Vorschriften gegenüber dem untergesetzlichen ärztlichen Berufsrecht ist auch auf die therapeutische Aufklärung und damit gleichsam auf die Einbestellungspflicht zu übertragen. Führt die Auslegung behandlungsvertraglicher Vorschriften zu dem Ergebnis, dass die Behandlungsseite zur Einbestellung des Patienten verpflichtet ist, kann die Legitimität der Einbestellung grundsätzlich berufsrechtlich nicht anders zu beurteilen sein. Selbst wenn im Einzelfall mittels Auslegung ein Widerspruch bestehen sollte, ist dieser zugunsten der höherrangigen Pflichten aus dem Behandlungsvertrag zu lösen.

⁹⁷ BGH, NJW 1981, 2007 (2008).

⁹⁸ BGH, NJW 1532 (1533).

⁹⁹ MüKo/Wagner, BGB § 823 Rn. 480.

¹⁰⁰ So *Peters*, JZ 1983, 913 (918), der sich insgesamt sehr kritisch mit der Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB auseinandersetzt und aufgrund der weiten Formulierung und den unklaren Vorgaben Alternativen vorschlägt.

¹⁰¹ *Peters*, JZ 1983, 913 (918).

III. Einbestellung des Patienten als berufswidrige Werbung

Nachfolgend ist der Frage nachzugehen, unter welchen Gesichtspunkten die Einbestellung des Patienten als berufsrechtswidrig zu qualifizieren ist. Das Verbot berufswidriger Werbung ist in § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä geregelt. Dazu ist zunächst der Begriff der Werbung darzustellen. Darunter ist jedes Verhalten zu verstehen, das planvoll darauf angelegt ist, andere bzw. Patienten dafür zu gewinnen, das eigene Leistungsangebot in Anspruch zu nehmen.¹⁰² Es ist allerdings bereits zweifelhaft, ob die Einbestellung des Patienten planvoll erfolgt. Die Behandlungsseite ist lediglich dazu verpflichtet, den Patienten im Einzelfall einzubestellen, sodass die originäre Motivation der Einbestellung nicht in einem planvollen Akt zur Bindung des Patienten an das ärztliche Leistungsangebot besteht, sondern allein dazu dient, eine medizinisch indizierte Behandlung fortzusetzen. Entscheidend ist, dass die Einbestellung des Patienten nicht als berufswidrig qualifiziert werden kann. Berufswidrig ist eine Werbung nur dann, wenn sie keine interessengerechte und sachangemessene Information darstellt.¹⁰³ Die Einbestellung des Patienten erfolgt jedoch gerade deshalb, weil konkrete sachbezogene Informationen vorliegen, aus denen die Behandlungsseite zu dem Schluss gelangt, dass eine Weiterbehandlung des Patienten erforderlich ist. Ferner bestellt die Behandlungsseite den Patienten gerade in dessen gesundheitlichem Interesse ein, sodass die Einbestellung nicht als interessenswidrig bezeichnet werden kann. Dies gilt auch, wenn die Behandlungsseite nicht verpflichtet ist, den Patienten einzubestellen, da sie ihn bereits während des Behandlungstermins vollständig über die Dringlichkeit und das Erfordernis der Weiterbehandlung aufgeklärt hat und zwischenzeitlich keine neuen Befunde ausgewertet worden sind, die eine neue Erkenntnislage begründen. Auch in dieser Konstellation stellt die Einbestellung des Patienten eine sach- und interessengerechte Information dar. Nach einer Auffassung ist die Einbestellung des Patienten in bestimmten Fällen als berufswidrige Werbung zu qualifizieren.¹⁰⁴ Zum Teil wird dies mit § 16 Abs. 3 MBO-Ä begründet, der in der MBO-Ä mittlerweile nicht mehr enthalten ist.¹⁰⁵ Diese Regelung sah vor, dass die Wiedereinbestellung zur ambulanten Behandlung oder Überwachung nach Entlassung des Patienten aus der stationären Behandlung nur mit Zustimmung des behandelnden Arztes gestattet ist. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass nach der genannten Auffassung eine Einbestellung berufsrechtlich vorliegt, wenn der Arzt den Patienten über Befunde zu informieren hat, die nach dem Behandlungstermin ausgewertet werden.¹⁰⁶ Die Einbestellung des Patienten und Mitteilung des Befundes wird in Übereinstimmung mit der hier vertretenen

¹⁰² BVerfG, NJW 2004, 3765 (3767).

¹⁰³ BVerfG, NJW 2000, 2734.

¹⁰⁴ Kamps, MedR 1994, 194 (194).

¹⁰⁵ Kamps, MedR 1994, 194 (194).

¹⁰⁶ Kamps, MedR 1994, 194 (194).

Auffassung als ärztliche Pflicht erachtet, die im Behandlungsvertrag verankert ist.¹⁰⁷ Die Einbestellung wird jedoch für berufsrechtswidrig erachtet, wenn der Arzt „den Patienten nach abgeschlossener Erstbehandlung zu einer Kontroll- oder Nachuntersuchung oder zu einer späteren Therapie, mit der im derzeitigen Stadium der Erkrankung noch nicht begonnen werden muß“, erneut einstellt.¹⁰⁸ Problematisch ist bereits, ob es sich hierbei um eine eigenständige Fallgruppe handelt, die einer gesonderten rechtlichen Bewertung zugänglich ist. Es kann als Widerspruch zu deuten sein, eine Behandlung zugleich als abgeschlossen zu erachten, wenn sie aufgrund derselben Erkrankung erforderliche Kontrolluntersuchungen nach sich zieht. Die Kontrolluntersuchung und die Aufklärung über das Erfordernis dieser Untersuchung stellen sich in dieser Konstellation als Pflicht aus dem Behandlungsvertrag dar.¹⁰⁹ Da sie jedoch von der Mitwirkung des Patienten abhängt, dieser also zum erforderlichen Behandlungstermin erscheinen muss, damit der Behandelnde seine Pflicht zur Kontrolluntersuchung erfüllen kann, muss es ihm möglich sein, mit dem Patienten zu kommunizieren, um seine Mitwirkung sicherzustellen. Allerdings kann die Einbestellung als berufsrechtswidrig zu erachten sein, wenn der Arzt den Patienten vollständig über das Erfordernis der Weiterbehandlung aufgeklärt hat und zwischenzeitlich keine Befunde ausgewertet werden.¹¹⁰ Dann besteht bereits keine vertragliche Pflicht zur Einbestellung des Patienten. Im Regelfall wird die Behandlungsseite den Patienten in dieser Konstellation nicht einbestellen, da die Einbestellung in diesem Fall eine überobligatorische Maßnahme darstellt. Allerdings kann die Einbestellung in dieser Konstellation nicht als berufsrechtswidrig erachtet werden. Es besteht stets die Möglichkeit, dass der Patient die Gefahren einer verzögerten oder unterlassenen Kontrolluntersuchung unterschätzt, insbesondere, wenn zwischenzeitlich eine subjektiv empfundene Verbesserung seines Gesundheitszustandes eingetreten ist. Zudem sind andernfalls Wertungswidersprüche zu besorgen, da die Rechtsprechung selbst im Falle einer vollständigen therapeutischen Aufklärung eine Pflicht des Arztes bejaht, die Verweigerung des Patienten durch mehrfache Überredungsversuche zu überwinden.¹¹¹ Gegen eine berufsrechtliche Zulässigkeit der Einbestellung wird auch hier das Selbstbestimmungsrecht des Patienten angeführt. Danach sei es die freie Entscheidung des Patienten, die Kon-

¹⁰⁷ *Kamps*, MedR 1994, 194 (194).

¹⁰⁸ *Kamps*, MedR 1994, 194 (194).

¹⁰⁹ Ähnl. OLG Oldenburg, BeckRS 2016, 10889, Rn. 34: „Hat ein Patient bereits auf eigene Initiative Vorsorgeuntersuchungen als IGeL-Leistungen durchführen lassen, wäre es sinnwidrig, aus den so gewonnenen Erkenntnissen bestimmte medizinisch indizierte Verhaltensempfehlungen nicht ableiten zu dürfen.“

¹¹⁰ In diese Richtung sind wohl auch die Ausführungen von *Kamps* zu verstehen: „Hat der Arzt seinen Patienten beispielsweise über eine infauste Prognose umfassend informiert, ist es dessen eigene Entscheidung, ob er in Ansehung des pathologischen Befundes ein Leben mit oder ohne Arzt weiterführt.“ *Kamps*, MedR 1994, (194).

¹¹¹ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. c) dd).

trolluntersuchung beim einstellenden, einem anderem Arzt oder gar nicht durchführen zu lassen.¹¹² Diese Überlegung wird bereits bei der Frage angeführt, ob eine Einbestellungspflicht überhaupt zu bejahen ist.¹¹³ Auch bei der Frage der berufsrechtlichen Zulässigkeit vermag das Argument des Selbstbestimmungsrechts jedoch nicht zu überzeugen, da die Entscheidungsfreiheit des Patienten nicht geschmälert wird, wenn die Behandlungsseite ihn zur Weiterbehandlung einstellt, da die Einbestellung einen rein informativen Charakter hat und der Arzt bei invasiven Maßnahmen oder sonstigen Risikoeingriffen ohnehin zur Selbstbestimmungsaufklärung verpflichtet ist. Zudem beschreibt § 27 Abs. 1 MBO-Ä den Zweck der werberechtlichen Vorschriften in der „Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information“. Es würde daher dieser Zwecksetzung zuwiderlaufen, wenn eine medizinisch indizierte Einbestellung als berufsrechtswidrige Werbung qualifiziert wird, soweit die Einbestellung sich auf eine Erkrankung bezieht, derentwegen der Patient bereits beim Arzt in Behandlung war. Daneben wird angedeutet, dass das Recht der freien Arztwahl betroffen ist, wenn die Behandlungsseite den Patienten einstellt.¹¹⁴ Allerdings kann der Arzt diesem Gesichtspunkt dadurch Rechnung tragen, dass er den Patienten mit einer neutralen Formulierung einstellt, ihn also darauf hinweist, sich bei irgendeinem Arzt zur weiteren Behandlung vorzustellen. Diese Erwägung gilt auch mit Blick auf die sonstigen berufsrechtlichen Bedenken, die gegen eine Einbestellung angeführt werden. Weist die Behandlungsseite den Patienten lediglich darauf hin, dass eine Weiterbehandlung erforderlich ist, fehlt es an einer werbenden Aussage zugunsten des einstellenden Arztes, so dass berufsrechtlichen Bedenken Rechnung getragen wird. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass eine Einbestellung auch bei vollständiger Aufklärung nicht berufsrechtswidrig ist, soweit die Fortsetzung der Behandlung medizinisch indiziert ist. Die Einbestellung führt dem Patienten im Zweifel die unterschätzte oder vergessene Dringlichkeit der Behandlung vor Augen und dient damit dem Schutz seiner Gesundheit.

IV. Einbestellung des Patienten als unlautere Wettbewerbshandlung nach § 29 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä

Die Einbestellung des Patienten kann sich unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs als berufswidrig darstellen. Nach § 29 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä ist es Ärzten verboten, sich gegenseitig durch unlautere Handlungen aus ihrer Behandlungstätigkeit oder aus dem Wettbewerb um eine berufliche Tätigkeit zu drängen. Festzuhalten ist, dass lediglich unlautere Verhaltensweisen von der Vor-

¹¹² *Kamps*, MedR 1994, 194 (194).

¹¹³ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. c) aa).

¹¹⁴ *Kamps*, MedR 1994, 194 (194).

schrift erfasst sind, da die bloße Verdrängung Konsequenz eines grundsätzlich vorgesehenen Wettbewerbs und daher nicht als wettbewerbswidrig zu erachten ist.¹¹⁵ Mit Blick auf die Einbestellung des Patienten wird diese auch unter dem Gesichtspunkt unlauteren Wettbewerbs als unzulässig erachtet, wenn die Behandlung unter medizinischen Gesichtspunkten zwar fortzusetzen ist, der Arzt den Patienten jedoch vollständig hierüber aufgeklärt hat. Begründet wird dies mit der Erwägung, dass der Arzt in dieser Konstellation einen berufsrechtswidrigen entgeltlichen Wettbewerbsvorteil durch die Einbestellung erlangt, weil er dadurch alle anderen Ärzte von einer möglichen Behandlung des Patienten ausschließt, wenn dieser auf die Einbestellung reagiert und den vorbehandelnden Arzt erneut aufsucht.¹¹⁶ Dieser Erwägung ist unter Einschränkungen zuzustimmen. Es ist als unlautere Handlung im Wettbewerb zwischen Ärzten anzusehen, wenn die Behandlungsseite den Patienten nach einer vollständig abgeschlossenen Behandlung zu einer allgemeinen Vorsorge einbestellt, ihn also auch zur Behandlung möglicher anderer Krankheitsbilder, die in keinem Bezug zur zuvor behandelten Erkrankung stehen, einbestellt. In dieser Konstellation nutzt die Behandlungsseite die einmalig stattgefundene Behandlung, um den Patienten dauerhaft an sich zu binden, wodurch andere Ärzte von der Behandlung ausgeschlossen werden können. Der Arzt nutzt in diesem Fall die zuvor stattgefundene Behandlung, um im Wettbewerb mit anderen Ärzten Vorteile zu erlangen. Unter den genannten Voraussetzungen stellt dies eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä dar. Allerdings gilt diese Wertung nicht, wenn der Patient wegen der zuvor bereits behandelten Erkrankung zu einer Kontrolluntersuchung einbestellt wird. Hierbei gelten dieselben Erwägungen, die bereits bei der voranstehenden Frage, ob eine Einbestellung eine berufsrechtswidrige Werbung darstellt, angeführt worden sind. Die Einbestellung erfolgt dann im Kontext der bereits begonnenen Behandlung und bezieht sich auf eine Erkrankung, derentwegen der Patient ohnehin bereits bei dem jeweiligen Arzt in Behandlung war. Auch hinsichtlich des unlauteren Wettbewerbs treten berufliche Interessen der Ärzte hinter dem Gesundheitsinteresse des Patienten zurück, welches mit der Einbestellung erfüllt wird.

V. Einbestellung des Patienten unter dem Gesichtspunkt des ärztlichen Kollegialitätsgebots

Neben den spezialgesetzlich formulierten Wettbewerbsbeschränkungen ist die Einbestellung des Patienten auch unter dem Gesichtspunkt des ärztlichen Kollegialitätsgebots aus § 29 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä zu untersuchen. Dieses sieht schlicht vor, dass Ärzte sich untereinander kollegial zu verhalten haben. Trotz ihrer generalklauselartigen Formulierung hält diese Vorschrift dem Bestimmtheitsgrundsatz

¹¹⁵ BGH, NJW 2011, 2207; Spickhoff/Scholz, Medizinrecht, MBO § 29 Rn. 10.

¹¹⁶ Kamps, MedR 1994, 194 (194 f.).

aus Art. 103 Abs. 2 GG stand.¹¹⁷ Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Einbestellung des Patienten durch einen Arzt geeignet ist, unter Kollegialitätsgesichtspunkten eine Verfehlung des einbestellenden Arztes zu begründen. Zum einen fehlt es bei der Einbestellung eines Patienten an einem Bezug gegenüber anderen Ärzten. Die Einbestellung ist ein informatorischer Akt, der sich ausschließlich zwischen dem Arzt und dem Patienten abspielt. Zum anderen bezieht sich die Einbestellung sachbezogen auf die Person und den Gesundheitszustand des Patienten. Maßgeblich ist jedoch gegen eine Verletzung des Kollegialitätsverbots durch eine Einbestellung anzuführen, dass die Beschränkungen zur berufswidrigen Werbung und zum unlauteren Wettbewerb bereits spezialgesetzlich die Einbestellung des Patienten erfassen. Ist die Einbestellung des Patienten nicht als Werbung oder unlautere Wettbewerbshandlung zu qualifizieren, weil sie sachbezogen zur Erfüllung ärztlicher Vertragspflichten aus dem Behandlungsvertrag erfolgt, ist die mit der Einbestellung einhergehende Verdrängung anderer Ärzte unter Wettbewerbsgesichtspunkten als zulässig anzusehen. Vor diesem Hintergrund führt das generelle Kollegialitätsgebot zu keinem anderen Ergebnis.

VI. Einbestellung des Patienten als unzulässige Fernbehandlung nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä

Bei Betrachtung der Einbestellungspflicht im Lichte des ärztlichen Berufsrechts stellt sich die Frage, ob die Einbestellung des Patienten als unzulässige Fernbehandlung zu qualifizieren ist. Dazu sind zunächst die Regelung des Fernbehandlungsverbotes sowie die Definition der Fernbehandlung darzustellen. Anschließend ist die Zwecksetzung des Fernbehandlungsverbotes zu ermitteln. Auf dieser Grundlage ist sodann das Verhältnis zwischen der Einbestellungspflicht und dem Fernbehandlungsverbot zu untersuchen.

1. Regelung und Definition der Fernbehandlung

Das Verbot der Fernbehandlung ist in § 7 Abs. 4 S.3 MBO-Ä geregelt. Nach der vom 121. Deutschen Ärztetag reformierten und gelockerten Fassung ist eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien nur im Einzelfall erlaubt, wenn diese ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und der Arzt den Patienten auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufklärt.¹¹⁸ In § 7 Abs. 4 S. 1 MBO-Ä wird der Grundsatz der persönlichen Behandlung geregelt. Der Begriff der Fernbehand-

¹¹⁷ BVerfG, NJW 1972, 1504 (1508); Gaidzik, MedR 2003, 497 (498).

¹¹⁸ Zur neuen Fassung ausf. Braun, MedR 2018, 563 ff.

lung ist in § 9 HWG¹¹⁹ legaldefiniert. Fernbehandlung ist danach die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht. Auch im Zusammenhang mit dem Fernbehandlungsverbot ist das bereits dargestellte Verhältnis zwischen den zivilrechtlichen Normen zum Behandlungsvertrag und dem ärztlichen Berufsrecht zu beachten.¹²⁰ Ergibt sich etwa aus § 630a BGB, dass der Arzt den Patienten im konkreten Einzelfall hätte persönlich behandeln müssen, kann sich die Zulässigkeit der Fernbehandlung nicht aus § 7 Abs. 4 S. 1 MBO-Ä ergeben. Allerdings dürfte es hier zu keinem Spannungsverhältnis kommen, denn § 2 Abs. 3 MBO-Ä sieht vor, dass der Arzt den anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse beachten soll.¹²¹

2. Zwecksetzung des Fernbehandlungsverbots

Das Verbot einer grundsätzlichen Fernbehandlung dient nach überwiegender Auffassung in der Literatur dem Zweck, eine vertrauensvolle Arzt-Patienten-Beziehung zu gewährleisten.¹²² Sie wird abgeleitet aus der Präambel der MBO-Ä, die den Erhalt und die Förderung der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt nennt. Darüber hinaus ist bei der Zweckbestimmung des Fernbehandlungsverbots zu berücksichtigen, dass die MBO-Ä als eine besondere Ausprägung der Verpflichtung des Arztes zur persönlichen Leistungserbringung anzusehen ist.¹²³ Dieses Gebot dient auch dem Schutz der Gesundheit des Patienten.¹²⁴ Schließlich ist die Zwecksetzung des Werbeverbots für Fernbehandlungen aus § 9 HWG zu berücksichtigen, die im Schutz des öffentlichen und individuellen Gesundheitsinteresses zu sehen ist.¹²⁵ Gesundheitliche Bedenken gegen die Fernbehandlung rühren etwa aus dem Umstand, dass die fehlende Wahrnehmung des Heilkundigen nicht durch eine häufig subjektive, unvollständige und unrichtige Schilderung des Krankheitsbildes des medizinischen Laien ausgeglichen werden kann.¹²⁶ Damit geht die Gefahr einher, dass der Behandelnde fehlerhafte Diagnosen und Prognosen erstellt und in der Konsequenz keine Behandlung nach dem medizinischen Standard erbringt.¹²⁷ Als Beispiel ist etwa eine Entscheidung des OLG Olden-

¹¹⁹ Zum Änderungsbedarf infolge der Neufassung des Fernbehandlungsverbots siehe *Braun*, MedR 2018, 563 (566).

¹²⁰ Siehe hierzu die Ausführungen unter B. II. 2.

¹²¹ *Katzenmeier*, NJW 1769 (1770).

¹²² *Burger*, in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, S. 119 (120 f.); *Tillmanns*, *Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht*, S. 80.

¹²³ *Tillmanns*, *Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht*, S. 80.

¹²⁴ *Tillmanns*, *Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht*, S. 61.

¹²⁵ RegE, BT-Drs. IV/1867, S. 9; Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, § 9 Rn. 1.

¹²⁶ *Doepner*, *Heilmittelwerbegesetz*, § 9, Rn. 5.

¹²⁷ *Doepner*, *Heilmittelwerbegesetz*, § 9, Rn. 5; *Tillmanns*, *Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht*, S. 81.

burg anzuführen, bei welcher eine unzureichende fernmündliche Befundschilderung zu einer unvollständigen Konsultation geführt hat.¹²⁸ Das Ziel des Gesundheitsschutzes ergibt sich ferner aus der Präambel der MBO-Ä, welche die Sicherstellung der Qualität der ärztlichen Tätigkeit im Gesundheitsinteresse der Bevölkerung als Zielsetzung nennt. Vor diesem Hintergrund wäre es inkonsequent, den Zweck des Fernbehandlungsverbots ausschließlich im Erhalt und der Förderung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient zu sehen. Auch die Sicherstellung des Vertrauens im Arzt-Patienten-Verhältnis ist kein Selbstzweck, sondern dient letztlich der Sicherstellung eines optimalen Behandlungsverlaufs zur Erzielung des Heilungserfolges.¹²⁹

3. Fernbehandlung und Einbestellung des Patienten

Zur Beantwortung der Frage, ob die Einbestellung des Patienten eine unzulässige Fernbehandlung darstellt, ist zunächst der Wortlaut des Fernbehandlungsverbots in § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä in den Fokus zu rücken. Dieser lässt eine Fernbehandlung unter den genannten Voraussetzungen zu. Allerdings ist durch die reine Wortlautauslegung noch keine Aussage darüber möglich, ob die Einbestellung des Patienten mit der Vorschrift vereinbar ist. Hierzu ist eine Betrachtung des § 9 HWG erforderlich. Nach der darin normierten Legaldefinition ist die Fernbehandlung durch die fehlende eigene Wahrnehmung des Patienten durch den Behandelnden charakterisiert. Die eigene Wahrnehmung durch den Behandelnden bedeutet in diesem Sinne die Aufnahme von persönlichen Eindrücken von dem Patienten mit Hilfe der Sinnesorgane durch die eigene unmittelbare Wahrnehmung als Teil der persönlich vorgenommenen Untersuchung des Patienten mittels der Durchführung einer Anamnese, Betrachtung, Betastung, Abhorchung und Beklopfung, wobei diese Mittel nicht sämtlich Teil einer Untersuchung zur Vermeidung einer Fernbehandlung sein müssen.¹³⁰ Betrachtet man die Einbestellung des Patienten im Lichte dieser Voraussetzungen, wird deutlich, dass sie nicht als Fernbehandlung in diesem Sinne zu verstehen ist. Die Einbestellung ist das Ergebnis einer Behandlung, die der Arzt persönlich erbringt, ihr geht also grundsätzlich eine persönliche Behandlung voraus. Sie dient nicht dazu, dass der Behandelnde sich ohne persönlichen Kontakt einen Eindruck vom Gesundheitszustand des Patienten macht, sondern hat gerade den Zweck, dass der Patient persönlich bei der Behandlungsseite erscheint, damit der Behandelnde seine Leistungspflicht persönlich erbringen und den Patienten weiterbehandeln kann. Entscheidend ist jedoch, dass eine Subsumtion der Einbestellung unter das Fernbehandlungsverbot der Zwecksetzung desselben zuwiderläuft. Die Einbestellung dient gerade dem Schutz der Gesundheit des Patienten, indem sie ihn darüber

¹²⁸ OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 24.

¹²⁹ So auch *Tillmanns*, Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht, S. 81.

¹³⁰ *Doepner*, Heilmittelwerbeengesetz, § 9 Rn. 14.

informiert, dass die Behandlung aus konkreten medizinischen Gründen zeitnah fortzuführen ist. Es würde dieser Zwecksetzung daher zum einen zuwiderlaufen, dem Arzt zu untersagen, den Patienten telefonisch darauf hinzuweisen, dass die Behandlung zeitnah fortzusetzen ist. Zum anderen steht die Einbestellung im Einklang mit dem Erhalt und der Stärkung der Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient, da der Behandelnde dem Patienten dadurch signalisiert, dass er dessen gesundheitlichen Belangen Bedeutung beimisst. Ferner fehlt es insbesondere in Fällen, in denen die Behandlungsseite den Patienten schriftlich einbestellt, an einem interaktiven kommunikativen Austausch zwischen Arzt und Patient. Dieser ist aber Voraussetzung für eine Fernbehandlung.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass das Fernbehandlungsverbot der Einbestellung des Patienten im hier verstandenen Sinne nicht entgegensteht. Zu begründen ist dies vornehmlich damit, dass die Einbestellung des Patienten nicht dazu dient, den Patienten aus der Ferne zu behandeln, sondern das Ergebnis einer vorangegangenen, grundsätzlich persönlich durchgeführten Behandlung ist und den Zweck hat, eine weitere persönliche Behandlung, die aufgrund konkreter Umstände medizinisch indiziert ist, zeitnah fortzusetzen.

VII. Fazit

Die Einbestellung des Patienten ist nicht als berufsrechtswidrig zu qualifizieren, wenn sie sich als Pflicht aus dem Behandlungsvertrag ergibt. Ferner stellt die Einbestellung des Patienten keine berufswidrige Werbung dar, wenn sie aus konkreten medizinischen Gründen erfolgt, da sie in diesem Fall bereits nicht als Werbung zu qualifizieren ist. Ferner ist sie nicht als unlautere Wettbewerbsbehandlung zu erachten, wenn der Behandelnde vertraglich zur Einbestellung verpflichtet ist. Auch unter dem Gesichtspunkt des Kollegialitätsgebots ist eine Einbestellung unbedenklich, solange eine entsprechende Pflicht aus dem Behandlungsvertrag besteht. Eine überobligatorische Einbestellung kann sich als berufsrechtswidrig erweisen, wenn die Behandlungsseite die Einbestellung nicht neutral formuliert, also lediglich darauf hinweist, dass die Weitbehandlung erforderlich ist. Jedoch ist auch eine überobligatorische Einbestellung nicht von Grund auf unzulässig, da sie dem Gesundheitsinteresse des Patienten dient, welches gegenüber berufsrechtlichen Interessen der Ärzte höherrangig ist. Schließlich stellt die Einbestellung des Patienten keine unzulässige Fernbehandlung dar.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem dritten Kapitel

Die ärztliche Schweigepflicht steht einer Einbestellung des Patienten durch eine entsprechende Mitteilung an seine Angehörigen nicht entgegen. Besteht eine Einbestellungspflicht, hat der Arzt erforderlichenfalls die Angehörigen des Pa-

tienten zu informieren, dass der Patient sich zur Vermeidung gesundheitlicher Schäden zur Weiterbehandlung vorstellen muss. Die Einbestellung des Patienten aufgrund konkreter medizinischer Indikation ist nicht als berufsrechtswidrige Werbung nach § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä zu qualifizieren. Ferner ist die Einbestellung des Patienten unter den genannten Umständen auch keine unlautere Wettbewerbshandlung nach § 29 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä. Auch das Kollegialitätsgebot des § 29 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä steht der Einbestellung des Patienten nicht entgegen. Schließlich stellt die Einbestellung des Patienten auch keine unzulässige Fernbehandlung dar.

Kapitel 4

Ausgestaltung der Einbestellungspflicht

A. Untersuchungsgegenstand

In den ersten zwei Kapiteln wurde die Problematik der zeitlich gestreckten Behandlung aufgezeigt und die Einbestellungspflicht als haftungsrechtliches Korrelat zur zeitlich gestreckten Behandlung dogmatisch im Vertrags- und Deliktsrecht verortet. Im dritten Kapitel wurden die Grenzen der Einbestellungspflicht dargestellt. Insgesamt wurde somit die Frage des *Ob* einer Einbestellungspflicht in den Blick genommen. Im vorliegenden Kapitel soll nun in einem weiteren Schritt die konkrete Ausgestaltung der Einbestellungspflicht in den Blick genommen, also der Frage des *Wie* nachgegangen werden. Hierbei wird zunächst erörtert, in welcher Form der Arzt den Patienten einbestellen muss. Die Rechtsprechung ist diesbezüglich teilweise divergent. Anschließend wird untersucht, wie der Arzt die Einbestellungspflicht inhaltlich auszugestalten hat. Ferner wird erörtert, ob und inwieweit es dem Arzt möglich ist, die Einbestellung des Patienten an sein nicht-ärztliches Personal zu delegieren.

B. Form der Einbestellung

I. Fragestellung

Die Frage nach der richtigen Form der Einbestellung, also nach dem *Wie*, war bereits Gegenstand verschiedener Judikate. Betrachtet man diese Entscheidungen, wird ersichtlich, dass es für die Beantwortung dieser Frage maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Zwar handelt es sich auf den ersten Blick um eine rein formale Frage. Jedoch geht es im Ergebnis darum, wie ein Teilbereich der therapeutischen Aufklärung zwischen Arzt und Patient kommunikativ auszugestalten ist. Der Erfolg der Behandlung kann maßgeblich davon abhängen, in welcher Form der Arzt den Patienten einbestellt. Der Gesetzgeber hat diese Frage nicht explizit geregelt, was mit Rechtsunsicherheiten für den Arzt einhergehen kann. Nachfolgend wird daher untersucht, nach welchen Kriterien die Form der Einbestellung zu beurteilen ist.

II. Form der therapeutischen Aufklärung

1. Grundsatz: Formfreiheit

Zunächst ist zu erörtern, ob die therapeutische Aufklärung einer bestimmten Form unterliegt. Betrachtet man den Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB, ist davon auszugehen, dass die Behandlungsseite bei der therapeutischen Aufklärung an keine Form gebunden ist, da diese in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB nicht vorgeschrieben ist. Auch ein Blick auf die Form der Selbstbestimmungsaufklärung, die nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB mündlich zu erfolgen hat, spricht gegen ein Formerfordernis bei der therapeutischen Aufklärung, da der Gesetzgeber dieses andernfalls normiert hätte.¹ Jedoch kann argumentiert werden, dass die Mündlichkeit der Selbstbestimmungsaufklärung auch für die therapeutische Aufklärung gilt. Die Selbstbestimmungsaufklärung führt dem Patienten Risiken vor Augen, die sich auch im Falle eines ordnungsgemäßen Eingriffs realisieren können, während die therapeutische Aufklärung bezweckt, spezifische Gefahren von vornherein zu verhindern. Hat die Aufklärung über die mögliche Lebensgefahr eines Eingriffs im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung mündlich zu erfolgen, kann es einen Widerspruch darstellen, wenn die therapeutische Aufklärung über eine Lebensgefahr bei unterlassener Weiterbehandlung im Rahmen der therapeutischen Aufklärung in beliebiger Form erfolgen kann.² Unter dem Gesichtspunkt einer optimalen Behandlung sind insbesondere diejenigen gesundheitlichen Schäden zu verhindern, die bei ordnungsgemäßer Organisation der Behandlung beherrschbar und vermeidbar sind, also nicht von Zufälligkeiten abhängen. Wenn jedoch bereits die Selbstbestimmungsaufklärung, die sich auf unbeherrschbare Risiken richtet, in einem mündlichen Gespräch zu erfolgen hat, muss dies erst recht für die therapeutische Aufklärung gelten, die sich auch auf Risiken richtet, die zumindest teilweise beherrschbar und damit vermeidbar sind. Die Frage, ob der Arzt bei der therapeutischen Aufklärung an eine bestimmte Form gebunden ist dürfte sich jedoch bis auf seltene Einzelfälle praktisch nicht auswirken, da der Arzt den Patienten routinemäßig im mündlich geführten Behandlungsgespräch aufklären wird. Daher ist der Arzt etwa grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Patienten im Rahmen der therapeutischen Aufklärung Informationen in Textform zu übergeben.³ Es besteht daher grundsätzlich kein Erfordernis dafür, den Arzt bei der therapeutischen Aufklärung an eine bestimmte Form zu binden. Insgesamt ist festzuhalten, dass der Arzt aus dem Wortlaut sowie der Gesetzes-

¹ Ähnl. *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 261.

² Bei dieser Argumentation wird unterstellt, dass die mündliche Aufklärung im persönlichen Gespräch einem höheren Maß geeignet ist, dem Patienten bestimmte Risiken vor Augen zu führen, indem der Patient Rückfragen stellen und der Arzt sich vergewissern kann, ob der Patient den Ernst der Lage nachvollzieht.

³ *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 265.

systematik bei der therapeutischen Aufklärung an keine bestimmte Form gebunden ist.⁴

2. Ausnahme: Zweckmäßigkeit im Einzelfall

Zu erörtern ist, inwieweit die Zwecksetzung der therapeutischen Aufklärungspflicht zu Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit führen kann. Der Gesetzgeber weist in seiner Begründung zu § 630c Abs. 2 S. 1 BGB darauf hin, dass der Behandelnde den Patienten „in einer für ihn verständlichen Weise“ therapeutisch aufklären muss.⁵ Ähnlich lautet auch der Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB, nach dem der Behandelnde zu einer Aufklärung „in verständlicher Weise“ verpflichtet ist. Bei der fernkommunikativen Einbestellung kann es in manchen Fällen für den Patienten jedoch verständlicher sein, schriftlich über bestimmte Aspekte der Behandlung aufgeklärt zu werden. In anderen Fällen kann eine telefonische Einbestellung verständlicher sein. Dasselbe gilt für die Einbestellung im persönlichen Behandlungsgespräch. Vor diesem Hintergrund erscheint die Auffassung nicht überzeugend, dass der Arzt bei der Form der therapeutischen Aufklärung gänzlich frei ist.⁶ Zwar enthält die Gesetzesbegründung keine konkrete Aussage zu der Frage, wie der Begriff der *verständlichen Weise* zu interpretieren ist. Es ist ferner zu unterstellen, dass der Gesetzgeber auch an dieser Stelle nicht in erster Linie an die Form der Aufklärung gedacht hat, da er dies auch hier hätte ausdrücklich kundtun können. Allerdings enthält der Begriff der *verständlichen Weise* ein finales Erfolgselement, indem der Patient die Aufklärung inhaltlich versteht, also in ihrer Bedeutung und Tragweite nachvollziehen kann. Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des BGH. Dieser hat in einem jüngst ergangenen Urteil, in welchem die Behandlungsseite die Patientin postalisch einbestellt hat, ausgeführt, dass das Berufungsgericht zu prüfen habe, inwieweit das Unterlassen eines Hinweises auf die konkrete Diagnose und Dringlichkeit „nach den Umständen des Streitfalls eine Pflicht zur Kontrolle begründet, ob der Patient das mit Rezeptübersendung und Anschreiben Gemeinte auch richtig verstanden“ habe.⁷ Ist es für das richtige Verständnis des Patienten im Einzelfall erforderlich, dass ihn der Behandelnde in einer bestimmten Form aufklärt, würde es dieser Zwecksetzung zuwiderlaufen, wenn der Arzt nicht verpflichtet ist, die verständlichere Form zu wählen. Dies wird insbesondere mit Blick auf die Vielzahl an Informationen deutlich, die der Gesetzgeber innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht verortet. Neben den bereits in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB aufgezählten Umständen nennt der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung „die Erörterung der Anamnese, möglicher Untersuchungen sowie der Notwendigkeit von Befund-

⁴ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 265.

⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁶ So aber Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 265.

⁷ BGH, NJW 2018, 621 (623).

erhebungen“⁸. Darüber hinaus nennt der Gesetzgeber im Zusammenhang mit einer etwaigen Medikation die Pflicht des Behandelnden, „über die Dosis, etwaige Unverträglichkeiten und Nebenfolgen zu informieren“⁹. Hinzu kommt, dass die Aufzählung der mitteilungspflichtigen Umstände in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB und der Gesetzesbegründung exemplarisch und nicht abschließend ist.¹⁰ Zwar erfordert nicht jede Behandlung eine Aufklärung des Patienten in dieser Bandbreite. Allerdings verdeutlicht diese Aufzählung, dass im Einzelfall die Vielzahl an Informationen den Arzt dazu verpflichten kann, den Patienten in Textform aufzuklären. Gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung in einer bestimmten Form ließe sich zwar § 125 BGB anführen. Danach gilt der Grundsatz der Formfreiheit von Rechtsgeschäften.¹¹ Jedoch handelt es sich bei der therapeutischen Aufklärung nicht um eine Willenserklärung, sondern um die Mitteilung von Tatsachen. Betroffen ist nicht die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit einer Willenserklärung, sondern die konkrete Ausgestaltung einer bestimmten Pflicht innerhalb eines wirksam zustande gekommenen Rechtsgeschäfts.¹² So hat das OLG Köln etwa darin einen groben Behandlungsfehler erkannt, dass in der Frühgebo- renenabteilung einer Universitätsklinik nicht dafür Sorge getragen worden ist, die Eltern von zu entlassenden frühgeborenen Zwillingsskindern schriftlich darauf hinzuweisen, dass bei einem der Kinder unverzüglich eine augenärztliche Kontrolle durchzuführen ist.¹³ In anderen Fällen kann jedoch eine mündliche Aufklärung erforderlich sein, damit der Patient die Möglichkeit hat, Fragen zu stellen, und Missverständnisse vermieden oder rechtzeitig ausgeräumt werden. Auszugehen ist hierbei von der Zwecksetzung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB, der Erreichung des erstrebten Heilungserfolges. Ist hinsichtlich bestimmter mitteilungs- pflichtiger Umstände ersichtlich, dass diese in einer bestimmten Form für den Patienten verständlicher oder für die Behandlung erfolgsversprechender sind, liegt es nahe, den Behandelnden an diese Form zu binden. Muss die Behandlung etwa unverzüglich durchgeführt werden, ist eine telefonische Einbestellung zweckmäßiger. Dies gilt auch für die Kommunikation der Behandelnden untereinander. Der BGH bejahte etwa die Strafbarkeit eines Arztes wegen unterlassender Hilfeleistung, weil er den nachbehandelnden Hausarzt lediglich per Schriftsatz- diktat und nicht telefonisch informiert hat, dass die Patientin akut lebensgefährdet und eine stationäre Behandlung damit dringend erforderlich sei.¹⁴ Der BGH begründet dies knapp damit, dass „die sofortige telefonische Unterrichtung des

⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹¹ MüKoBGB/*Einsele*, § 125 Rn. 1.

¹² Sofern der Behandlungsvertrag ausnahmsweise nicht zustande gekommen ist, handelt es sich um identische Fragen im Rahmen deliktsrechtlicher Pflichten.

¹³ OLG Köln, MedR 1996, 564 (566).

¹⁴ BGH, NJW 1983, 350 (351).

Hausarztes erfolgsversprechend“¹⁵ gewesen wäre und stellt damit auf Zweckmäßigkeitserwägungen ab. Nichts anderes kann gelten, wenn es um die Frage geht, in welcher Form der Behandelnde den Patienten zu unterrichten hat, da auch hier eine telefonische Einbestellung die schnellste Kontaktaufnahme mit dem Patienten sicherstellt. In anderen Konstellationen kann eine Pflicht zur postalischen Einbestellung zweckmäßiger sein. Nach Auffassung des OLG Köln genügt es etwa nicht, wenn der Arzt den Patienten im Falle eines Krebsverdachts vergeblich um einen Rückruf zwecks Terminabsprache bittet.¹⁶ Bei einem schwerwiegenden Befund müsse der Arzt den Patienten notfalls schriftlich einbestellen, um den Krebsverdacht abzuklären. Teilweise wird es als behandlungsfehlerhaft erachtet, wenn der Arzt den Patienten nicht schriftlich darauf hinweist, dass die Behandlung zeitnah und dringend fortzusetzen ist.¹⁷ In anderen Entscheidungen wird die Auffassung vertreten, dass die Mitteilung über eine dringende Behandlungsbedürftigkeit telefonisch zu erfolgen hat und ein schriftlicher Hinweis an einen nachbehandelnden Arzt nicht genügt.¹⁸ Nach Auffassung des OLG Naumburg hat der Arzt den Patienten zwingend im persönlichen Gespräch einzubestellen und auf die Dringlichkeit der Weiterbehandlung und sowie die Folgen einer Verzögerung hinzuweisen.¹⁹ Den Regelfall bildet somit das mündliche und persönliche Aufklärungsgespräch während des Behandlungstermins.²⁰ Im Ausnahmefall besteht jedoch eine Bindung an diejenige Form, welche der Erreichung des Behandlungserfolges im Einzelfall in größerem Maße Rechnung trägt. Es wäre unter teleologischen Gesichtspunkten nicht konsequent, den Behandelnden einerseits an einen umfangreichen, nicht abschließend formulierten Katalog mitteilungspflichtiger Umstände zu binden, ihn jedoch andererseits nicht zu verpflichten, dem Patienten die betreffenden Informationen in derjenigen Form mitzuteilen, die für ihn wesentlich verständlicher sind. Die Form der therapeutischen Aufklärung und damit auch der Einbestellung ist daher einzelfallabhängig durch die Rechtsprechung zu konkretisieren. Dies wird auch daran deutlich, dass die Judikate zur Form der Einbestellung sichtbar unterschiedlich ausfallen. Dies ist dahingehend zu deuten, dass die Form der Einbestellung anhand der Zweckmäßigkeit im betreffenden Einzelfall zu bestimmen ist.

¹⁵ BGH, NJW 1983, 350 (351).

¹⁶ OLG Köln, NJW-RR 2001, 92.

¹⁷ OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93); OLG Köln, MedR 1996, 565.

¹⁸ BGH, NJW 1983, 350 (351).

¹⁹ OLG Naumburg, BeckRS 2015, 10369.

²⁰ Palandt/*Weidenkaff*, § 630c Rn. 5.

III. Mögliche Formen der Einbestellung

1. Persönliche Einbestellung während des Behandlungstermins

Idealtypisch bestellt der Arzt den Patienten bereits während des persönlichen Behandlungstermins wieder ein, indem er ihn darauf hinweist, dass die Behandlung zeitnah und dringlich fortzusetzen ist und nennt dem Patienten einen Zeitpunkt oder Zeitkorridor, innerhalb dessen er den weiteren Behandlungstermin wahrnehmen soll. Hierbei handelt es sich um eine ärztliche Kernpflicht, die grundsätzlich innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten ist.²¹ Der Arzt muss dem Patienten darüber hinaus vor Beendigung des Behandlungstermins vor Augen führen, welche gesundheitlichen Gefahren ihm drohen, wenn er die Behandlung nicht fortsetzt.²² Nicht selten stellt das Unterlassen eines Einbestellungshinweises während des Behandlungstermins oder ein unvollständiger Einbestellungshinweis einen groben Behandlungsfehler dar.²³ Versäumt es der Arzt, den Patienten vollständig auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung hinzuweisen oder liegt bei vollständiger Aufklärung nachträglich ein bedrohlicher Befund vor, löst dies eine fernkommunikative Einbestellungspflicht des Arztes aus.²⁴

2. Schriftliche Ergänzung der persönlichen Einbestellung

Mit Bezug auf die persönliche Einbestellung während des Behandlungstermins stellt sich die Frage, ob der Arzt zusätzlich verpflichtet ist, den Patienten schriftlich darauf hinzuweisen, dass weitere Behandlungstermine und Nachuntersuchungen durchzuführen sind, also dem Patienten den mündlich erteilten Einbestellungs- und Warnhinweis auch schriftlich mitzugeben. Diese Auffassung wird vereinzelt in der Rechtsprechung vertreten.²⁵ Diese Erwägungen sind insbesondere deshalb von Bedeutung, weil ihre einheitliche Anwendung zur Folge hätte, dass die Behandlungsseite in einer Vielzahl von Fällen, nämlich immer dann, wenn die Behandlung dringlich fortzuführen ist und im Falle ihres Unterbleibens Gesundheitsschäden drohen, über die im persönlichen Behandlungsgespräch erfolgte Einbestellung hinaus den Patienten auch schriftlich einbestellen muss. Beispielsweise versäumte es in einem anderen Sachverhalt die behandelnde Augenärztin, den Patienten darauf hinzuweisen, dass eine zeitnahe Kontrolluntersuchung durchzuführen sei und andernfalls das Risiko einer dauerhaften Beein-

²¹ BGH, MedR 2016, 431 (432); BGH, NJW 2009, 2820 (2821); BGH, NJW 2005, 427 (428); *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 25; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Rn. B 96.

²² OLG Naumburg, BeckRS 2015, 10369, Rn. 95.

²³ OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356, Rn. 44; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333 (1335); OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1054; OLG Köln, VersR 2000, 102.

²⁴ BGH, MedR 2019, 66 (67 f.); BGH, NJW 1991, 748 (749).

²⁵ OLG Köln, MedR 1996, 564.

trächtigung der Sehfähigkeit bestehe.²⁶ Mit Blick auf die Intensität der Rechtsgutgefährdung müsste konsequenterweise in sämtlichen gleich gelagerten Fällen eine schriftliche Ergänzung der mündlichen Einbestellung erfolgen. Zwar ist zu konzedieren, dass die konkreten Einzelfallerwägungen, mit denen das OLG Köln die Pflicht zur schriftlichen Aufklärung im konkreten Fall begründet, nicht stets auf andere Sachverhalte übertragbar sind. Der Senat stützt seine Auffassung darauf, dass die Eltern mit der Fürsorge der Kinder überfordert waren, und deswegen die Untersuchung hätte in Vergessenheit geraten können.²⁷ Fraglich sind jedoch die dogmatische Verankerung einer schriftlichen Ergänzung der im persönlichen Behandlungsgespräch erfolgten Einbestellung sowie ihre Eingrenzung. Als dogmatische Verortung kommen allein Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen der therapeutischen Aufklärungspflicht in Betracht, da der Arzt nach § 630c Abs. 2 S. 1 dazu verpflichtet ist, den Patienten „in verständlicher Weise“ aufzuklären. Allerdings fällt auch unter Zugrundelegung von Zweckmäßigkeitserwägungen die Frage, ob die im persönlichen Gespräch erfolgte Aufklärung schriftlich zu ergänzen ist, letztlich einer Einzelfallbeurteilung anheim. Zudem ist eine konturierte Eingrenzung auf Grundlage von Zweckmäßigkeitserwägungen nicht möglich. Ausgehend von der Zwecksetzung des medizinisch möglichen Heilungserfolges ist es stets zweckmäßig, wenn der Patient zusätzlich zur mündlich erfolgten Einbestellung auch einen schriftlichen Einbestellungshinweis erhält. Für den Arzt bedeutet die Bejahung einer schriftlichen Ergänzungspflicht der im Behandlungsgespräch erfolgten Einbestellung daher faktisch einen Textformzwang bei sämtlichen Einbestellungen, da der Arzt nur auf diese Weise sicherstellen kann, dass er seiner im Einzelfall bestehenden Pflicht zur schriftlichen Ergänzung nachkommt. Die schriftliche Ergänzung einer persönlichen Einbestellung lässt sich daher dogmatisch nicht in der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung zu verorten. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass den Arzt keine generelle Verpflichtung trifft, dem Patienten im Falle einer im Behandlungsgespräch erfolgten Einbestellung zusätzlich einen Einbestellungshinweis in verschriftlichter Form auszuhändigen.

3. Einbestellung mit Formularen

Die dargestellten Erwägungen geben ferner Anlass zu erörtern, inwieweit der Arzt seiner Einbestellungspflicht mittels eines vorgefertigten Formulars nachkommen kann. Das OLG Köln hält es zumindest für naheliegend, dass für derartige Fälle auch Formulare zur Aufklärung bereitzuhalten sind.²⁸ Indessen wird bereits anhand der Formulierung des Senats ersichtlich, dass dieser zwar eine Praxis zur formularmäßigen Einbestellung nahelegt, aber keine entsprechende

²⁶ BGH, NJW 2005, 427.

²⁷ OLG Köln, MedR 1996, 564.

²⁸ OLG Köln, MedR 1996, 564 (566).

Verpflichtung annimmt. Die Frage, ob eine Einbestellung im Einzelfall fehlerfrei durchgeführt worden ist, kann nicht anhand einer gängigen Praxis innerhalb der betreffenden medizinischen Einrichtung beantwortet werden. Es besteht die Möglichkeit, dass der Arzt den Patienten trotz des Bereithaltens entsprechender Formulare im Einzelfall fehlerhaft einbestellt. Umgekehrt kann die Einbestellung auch beim Fehlen entsprechender Formulare im Einzelfall fehlerfrei erfolgen. Bei genauer Betrachtung stellt sich die Frage der formularmäßigen Einbestellung somit nur aus einer haftungsentlastenden Perspektive der Behandlungsseite²⁹ und muss dahingehend lauten, ob der Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht vollständig erfüllt, wenn er den Patienten mit einem Formular einbestellt, das er ihm bei der Entlassung aus der stationären Krankenhausbehandlung oder in der ambulanten Behandlung bei Beendigung des jeweiligen Behandlungstermins aushändigt. Ersichtlich ist, dass die formularmäßige Aufklärung des Patienten insbesondere mit Blick auf eine Beweisvorsorge zugunsten der Behandlungsseite relevant wird.³⁰ Ausgangspunkt für die Vollständigkeit der Einbestellung muss jedoch, wie bei anderen Aufklärungselementen auch, das vertrauensvolle Arzt-Patienten-Gespräch und damit die persönliche Aufklärung sein.³¹ Nur dadurch wird sichergestellt, dass die Aufklärung auf die individuelle Behandlung des Patienten ausgerichtet wird. Es ist daher zweifelhaft, ob eine formularmäßige Einbestellung, die zwar allgemein auf die Dringlichkeit einer Weiterbehandlung hinweist, sich jedoch nicht spezifisch auf die Gesundheitssituation des Patienten und den konkreten Gefahren im Falle einer unterlassenen Weiterbehandlung bezieht, als vollständige Einbestellung erachtet werden kann.³² Bedient sich der Arzt hingegen eines Aufklärungsformulars und nimmt darin zugleich individuelle Einträge vor, steigert dies die Beweiskraft zugunsten der Behandlungsseite erheblich. In dieser Konstellation stellt sich allein die Frage, ob die formularmäßige Einbestellung für sich bereits genügt, wenn sie sämtliche erforderlichen Hinweise enthält, oder der Behandelnde dem Patienten trotzdem im persönlichen geführten Gespräch bei Beendigung des Behandlungstermins einbestellen muss. Zwar erscheint die doppelte Einbestellung überobligatorisch, jedoch muss berücksichtigt werden, dass der Behandelnde nicht in allen Fällen dazu verpflichtet ist, den Patienten schriftlich oder gar unter Zuhilfenahme eines vorgefertigten Formulars einzubestellen. Zudem zieht der Behandelnde im Falle einer vollständigen schriftlichen Einbestellung grundsätzlich die damit einhergehenden Beweisvorteile. Die schriftliche Einbestellung ist somit in manchen Fällen ein Mehr, das der Behandelnde zumindest teilweise in eigenem Interesse freiwillig erbringt und das für ihn regelmäßig mit Beweisvorteilen einhergeht, sodass die Verpflichtung zur persönlichen Einbestellung im Behandlungsgespräch auch im

²⁹ Uhlenbruck, in: FS Laufs, S. 1123 (1131).

³⁰ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 342; Uhlenbruck, in: FS Laufs, S. 1123 (1131 f.).

³¹ BGH, *MedR* 2015, 594 (596); Uhlenbruck, in: FS Laufs, S. 1123 (1131).

³² Uhlenbruck, in: FS Laufs, 2006, S. 1123 (1131).

Fälle einer vollständigen schriftlichen Einbestellung nicht als überobligatorisch zu erachten ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Patient dazu neigen kann, eine bloße schriftliche Einbestellung zu vernachlässigen, indem er das entsprechende Schriftstück von vornherein als Formalie betrachtet und deshalb dessen Inhalt erst gar keine Beachtung schenkt. Das mündliche Gespräch zwischen Arzt und Patient bleibt daher für den Behandlungserfolg erforderlich, denn nur im Gespräch kann der Arzt feststellen, ob der Patient die ihm mitgeteilten Informationen verstanden hat.³³ Zwar bezieht die Rechtsprechung diese Erwägungen auf die Selbstbestimmungsaufklärung, allerdings kann für die therapeutische Aufklärung nichts anderes gelten. Da diese darauf ausgerichtet ist, dass sich der Patient behandlungskonform verhält, muss der Patient sie vollständig nachvollziehen. Die bloße Überreichung eines Einbestellungsformulars genügt somit im Regelfall nicht den Anforderungen, die an eine vollständige Aufklärung zu stellen sind. Nur ausnahmsweise lässt die Rechtsprechung bei Routinemaßnahmen eine schriftliche Aufklärung genügen, wenn dem Patienten nach schriftlicher Aufklärung die Möglichkeit eines Gesprächs mit dem Arzt eingeräumt wird.³⁴ Demgemäß können Formulare das persönliche Aufklärungsgespräch vorbereiten oder ergänzen, aber nicht gänzlich ersetzen.³⁵ Der Arzt muss sich bei der Nutzung von Aufklärungsformularen vergewissern, dass der Patient das Formular gelesen und dessen Inhalt verstanden hat.³⁶ Der Arzt kann daher eine mündliche Einbestellung im Einzelfall durch ein Formular ergänzen. Er erfüllt seine Einbestellungspflicht jedoch nicht vollständig, wenn er es bei einem schriftlichen Einbestellungshinweis belässt.

4. Elektronische Einbestellung

Mit Blick auf die Form der Einbestellung stellt sich angesichts der gegenwärtigen technischen Entwicklungen die Frage, ob der Behandelnde seiner Einbestellungspflicht auch durch eine elektronische Einbestellung nachkommen kann. Diese Frage stellt sich vordergründig mit Blick auf eine Einbestellung per E-Mail, aber auch durch die Anwendung anderer technischer Übermittlungsmöglichkeiten. Anhaltspunkte für die haftungsrechtliche Zulässigkeit einer elektronischen Übermittlung von Arztbriefen und Befunden lassen sich einem Urteil des OLG Saarbrücken entnehmen.³⁷ Dieses hat die Auffassung vertreten, dass neben einer postalischen oder telefonischen Unterrichtung des Patienten auch „auf eine andere sichere Form der vielfältigen Möglichkeiten der modernen Kommunika-

³³ BGH, NJW 1985, 1399 (1399).

³⁴ BGH, NJW 2000, 1784 (1787).

³⁵ BGH, NJW 2000, 1784 (1787); BGH, NJW 1985, 1399; *Uhlenbruck*, in: FS Laufs, 2006, S. 1123 (1131).

³⁶ *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, S. 359; *Uhlenbruck*, in: FS Laufs, 2006, S. 1123 (1132).

³⁷ OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356, Rn. 44.

tionstechnik zurückgegriffen“ werden kann.³⁸ Offen bleibt allerdings, unter welchen Voraussetzungen andere Formen der Kommunikation als sicher im genannten Sinne einzustufen sind, womit der Senat sich auf die Sicherstellung der erfolgreichen Übermittlung der relevanten Informationen bezieht. Rechtlicher Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist, dass Behandelnder und Patient ihre Kommunikation grundsätzlich frei gestalten können. § 630a Abs. 1 BGB ermöglicht es den Parteien des Behandlungsvertrages somit, im Einzelfall eine bestimmte Kommunikationsform zu vereinbaren. Allerdings wird der Behandelnde mit Blick auf seine Aufklärungspflichten in der Wahl der Form durch Zweckmäßigkeitserwägungen eingeschränkt. Zwar kann für eine elektronische Einbestellung angeführt werden, dass dadurch die Einbestellung ohne Verzögerungen durchgeführt werden kann. Allerdings gilt diese Betrachtungsweise lediglich im Verhältnis zu einer postalischen Einbestellung. Zudem können sich die E-Mail-Adresse des Patienten sowie andere technische Kommunikationsmittel und Kontaktdaten im Zeitverlauf ändern. Eine elektronische Übermittlung ist daher in einem größeren Ausmaß fehlerbehaftet. Insgesamt ist es daher vorzugswürdig, dass der Behandelnde unter den gegenwärtigen Gegebenheiten seiner fernkommunikativen Einbestellungspflicht vorrangig durch eine telefonische und postalische Einbestellung des Patienten nachzukommen hat. Allerdings bleibt es dem Arzt möglich, den Patienten zusätzlich mittels einer E-Mail einzubestellen, insbesondere, wenn der Patient durch andere Kommunikationsmittel im Einzelfall nicht erreicht werden kann. Gibt der Patient etwa gegenüber dem Arzt an, dass er innerhalb der nächsten Wochen oder Monate an einer anderen Anschrift wohnhaft sein wird, muss es Arzt und Patient möglich sein, eine Übermittlung der relevanten Informationen per E-Mail zu vereinbaren. Dasselbe gilt auch für andere Kommunikationsformen, soweit durch diese sichergestellt ist, dass der Arzt dem Patienten die relevanten Informationen effektiv und zeitnah mitteilen kann. Aufgrund der stetigen und schnelllebigen Neuerungen im Bereich der Kommunikation steht die Rechtsprechung vor der Herausforderung, entsprechende Maßstäbe für eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung zu entwickeln.

IV. Erfüllung der Einbestellungspflicht

1. Problemstellung

Die Übermittlung von Informationen ist fehleranfällig. Dies gilt insbesondere, wenn die Übermittlung der Informationen unter Einsatz fernkommunikativer Mittel erfolgen soll. Diese Ausgangslage hat in rechtlicher Hinsicht zur Konsequenz, dass die Risikosphären zwischen Arzt und Patient sachgerecht zu ermitteln sind. Andernfalls droht die Gefahr, dass der Arzt auf der einen Seite stets für kommunikative Übermittlungsrisiken haften muss, was zu einer unverhältnismä-

³⁸ OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356, Rn. 44.

ßigen Haftungsausdehnung führen kann. Auf der anderen Seite dürfen die Anforderungen an die Behandlungsseite nicht zu gering angesetzt werden, da andernfalls zumutbare Sorgfaltspflichten des Arztes verneint und den Rechtspositionen des Patienten nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Es stellt sich daher unter Berücksichtigung der dargestellten Kommunikationsmöglichkeiten die Frage, wo in kommunikativer Hinsicht die Grenze der ärztlichen Aufklärungspflicht zu ziehen ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass innerhalb der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, sodass dieser Problemkomplex von besonderer Relevanz ist.

2. Divergenzen innerhalb der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bereits mehrfach mit der Frage befasst, welche konkreten kommunikativen Übermittlungswege der Arzt nutzen muss, um seine Informationspflichten gegenüber dem Patienten bei einer zeitlich gestreckten Behandlung zu erfüllen.³⁹ Das OLG Köln hat die Auffassung vertreten, dass der fehlgeschlagene Versuch einer telefonischen Kontaktaufnahme unzureichend und eine schriftliche Einbestellung erforderlich ist.⁴⁰ Das OLG Saarbrücken hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, welchen Pflichten der Arzt bei der fernkommunikativen Übermittlung von Befunden unterliegt.⁴¹ In dem betreffenden Sachverhalt hatte die schwangere Patientin eine Fruchtwasseruntersuchung durchführen lassen, um im Falle einer absehbaren Behinderung des Kindes einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Zum Zwecke der Untersuchung wurde die Patientin an einen anderen Arzt überwiesen. Der Befund deutete auf das Risiko einer Behinderung hin. Nach dem Vortrag der Behandlungsseite wurde der Befund erst 29 Tage nach seiner Auswertung per einfachem Brief zum Postausgang an den überweisenden Arzt gegeben, erreichte diesen jedoch nicht. Das OLG vertrat die Auffassung, dass bei einem solch eilbedürftigen Befund eine den Zugang beim Empfänger sicherstellende Übermittlungsweise zu wählen ist und bewertet das Vorgehen des Arztes als grob fehlerhaft.⁴² Das OLG Hamm sieht hingegen keinen Behandlungsfehler, wenn der Arzt eine Patientin bei einem Krebsverdachts mittels eines einfachen Briefes einbestellt.⁴³ Die Patientin trug vor, dass ihr ein solches Schreiben nicht zugegangen sei. Der Senat unterstellt dies, verneint jedoch die Pflicht zu einer förmlicheren Zustellungsart.⁴⁴ Auch ein Urteil des OLG Frankfurt lässt sich in diese Richtung deuten. Der Senat erachtet zwar die unterlassene Einbestellung nach Fernbleiben des Patienten als fehlerhaft, weist

³⁹ OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753; OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356, Rn. 44; OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93).

⁴⁰ OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93).

⁴¹ OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356.

⁴² OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356, Rn. 44.

⁴³ OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753.

⁴⁴ OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753.

jedoch zugleich darauf hin, dass lediglich „ein einfaches Schreiben an den Kläger zu versenden gewesen“ wäre.⁴⁵

3. Lösungsansatz

Betrachtet man die dargestellte Judikatur, treten Divergenzen zutage.⁴⁶ Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist § 630c Abs. 2 S. 1 BGB, der seinem Wortlaut nach als erfolgsbezogene Pflicht formuliert ist. Der Behandlungsvertrag ist zwar überwiegend als Dienstvertrag zu qualifizieren.⁴⁷ Er enthält jedoch werkvertragliche Elemente, für welche die Behandlungsseite das Risiko des Erfolgeintritts übernimmt.⁴⁸ Ob es sich bei der jeweiligen Pflicht um eine erfolgs- oder verhaltensbezogene Pflicht handelt, ist durch Auslegung des betreffenden Schuldverhältnisses zu ermitteln.⁴⁹ Hinsichtlich der therapeutischen Aufklärungspflicht kann zwar angeführt werden, dass ein Aufklärungserfolg nicht stets in gleicher Weise bei jedem Patienten sichergestellt werden kann, weil Patienten die mitgeteilten Informationen jeweils unterschiedlich bewerten und auch spezifische Gefahrenhinweise anders gewichten, womit insbesondere die Gefahr verbunden ist, dass selbst bei objektiv zutreffender Aufklärung der Patient das spezifische Risiko im Einzelfall unterschätzt. Von diesem Standpunkt ausgehend kann der Arzt aufgrund des individuellen Verständnishorizonts⁵⁰ jedes Patienten nicht stets einen Aufklärungserfolg beim Patienten sicherstellen. Die Aufklärungspflicht ist daher verhaltensbezogen. Deshalb ist grundsätzlich ein gewisser Typisierungsgrad bei der Aufklärung erforderlich, da andernfalls die Anforderungen an eine aufklärungspflichtige Person überspannt werden.⁵¹ Allerdings ist es dem Arzt in aller Regel möglich, gegenüber dem Patienten objektiv die geschuldete Aufklärung zu erbringen, also beispielsweise den Zugang eines Aufklärungsschreibens sicherzustellen.⁵² Ob der Patient sodann subjektiv den ihm vom Arzt übermittelten Aufklärungsinhalten das erforderliche Gewicht beimisst, ist

⁴⁵ OLG Frankfurt, MedR 1987, 187 (188). Allerdings besteht auch die Möglichkeit, dass der Senat sich lediglich auf die geringe Komplexität der verletzten Pflicht bezieht und damit nicht die konkrete Ausgestaltung des Übermittlungsvorgangs im Blick hatte.

⁴⁶ Eine Rechtsprechungsdivergenz liegt vor, wenn zur selben Rechtsfrage in Anwendung ein und derselben Rechtsnorm von mehreren Gerichten unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten werden, *Pietzner/Bier*, in: Schoch/Schneider/Bier, 36. EL Februar 2019, VwGO § 11 Rn. 16.

⁴⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 17; BGH, NJW 1986, 2364 (2364).

⁴⁸ MüKoBGB/*Wagner*, BGB § 630h Rn. 22.

⁴⁹ MüKoBGB/*Bachmann*, BGB § 241 Rn. 18; *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 783 (788); *Lobinger*, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 194.

⁵⁰ *Heese*, Beratungspflichten, S. 173. Heese geht von einem individuellen Verständnishorizont des Ratnehmers aus, den der Ratgeber zunächst zu ermitteln hat.

⁵¹ *Heese*, Beratungspflichten, S. 174.

⁵² Dasselbe gilt für die Kommunikation zwischen Ärzten, zumal dort im Regelfall von einer ständigen Übung auszugehen ist.

eine andere Frage. Demgemäß kann verlangt werden, dass der Arzt bei der Übersendung relevanter Befunde, aus denen sich ein dringendes Behandlungserfordernis ergibt, sowie bei der Einbestellung geeignete Maßnahmen unternimmt, um den Zugang des entsprechenden Schreibens bzw. der erforderlichen Informationen beim Patienten sicherzustellen. Allerdings kann vom Arzt nicht verlangt werden, eine Übermittlungsweise zu wählen, durch welche die Kenntnisnahme der relevanten Informationen durch den Empfänger sichergestellt wird. Soweit das OLG Saarbrücken an anderer Stelle ausführt, dass die Behandlungsseite die relevanten Informationen „in einer die Kenntnisnahme des [überweisenden Arztes] sicherstellenden Weise“ übermitteln muss⁵³, kann dem daher nicht gefolgt werden.⁵⁴ Es existieren unterschiedliche Gründe, aus denen eine inhaltliche Kenntnisnahme unterbleiben kann, die ausschließlich innerhalb der Sphäre des Empfängers zu verorten ist und dazu führt, dass eine Sicherstellung der Kenntnisnahme unmöglich ist. Die Grenze der Mitteilungspflicht ist daher dort zu setzen, wo die Behandlungsseite die Übermittlung der relevanten Informationen nicht mehr allein beherrschen kann, sondern Mitwirkungshandlungen des Empfängers erforderlich sind, auf welche die Behandlungsseite keinen Einfluss hat. Zu verankern sind diese Erwägungen im Grundsatz *ultra posse nemo obligatur*. Ein weiteres Nachfragen und Nachforschen würde die Anforderungen an die Behandlungsseite überspannen.⁵⁵ Dasselbe gilt, wenn die Behandlungsseite sichergestellt hat, dass die relevanten Informationen in den Machtbereich des Patienten gelangt sind. Die Grenze der Einbestellungspflicht ist daher dort zu ziehen, wo der Arzt zumutbare Anstrengungen unternommen hat, um den Patienten einzubestellen und auf die Dringlichkeit der Weiterbehandlung hinzuweisen. Das Maß des gebotenen Arbeitsaufwands bei der Einbestellung bestimmt sich somit nach den Einzelfallumständen⁵⁶ und ist durch die Rechtsprechung unter Zugrundelegung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu ermitteln.

V. Fazit

Die therapeutische Aufklärung hat in erster Linie im persönlich geführten Behandlungsgespräch zu erfolgen. Daraus resultiert, dass der Arzt den Patienten be-

⁵³ OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356, Rn. 43.

⁵⁴ Allerdings benutzt der Senat wie aufgezeigt an anderer Stelle nur den Zugangsbezug, sodass es naheliegt, dass seine Ausführungen auf die Sicherstellung des Zugangs bezogen sind.

⁵⁵ In diesem Zusammenhang weist Hegerfeld zutreffend darauf hin, dass der Arzt zwar auch nach Beendigung des Behandlungsvertrages verpflichtet sein kann, den Patienten über neue Umstände zu informieren, der Arzt jedoch keine Nachforschungen betreiben müssen, wenn der Patient seine Telefonnummer oder Anschrift ändert, da von einem mündigen Patienten erwartet werden kann, dass er solche Umstände dem Arzt eigenständig mitteilt, Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 273.

⁵⁶ Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB, § 100 Rn. 41.

reits während des Behandlungstermins zum nächsten Termin einbestellen muss, indem er ihn auf das Erfordernis, die Dringlichkeit sowie die Folgen einer unterlassenen oder verzögerten Weiterbehandlung hinweist. Insgesamt ist der Arzt verpflichtet, den Patienten in einer verständlichen Weise einzubestellen. Dies bemisst sich letztlich anhand der Umstände des Einzelfalls. Zu einer schriftlichen Ergänzung der Einbestellung ist der Arzt grundsätzlich nicht verpflichtet. Jedoch kann sich eine solche Pflicht ausnahmsweise ergeben, wenn die Komplexität des weiteren Behandlungsablaufs dies erfordert. Erscheint der Patient nicht zu einem erforderlichen Behandlungstermin, besteht eine telefonische Einbestellungspflicht, die bei einem fehlgeschlagenen Anruf oder sonstigem Fernbleiben des Patienten postalisch zu ergänzen ist. Hierbei hat der Arzt den Zugang des Einbestellungshinweises sowie der maßgeblichen Befundergebnisse sicherzustellen.

C. Inhalt der Einbestellung

I. Problemstellung

Neben der Form steht auch die inhaltliche Ausgestaltung des Einbestellungshinweises regelmäßig im Zentrum richterlicher Entscheidungsfindung. In bestimmten Fällen genügt es nicht, den Patienten lediglich darauf hinzuweisen, dass er zu einem weiteren Behandlungstermin erscheinen muss. Es besteht das Risiko, dass die Behandlungsseite den Patienten zwar einbestellt, aber die Art und Weise der Einbestellung inhaltlich nicht ausreichend ist. Eine allgemein gehaltene Einbestellung, in welcher die Dringlichkeit der Weiterbehandlung nicht zum Ausdruck kommt oder gar verharmlost wird, kann auf der einen Seite dazu führen, dass der Patient die Bedeutsamkeit der Weiterbehandlung unterschätzt und dadurch den Behandlungstermin nicht wahrnimmt.⁵⁷ Auf der anderen Seite kann der Arzt den Patienten unnötig beunruhigen, wenn er ihn besonders eindringlich aufklärt. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, welchen Elementen sich der Arzt bei der therapeutischen Aufklärung bedienen muss, um sicherzustellen, dass der Patient die erforderlichen Behandlungstermine wahrnimmt und die Behandlung rechtzeitig fortgesetzt wird.

II. Informationsdichte bei der therapeutischen Aufklärung

1. Aufklärung über Erfordernis und Dringlichkeit der Weiterbehandlung

Der Inhalt der therapeutischen Aufklärung, und damit auch der Einbestellung, richtet sich in erster Linie danach, welche medizinischen Informationen in Gestalt von Anamnese und Befunden dem Arzt zum Zeitpunkt eines Behandlungs-

⁵⁷ OLG München, MedR 2006, 174 (176); *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 249.

termins über den Patienten vorliegen. Die Intensität der Einbestellung ist danach zu bemessen, welche diagnostischen Schlüsse der Arzt anhand der ihm vorliegenden Informationen unter Zugrundelegung des medizinischen Standards zu ziehen hat. Nicht erforderlich ist, dass der Arzt eine Diagnose bereits mit abschließender Sicherheit festgestellt hat. Es genügt, dass die Symptomatik und Befundlage auf eine Erkrankung hinweisen, welche in absehbarer Zeit mit gesundheitlichen Gefahren verbunden sein kann, wenn eine zeitnahe Behandlung nicht erfolgt. Wird der Patient hierauf nicht hingewiesen, besteht das Risiko, dass die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen nicht rechtzeitig erfolgen, was mit Gesundheitsschäden verbunden sein kann.⁵⁸ Die Intensität der Einbestellung ist an die Schwere des Erkrankungsverdachts geknüpft. Dies kommt in der bereits dargestellten Rechtsprechung zum Ausdruck, wonach sich der Behandelnde nicht mit einer ersten Weigerung des Patienten zufriedengeben darf, sondern mit Vehemenz versuchen muss, den Patienten zu einer Einwilligung in die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen zu bewegen, wenn andernfalls schwerwiegende gesundheitliche Gefahren drohen.⁵⁹ Der Grad der Rechtsgutgefährdung bestimmt somit maßgeblich, wie eindringlich der Arzt den Patienten einzubestellen hat.⁶⁰ Festzuhalten ist, dass der Arzt zur vollständigen Erfüllung seiner Einbestellungspflicht neben dem Hinweis auf das Erfordernis einer Weiterbehandlung den Patienten auch auf die Dringlichkeit der weiteren Behandlung hinweisen muss.⁶¹ Diese lässt sich als behandlungswesentlicher Umstand im Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 1 verorten.⁶² Hängt der Erfolg eines operativen Eingriffes beispielsweise von der Einhaltung einer Frist ab, liegt ein Behandlungsfehler vor, wenn die behandelnden Ärzte einen das Krankenhaus verlassenden Patienten nicht eindringlich über die Folgen einer Fristversäumnis belehren.⁶³ Muss bei einem Herzinfarkttrisikopatienten innerhalb weniger Wochen ein bestimmter Befund erhoben werden, hat der Arzt den Patienten den konkreten Zeitrahmen zu benennen, innerhalb dessen die Behandlung durchzuführen ist.⁶⁴ Der Arzt muss dem Patienten somit verdeutlichen, dass das Behandlungsziel verfehlt werden kann, wenn die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen nicht rechtzeitig vorgenommen werden.

⁵⁸ *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 249 mit weitergehenden Ausführungen zu der Frage, inwieweit der Dringlichkeitshinweis auch der Selbstbestimmungsaufklärung zu entnehmen ist.

⁵⁹ BGH, VersR, 1954, 98 (99); OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04420; OLG Köln, VersR 1996, 1021 (1022). Siehe zu dieser Rechtsprechung bereits die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. c) dd).

⁶⁰ Für den Umfang der Aufklärungspflichten des Arztes insgesamt, *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, S. 153 f.

⁶¹ BGH, MedR 2016, 431 (431); *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 257.

⁶² *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 257.

⁶³ BGH, NJW 1987, 705.

⁶⁴ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

2. Aufklärung über Diagnose

Während unproblematisch angenommen werden kann, dass der Arzt verpflichtet ist, den Patienten auf die Dringlichkeit der weiteren Behandlung hinzuweisen, stellt sich die Frage, ob der Arzt bereits mit diesem Hinweis seine therapeutische Aufklärungspflicht vollständig erfüllt, oder darüber hinaus verpflichtet ist, den Patienten während eines Behandlungstermins auf die Diagnose oder den Diagnoseverdacht sowie die Folgen hinzuweisen, die im Falle eines Unterbleibens der Weiterbehandlung drohen. Es geht hierbei um die Frage, wie der Dringlichkeitshinweis konkret auszugestalten ist, also welche Informationsdichte der Arzt dem Patienten im Rahmen der therapeutischen Aufklärung schuldet. Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass der Inhalt der Einbestellung bei der Mitteilung einer schweren Erkrankung im pflichtgemäßen Ermessen des Arztes steht.⁶⁵ Allerdings beziehen sich diese Grundsätze auf die Selbstbestimmungsaufklärung. Die einschlägige Judikatur zur therapeutischen Aufklärung lässt bezüglich der Aufklärung über die Diagnose eine strenge Linie erkennbar werden. Nach der Rechtsprechung umfasst die therapeutische Aufklärungspflicht auch den Hinweis auf Gefahren, die im Falle der unterbleibenden Weiterbehandlung entstehen können.⁶⁶ So ist der Arzt verpflichtet, den Patienten auf das Risiko eines Herzinfarktes bei verzögerter Weiterbehandlung hinzuweisen.⁶⁷ Will ein Patient das Krankenhaus vor Beendigung der Behandlung verlassen, muss er über die möglichen Gefahren der Nichtbehandlung eindringlich aufgeklärt werden.⁶⁸ Die Pflicht zur ausdrücklichen Benennung eines konkreten Erkrankungsbildes und der daraus resultierenden Gefahren gegenüber dem Patienten ist dogmatisch innerhalb der Pflicht des Arztes zur Diagnoseaufklärung zu verorten.⁶⁹ Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB, wonach der Behandelnde verpflichtet ist, dem Patienten „insbesondere die Diagnose“ mitzuteilen. Liegen dem Arzt somit Informationen vor, die den sicheren Rückschluss auf eine Diagnose zulassen, ist dieser aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, den Patienten über die Diagnose zu informieren.⁷⁰ Darüber hinaus ist der Arzt verpflichtet, dem Patienten die Diagnose dergestalt zu erläutern, dass dieser sie versteht und nachvollzieht.⁷¹ Fraglich ist jedoch, inwieweit die dargestellten Grundsätze gleichermaßen gelten, wenn die Informationslage die abschließende Feststellung ei-

⁶⁵ BGH, NJW 1984, 1395; BGH, NJW 1984, 2629 (2630); OLG Köln, NJW-RR 1988, 2306.

⁶⁶ BGH, MedR 2016, 431 (432); BGH, NJW 2014, 74 (77); BGH, NJW 1991, 748 (749); OLG Köln, VersR 1996, 1021 (1022); OLG Stuttgart, MedR 1985, 175 (175).

⁶⁷ BGH, MedR 2016, 431 (432).

⁶⁸ BGH, NJW 1991, 748 (749).

⁶⁹ BGH, NJW 2005, 427 (428); OLG München, NJW-RR 1995, 85 (86).

⁷⁰ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 245.

⁷¹ BGH, NJW 1995, 2407 (2408). Pflicht zum verständlichen Hinweis auf das potenzielle Misslingen einer Sterilisation.

ner Diagnose nicht zulässt, also lediglich ein Diagnoseverdacht im Raum steht. Der BGH sieht den Arzt in der Pflicht, den Patienten auch über einen bloßen Diagnoseverdacht zu informieren.⁷² In dem betreffenden Sachverhalt war es dem Arzt möglich, einen spezifischen Diagnoseverdacht zu benennen. Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen mehrere Erkrankungen in Betracht kommen und es dem Arzt deshalb während des Behandlungstermins nicht möglich ist, die Beschwerden des Patienten einem spezifischen Diagnoseverdacht zuzuordnen. Insbesondere zu Beginn der Behandlung wird der Arzt in dem meisten Fällen keine Kenntnis darüber haben, auf welche Erkrankung die Beschwerden des Patienten zurückzuführen sind.⁷³ Inwieweit der Arzt in diesen Fällen den Schluss auf einen spezifischen Erkrankungsverdacht ziehen muss, ist eine Frage des medizinischen Standards. Besteht jedoch eine nicht ganz entfernt liegende Möglichkeit, dass unter Zugrundelegung der Informations- und Befundlage im Einzelfall nach medizinischem Standard ein Erkrankungsverdacht naheliegt, der mit schwerwiegenden gesundheitlichen Gefahren einhergehen kann, ist der Arzt verpflichtet, den Patienten hierauf hinzuweisen. Zwar ist vom Arzt nicht zu erwarten, dass er den Patienten über sämtliche Erkrankungen aufklärt, die angesichts der Informationslage denkbar sind. Allerdings muss dem Patienten vor Augen geführt werden, dass die Informationslage auch auf Erkrankungsbilder hindeutet, die mit schwerwiegenden Gesundheitsgefahren einhergehen können und die weiteren Behandlungstermine aus diesem Grund dringlich weiterzuführen sind.

3. Aufklärung über mögliche Gesundheitsschäden bei unterlassener Behandlung

Bei der Selbstbestimmungsaufklärung muss der Arzt dem Patienten ein „allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des konkreten Risikospektrums“ vermitteln⁷⁴ und ihn über die Risiken einer verzögerten Behandlung „im Großen und Ganzen“ aufklären.⁷⁵ In diesem Zusammenhang wird im jüngsten Schrifttum als Pendant zur Einwilligungsfähigkeit das Konzept der *Informationsbefolgungsfähigkeit* im Rahmen der therapeutischen Aufklärung vorgeschlagen.⁷⁶ Diese Konstruktion besagt, dass der Empfänger einer Information in der Lage sein muss, die Information aufzunehmen und sie als Entscheidungsgrundlage für sein weiteres Handeln zugrunde zu legen.⁷⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn die mitwirkende Vorsorge des Patienten bei der Behandlung geboten ist.⁷⁸ Zu erör-

⁷² BGH, NJW 2005, 427 (428).

⁷³ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 268.

⁷⁴ OLG Dresden, MedR 2018, 695 (696).

⁷⁵ BGH, NJW 2009, 1203 (1210).

⁷⁶ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 81.

⁷⁷ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 82.

⁷⁸ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (86).

tern ist jedoch, welche konkreten Informationen der Arzt dem Patienten übermitteln muss, damit der Patient sein Verhalten danach ausrichten kann. Die Rechtsprechung lässt es vielfach genügen, wenn der Arzt gegenüber dem Patienten die Dringlichkeit der weiteren Behandlung lediglich umschreibt. Ausreichend ist etwa der Hinweis, es könne sich um „etwas Ernstes“ handeln.⁷⁹ Bei einem unbestätigten Krebsverdacht genüge der Hinweis auf etwas „Gefährliches“.⁸⁰ Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob es eine vollständige therapeutische Aufklärung darstellt, wenn der Arzt gegenüber dem Patienten die Dringlichkeit der weiteren Behandlung in dieser Gestalt lediglich umschreibt. Dies ist zu bejahen, wenn eine bösartige Erkrankung noch nicht überwiegend wahrscheinlich und lediglich eine von mehreren Möglichkeiten darstellt.⁸¹ Es muss dem Arzt möglich bleiben, die Aufklärung individuell an der konkreten Behandlungssituation auszurichten. Spezifische Vorgaben hinsichtlich Terminologie und Wortwahl sind daher abzulehnen, da solche starren Vorgaben der Vielzahl individueller Behandlungssituationen nicht ausreichend Rechnung tragen und intensiv in den Behandlungsalltag eingreifen würden. Ist jedoch das Vorliegen eines ernsthaften Erkrankungsbildes bereits überwiegend wahrscheinlich, müssen der Umfang und die Intensität der therapeutischen Aufklärung entsprechend angepasst werden, da eine konkrete Gefahrenlage im Raum steht und die therapeutische Aufklärung bezweckt, dieser Gefahrenlage vorzubeugen. Der Patient muss in dieser Situation ein präzises Bild von der Erkrankung und den möglichen Folgen der Nichtbehandlung für seine Gesundheit erhalten. Faustformelartig lässt sich formulieren: Je konkreter und eindeutiger die Informationslage auf eine bestimmte Erkrankung oder Erkrankungsgruppe hinweist, desto konkreter und eindringlicher hat der Arzt den Patienten auf die Möglichkeit dieser Erkrankung und die mit ihr potenziell verbundenen Gefahren hinzuweisen. Im Zweifel schuldet der Arzt dem Patienten daher bei der Aufklärung eine hohe Dichte an Informationen, die ihm die Gefahrenlage konkret vor Augen führt und sicherstellt, dass er lückenlos bei der weiteren Behandlung mitwirkt. Diese Sichtweise findet sich in einem Urteil des OLG Köln wieder.⁸² Dieses hat sich besonders ausführlich mit dem Umfang der therapeutischen Aufklärungspflicht eines Arztes auseinandergesetzt, der die Eltern des Patienten nicht ausreichend über die Gefahren einer Hirnblutung aufgeklärt hatte. Die Ausführungen veranschaulichen, welche konkreten und umfangreichen Aufklärungspflichten den Arzt treffen können, wenn Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Erkrankung vorliegen:

„Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist zwar davon auszugehen, dass die Eltern des Klägers darüber aufgeklärt worden sind, dass beim Kläger eine Art Blutschwämmchen im Gehirn gefunden worden sei, das näher abgeklärt werden müsse,

⁷⁹ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

⁸⁰ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (909).

⁸¹ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096.

⁸² OLG Köln, BeckRS 2000, 14545.

so dass er sich einer weiteren neurologischen Untersuchung, der er sich verweigert habe, unterziehen müsse. [...] Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass auch darauf hingewiesen worden ist, aufgrund der radiologischen Untersuchungen sei der Verdacht des Vorliegens eines arteriovenösen Angioms gegeben, das die Gefahr einer intracerebralen Blutung bergen würde und eventuell eine Operation indiziere, was dringend einer weiteren diagnostischen Abklärung (Angio-MR) bedürfe. [...] Gerade eine solche Aufklärung war aber geschuldet, wenn auch nicht in medizinisch-wissenschaftlicher Form, so doch unter Hervorhebung der möglichen Gefahr, es könne im ungünstigsten Fall zu einer Hirnblutung kommen, was abgeklärt werden müsse.“⁸³

Der Senat sieht damit einen Aufklärungsfehler darin, dass der Arzt nicht auf die konkreten Gefahren der Nichtbehandlung oder verzögerten Weiterbehandlung hingewiesen hat, da der Hinweis auf ein Blutschwämmchen im Gehirn letztlich auch von einem medizinischen Laien als besorgniserregend eingestuft wird. Ähnlich zu deuten ist ein Urteil des OLG Koblenz, welches darauf hinweist, dass ein Patient postoperativ lückenlos auf die existente Gefahr einer operationsbedingten Perforation, deren mögliche Schadensauswirkungen sowie ihre effektive Therapiemöglichkeit aufzuklären ist, da der Patient nur durch eine derartige Informationsdichte mitdenken und eine gedankliche Verknüpfung zwischen auftretenden Beschwerden und der zurückliegenden Operation herstellen könne, wodurch sein schnellstmögliches Erscheinen zur erforderlichen Behandlung sichergestellt werde.⁸⁴ Argumentativ ist die Pflicht zum Hinweis auf die Folgen einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung mit einem *argumentum a minori ad maius* zu begründen. Wenn der Arzt nämlich bereits verpflichtet ist, den Patienten über therapeutische Maßnahmen aufzuklären, die seinen Gesundheitszustand verbessern, dann muss die Aufklärungspflicht sich erst recht auf Maßnahmen beziehen, die erforderlich sind, um den Eintritt weiterer Gesundheitsschäden zu verhindern. Weist ein Patient etwa ein Beschwerdebild auf, das ihn geringfügig beeinträchtigt, jedoch zugleich auf eine Erkrankung hindeutet, die im Falle einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung mit weiteren und zum Teil schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen einhergehen kann, die schwerer wiegen kann als seine bereits vorhandenen Beeinträchtigungen, liegt es auf der Hand, dass das Interesse des Patienten vorrangig der Vermeidung weiterer Gesundheitsschäden gilt. Da die therapeutische Aufklärung allein dem gesundheitlichen Wohl des Patienten dient⁸⁵, müssen ihr Umfang und Inhalt an diejenigen Aufklärungselemente angepasst werden, die zur größtmöglichen Schadensvermeidung geeignet und erforderlich sind. Im voranstehend dargestellten Beispiel mag es einen einfachen therapeutischen Aufklärungsfehler begründen, wenn der Arzt den Patienten nicht sofort darauf hinweist, dass durch eine medi-

⁸³ OLG Köln, BeckRS 2000, 14545.

⁸⁴ OLG Koblenz, MedR 2000, 37 (40).

⁸⁵ Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V. Rn. 17.

kamentöse Behandlung eine Linderung seiner vergleichsweisen geringfügigen Beschwerden möglich ist. Anders zu gewichten wäre es jedoch, wenn der Arzt den Patienten nicht darauf hinweist, dass sein Beschwerdebild auf eine ernsthafte Erkrankung hinweist, die bei verzögerter Behandlung mit langfristigen Gesundheitsschäden verbunden sein kann. Die therapeutische Aufklärung erstreckt sich somit insbesondere auf diejenigen Hinweise, die den Patienten vor weiteren Schäden bewahren sollen.⁸⁶ Diese Sichtweise findet sich in der Rechtsprechung des BGH wieder. Dieser weist darauf hin, dass die Warnung vor Gefahren, die durch unterbleibende ärztliche Behandlungen oder diagnostische Maßnahmen entstehen, genauso bedeutend ist wie der Hinweis auf Eingriffsrisiken oder Nebenwirkungen von Medikamenten.⁸⁷ Diese Betrachtungsweise lässt sich auf die generelle Erwägung stützen, dass Ratnehmer oft dazu neigen, bestimmte Risiken und deren Eintrittswahrscheinlichkeit übermäßig optimistisch zu gewichten, insbesondere wenn das potentielle Risiko erst künftig einzutreten droht.⁸⁸ Aus diesem Grund ist strukturellem Überoptimismus mit einer Pflicht des Ratgebers zu einer eindringlichen Schilderung des betreffenden Risikos zu begegnen.⁸⁹ Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem betreffenden Risiko um die Gefahr irreversibler Gesundheitsschäden handelt. Im Ergebnis muss der Arzt im Rahmen der therapeutischen Aufklärung sicherstellen, dass der Patient das erforderliche Gefahrenbewusstsein erlangt, um seine lückenlose Mitwirkung an der Behandlung sicherzustellen.

4. Pflicht zur Befundmitteilung

Die inhaltliche Ausgestaltung der Einbestellungspflicht geht mit der Frage einher, inwieweit der Arzt verpflichtet ist, dem Patienten mit der Einbestellung zugleich schriftlich Befunde auszuhändigen, aus denen sich das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung ergeben. Im Kern handelt sich dabei um die Frage, wie detailliert die Einbestellung mit Blick auf die Mitteilung medizinischer Informationen erfolgen muss. Eine solche Pflicht zur Aushändigung der Befunde kann in § 630c Abs. 2 S.1 BGB zu verorten sein. Eine zusätzliche Pflicht zur Mitteilung von Befunden im Rahmen der therapeutischen Aufklärung würde jedoch dazu führen, dass der Arzt partiell einem Textformzwang unterworfen wird. Zwar kann sich im Einzelfall eine Pflicht zur Mitgabe von Befunden ergeben, wenn der Arzt den Patienten an einen anderen Arzt zur weiteren Behandlung überweist und dadurch unnötige Doppeluntersuchungen vermieden und

⁸⁶ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (86).

⁸⁷ BGH, NJW 1987, 705 (705); so auch Hegerfeld, die darauf hinweist, dass ein Patient kaum auf Informationen verzichten würde, „die seinem gesundheitlichen Wohl dienen und ohne die er wohlmöglich nicht in der Lage wäre, drohende gesundheitliche Gefahren abzuwenden“, Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 264.

⁸⁸ Heese, Beratungspflichten, S. 175.

⁸⁹ Heese, Beratungspflichten, S. 175.

ein vollständiger Informationsaustausch zwischen den Ärzten gewährleistet wird. Im Regelfall ist der Arzt jedoch nicht verpflichtet, dem Patienten ohne konkreten Anlass die Befunde auszuhändigen. Eine Pflicht zur Befundmitteilung kann sich allerdings ergeben, wenn nach dem Behandlungstermin ein Befund ausgewertet wird, der auf eine schwerwiegende Erkrankung schließen lässt und der Patient nicht zur weiteren Behandlung beim Arzt erscheint. Insgesamt dürfte es für den Patienten nicht entscheidend sein, auf welchen Grund die Dringlichkeit der Weiterbehandlung zurückzuführen ist. Zu begründen ist dies mit einer Parallele zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht im Rahmen der Risikoauflklärung. Nach dem Willen des Gesetzgebers, der die ständige Rechtsprechung des BGH zugrunde legt, soll mit der Aufklärung kein medizinisches Detailwissen vermittelt, sondern dem Patienten die Schwere und Tragweite eines Eingriffs vor Augen geführt werden.⁹⁰ Diese Erwägungen sind auch auf die therapeutische Aufklärung zu übertragen. Ist diese insbesondere darin zu erblicken, dass der Patient gewarnt und zu einem behandlungskonformen Verhalten angehalten wird, ist die Aufklärung inhaltlich an dieser Zwecksetzung auszurichten. Zur Erreichung dieses Ziels ist es jedoch meist nicht erforderlich, dem Patienten detaillierte Befunde auszuhändigen, soweit diese lediglich Zahlen oder Darstellungen wiedergeben, die dem Patienten ohne ärztliche Erläuterung keinen nachvollziehbaren medizinischen Bedeutungsgehalt vermitteln. Ergibt eine Befunderhebung beispielsweise einen Krebsverdacht, liegt eine ausreichende therapeutische Aufklärung vor, wenn der Patient auf diesen Krebsverdacht sowie dessen Gefahren hingewiesen wird. Der Patient ist ausreichend gewarnt, wenn er eindringlich auf die Diagnose oder Verdachtsdiagnose hingewiesen sowie über die potenziellen Gefahren einer Nichtbehandlung eindringlich aufgeklärt wird. Ihm sind somit die konkreten Schlüsse mitzuteilen, die aus den Befunderhebungen und sonstigen Untersuchungsmaßnahmen zu ziehen sind. Teilweise wird vertreten, dass der Arzt verpflichtet ist, den Patienten auf Befunde hinzuweisen.⁹¹ Dem ist zuzustimmen, solange die Mitteilung der Befunde nicht zum Selbstzweck wird. Bespricht der Arzt etwa mit dem Patienten das Ergebnis einer Blutuntersuchung, ist es ausreichend, den Patienten über auffällige Werte und deren medizinische Bedeutung aufzuklären. Die Benennung der konkreten Zahlenwerte spielt für den Patienten in diesem Fall keine ausschlaggebende Rolle. Die Mitteilung spezifischer medizinischer Details, die der ärztlichen Einschätzung zugrunde liegen, beeinflusst die Mitwirkung des Patienten im Regelfall nicht und hat somit keine entscheidungserhebliche Bedeutung.⁹² Dafür spricht auch die Existenz des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB, wonach die Verpflichtung des Arztes zur Gewährung der Einsichtnahme in die Patientenakte ein Verlangen des Patienten voraussetzt. Die Bejahung einer Befundmitteilungspflicht hätte zur Folge, dass der Charakter

⁹⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁹¹ Hegerfeld, *Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten*, S. 243.

⁹² OLG Koblenz, NJOZ 2012, 1367 (1368).

des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB zumindest teilweise aufgeweicht wird, indem eine Rechtspflicht des Arztes zur unaufgeforderten Befundmitteilung implementiert wird. Es gilt somit festzuhalten, dass der Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht bereits dann erfüllt, wenn er den Patienten eindringlich auf die Diagnose oder Verdachtsdiagnose und die mit einer Nichtbehandlung potenziell verbundenen, konkreten Gefahren hinweist. Zu einer zusätzlichen Aushändigung von Befunden ist der Arzt ohne entsprechendes Verlangen des Patienten hingegen nicht verpflichtet. Kommt es dem Patienten im Einzelfall auf die detaillierten Befundergebnisse in Reinform an, kann er diese mit seinem Einsichtnahmerecht in Erfahrung bringen. Liegen jedoch besondere Umstände vor, aufgrund derer der Patient die mündliche Aufklärung nicht oder nur unzureichend nachvollzieht, besteht eine Pflicht zur schriftlichen Unterrichtung des Patienten.⁹³

III. Maßgeblicher Aufklärungszeitpunkt

1. Zeitpunkt der therapeutischen Aufklärungspflicht

Die inhaltliche Ausgestaltung der Einbestellungspflicht geht mit der Frage einher, in welchem Zeitpunkt der Arzt den Patienten einbestellen muss. Dies hängt davon ab, in welchem Zeitpunkt der Arzt verpflichtet ist, den Patienten nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB aufzuklären. Der Wortlaut sieht eine Informationspflicht „zu Beginn der Behandlung“ vor. Dies weist darauf hin, dass dem Gesetzgeber an einer frühzeitigen Aufklärung des Patienten gelegen ist.⁹⁴ Teilweise wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass den Arzt zu einem frühen Zeitpunkt wie dem Stadium der Anamnese grundsätzlich noch keine Informationspflichten aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB treffen.⁹⁵ Begründet wird dies mit der Erwägung, dass der Arzt eine so verstandene Informationspflicht faktisch nicht erfüllen könne, diese auch nicht das Informationsinteresse des Patienten befriedige und aufgrund ihres Eingriffscharakters als Berufsausübungsregelung verfassungswidrig wäre.⁹⁶ Demnach sei das Gesetz so auszulegen, dass die Informationspflichten des Arztes erst dann entstehen, wenn es ihm möglich ist, dem Patienten fachlich fundierte Informationen zu bieten, was erst dann der Fall sei, wenn er „weitestgehend gesicherte Erkenntnisse“ habe.⁹⁷ Dieser Auffassung ist teilweise zuzustimmen. Stellt sich das Beschwerdebild des Patienten etwa während des Anamnesegesprächs als diffus dar und lässt sich in verschiedene Richtungen deuten, ist vom Arzt nicht zu verlangen, sämtliche mögliche Erkrankungsursachen zu erörtern. Dies steht auch nicht im Interesse des Patienten. Allerdings kann nicht der Aus-

⁹³ BVerfG, NJW 2005, 1103 (1104).

⁹⁴ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 268 f.

⁹⁵ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 269 f.

⁹⁶ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 269.

⁹⁷ Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 269 f.

sage gefolgt werden, dass erst bei weitestgehend gesicherten Erkenntnissen eine Informationspflicht ausgelöst wird. Das maßgebliche Kriterium, anhand dessen eine Informationspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB ausgelöst wird, ist der medizinische Standard. Deutet das Beschwerdebild des Patienten unter Zugrundelegung des medizinischen Standards auf ein Erkrankungsbild hin, das sich schwer gesundheitsschädigend oder lebensgefährlich auswirken kann, hat der Arzt den Patienten bereits während des Anamnesegesprächs zumindest auf die Dringlichkeit der weiteren Behandlung hinzuweisen, sofern er nicht ohnehin verpflichtet ist, sofortige Behandlungsmaßnahmen in die Wege zu leiten. Je schwerwiegender die mögliche Rechtsgutsgefährdung bei einer Betrachtung ex-ante erscheint, desto eher ist der Arzt verpflichtet, im Behandlungsgespräch auf die Wichtigkeit der weiteren Behandlung hinzuweisen und diese dem Patienten vor Augen zu führen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Patient von einer harmlosen Ursache seiner Beschwerden ausgeht und die weitere Behandlung nachlässig oder überhaupt nicht fortsetzt.

2. Zeitpunkt der Einbestellung

Den Regelfall bildet die persönliche Einbestellung während des Behandlungstermins. Besteht die Einbestellungspflicht während der Abwesenheit des Patienten fort, stellt sich die Frage, wann der Arzt den Patienten einbestellen muss. In Fällen, in denen der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins unzureichend einbestellt hat, ergibt sich die Einbestellungspflicht auch aus § 630c Abs. 2 S. 3 Alt. 2 BGB. In diesem Fall ist der Arzt verpflichtet, den Patienten zur Abwendung drohender Gesundheitsgefahren einzubestellen. Da die verzögerte Weiterbehandlung jedoch zumindest potenziell stets mit dem Risiko eines Schadenseintritts verbunden ist, muss der Arzt den Patienten unverzüglich einbestellen, wenn ihm Befunde vorliegen, aus denen sich das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung ergeben. Liegt dem Arzt beispielsweise zu Beginn eines Tages eine Befundauswertung vor, hat er den Patienten unverzüglich zu informieren. Andernfalls läuft in Fällen unvollständiger Aufklärung während des Behandlungstermins die Fehleroffenbarungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB leer, da die verzögerte Einbestellung dazu führen kann, dass sich Gesundheitsschäden realisieren, was die Vorschrift gerade zu vermeiden bezweckt. Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Erwägungen auch dann gelten, wenn der Arzt den Patienten bereits während des Behandlungstermins einbestellt hat und dieser der Behandlung trotzdem fernbleibt. Dies ist zu bejahen. Zwar resultiert die Einbestellungspflicht in diesem Fall nicht aus der Fehleroffenbarungspflicht des Arztes. Allerdings ist sie als Bestandteil der therapeutischen Aufklärung ebenfalls auf die Erreichung des erstrebten Heilungserfolges gerichtet. Diese Zwecksetzung läuft leer, wenn man dem Arzt Spielräume hinsichtlich des Zeitpunktes der Einbestellung einräumt. Besteht eine Einbestellungspflicht, weil der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins unzureichend ein-

bestellt hat, ohne dass es zu einer Befunderhebung gekommen ist, ist er verpflichtet, den Patienten unverzüglich einzubestellen, wenn dieser nicht innerhalb des erforderlichen Zeitraums zur Fortsetzung der Behandlung erscheint. Letztlich sind medizinische Maßnahmen stets so zügig durchzuführen, dass dem Erkrankungsbild des Patienten Rechnung getragen wird und die erforderliche Therapie so frühzeitig wie möglich eingeleitet werden kann.⁹⁸ Dieses Ergebnis kann auch mit Blick auf die Leistungszeit in Fallkonstellationen begründet werden, bei denen die Behandlung dringend fortzusetzen ist. Die Unverzüglichkeit der Einbestellungspflicht kann in § 271 Abs. 1 BGB zu verorten sein. Allerdings ist diese Regelung gegenüber einer rechtsgeschäftlichen Parteivereinbarung nachrangig.⁹⁹ Beim Behandlungsvertrag vereinbaren die Parteien jedoch selten ausdrücklich die Leistungszeit. Allerdings ist eine Leistungszeitvereinbarung durch eine ergänzende Vertragsauslegung möglich.¹⁰⁰ Die Vereinbarung der unverzüglichen Einbestellung ergibt sich im Falle einer unvollständigen Einbestellung während des vorangegangenen Behandlungstermins bereits unter Verzugsgesichtspunkten. Die Einbestellung unter Hinweis auf die Dringlichkeit der Weiterbehandlung ist bereits während des vorangegangenen Behandlungstermins fällig, da das Interesse des Patienten darauf ausgerichtet ist, alle erforderlichen Informationen bereits zu diesem Zeitpunkt zu erhalten, soweit diese vom Arzt erbracht werden können. Jedoch gilt dies nicht, wenn der Arzt den Patienten vollständig während des Behandlungstermins aufklärt und die nachträgliche Auswertung von Befunden eine Einbestellungspflicht auslöst. In diesem Fall ergibt sich die Pflicht des Arztes zur unverzüglichen Einbestellung aus dem Umstand, dass eine verzögerte Einbestellung potenziell zu Gesundheitsschäden beim Patienten führen kann. Die Rechtsprechung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass insbesondere bei histologischen und pathologischen Befunden eine schnellstmögliche Aufklärung erforderlich ist, um Gefahren rechtzeitig vorzubeugen.¹⁰¹

IV. Gebot zur schonenden Aufklärung als inhaltliche Beschränkung der Einbestellung

Der Arzt befindet sich bei der therapeutischen Aufklärung in einem Spannungskonflikt zwischen dem Gebot zur schonenden Aufklärung sowie seiner Pflicht zur Warnung des Patienten.¹⁰² Liegen dem Arzt beispielsweise zum Zeit-

⁹⁸ OLG Hamm, BeckRS 1998, 12801, Rn. 46: „Grundsätzlich sind erforderliche Maßnahmen so schnell wie möglich durchzuführen, so daß mit Hilfe der gewonnenen Ergebnisse zum Wohle des Patienten möglichst frühzeitig mit einer wirksamen Behandlung begonnen werden kann.“ So auch *Sundmacher*, Befunderhebung, S. 56.

⁹⁹ MüKoBGB/Krüger, BGB § 271 Rn. 5.

¹⁰⁰ MüKoBGB/Krüger, BGB § 271 Rn. 5.

¹⁰¹ BGH, NJW 2018, 3382; OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 40; OLG Düsseldorf, BeckRS 2015, 02147.

¹⁰² Laufs/*Katzenmeier*/Lipp, Arztrecht, Kap. V. Rn. 45.

punkt eines Behandlungstermins aufgrund der medizinischen Informationslage Anhaltspunkte für einen Krebsverdacht vor, der dringenden Anlass zu einem weiteren Behandlungstermin gibt, stellt sich die Frage, ob der Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht verletzt, wenn er den Patienten zwar darauf hinweist, dass dieser dringend zu einem weiteren Termin erscheinen muss, jedoch nicht den Krebsverdacht und dessen Gefährlichkeit benennt. In der Rechtsprechung findet sich dieser Spannungskonflikt wieder. Der Arzt ist einerseits zur rechtzeitigen und vollständigen therapeutischen Aufklärung verpflichtet, um die Mitwirkung des Patienten sicherzustellen und ihn vor Schäden zu bewahren.¹⁰³ Andererseits wird darauf hingewiesen, dass die unnötige Benennung einer schwerwiegenden Diagnose einen Behandlungsfehler darstellen könne.¹⁰⁴ Dieser Konflikt ist im Zweifel zugunsten einer vollständigen und schonungslosen therapeutischen Aufklärung aufzulösen. Muss der Patient zur schnellstmöglichen Behandlung und Vermeidung von Gesundheitsschäden zeitnah und engmaschig an der Behandlung mitwirken, liegt ein ausreichender Grund für die Mitteilung der Diagnose oder des Diagnoseverdachts vor. Eine vollständige, schonungslose und konkrete Diagnoseaufklärung stellt mit größerer Wahrscheinlichkeit sicher, dass der Patient die Intensität und das Ausmaß der möglichen Gefahren, die mit dem potenziellen oder festgestellten Krankheitsbild verbunden sein können, nachvollzieht und sein Verhalten danach ausrichtet. Die Sicherstellung behandlungskonformen Patientenverhaltens ist ein wesentlicher Zweck der therapeutischen Aufklärung.¹⁰⁵ Läuft eine schonende Aufklärung dieser Zwecksetzung zuwider, indem der Arzt während eines Behandlungstermins etwa einen Diagnoseverdacht nicht benennt oder abschwächend bezeichnet, um den Patienten nicht zu beunruhigen, muss die schonende Aufklärung einer vollständigen und schonungslosen Aufklärung weichen. Allerdings könnte der Wille des Gesetzgebers zu Umfang und Intensität der Selbstbestimmungsaufklärung in eine andere Richtung deuten, da in der Gesetzesbegründung auf die ärztliche Pflicht zu einer möglichst schonenden Aufklärung hingewiesen wird.¹⁰⁶ Allerdings weist der Gesetzgeber darauf hin, dass „möglichst“ schonend aufzuklären ist. Die schonende Aufklärung ist somit gegenüber der Verständlichkeit der Aufklärung grundsätzlich nachrangig und setzt dem schonenden Charakter der Aufklärung eine Grenze. Auch wenn es ein Höchstmaß an Schonung darstellt, wenn der Arzt dem Patienten mitteilt, dass dieser vollständig gesund ist, darf der Arzt eine solche Aussage nicht tätigen, wenn sie unzutreffend ist. Eine solche Aussage kann dazu führen, dass der Patient von weiteren Behandlungsterminen absieht und dadurch die Erreichung des vereinbarten Heilungserfolges, welche den Hauptzweck des Behandlungsvertra-

¹⁰³ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (86).

¹⁰⁴ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (87).

¹⁰⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹⁰⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

ges¹⁰⁷ sowie der therapeutischen Aufklärung darstellt¹⁰⁸, erschwert oder vollständig verfehlt wird. Diese Gefahr besteht – in abgeschwächter Form – auch dann, wenn der Patient zwar darauf hingewiesen wird, dass die Behandlung dringlich fortzusetzen ist, ihm aber die Diagnose oder Verdachtsdiagnose sowie die Folgen der Nichtbehandlung nicht deutlich vor Augen geführt werden, da dem Patienten nur auf diese Weise das mit der Nichtbehandlung verbundene Risiko bewusst gemacht werden kann.¹⁰⁹ Der Gesetzgeber stützt seine Erwägung zur schonenden Aufklärung auch auf eine Entscheidung des BGH.¹¹⁰ Der beklagte Arzt hatte die Patientin nicht auf das Querschnittsrisiko einer Strahlenbehandlung hingewiesen und dies unter anderem damit begründet, dass eine Aufklärung dieses Inhalts die Patientin einer therapeutisch nicht verantwortbaren Belastung ausgesetzt hätte.¹¹¹ Nach Auffassung des BGH kann eine Aufklärung aus diesem Grund nur ausnahmsweise erfolgen, da andernfalls das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterlaufen wird und weist auf strenge Anforderungen an die therapeutische Unzumutbarkeit einer Aufklärung hin.¹¹² Der BGH verneint somit selbst bei der Selbstbestimmungsaufklärung, bei welcher die schonungslose Erläuterung der mit dem medizinisch erforderlichen Eingriff einhergehenden Risiken geeignet ist, den Patienten von einer Einwilligung in diesen Eingriff abzuhalten, eine schonende Aufklärung. Betrachtet man diese Grundsätze, wird deutlich, dass sie erst recht auf die Aufklärung über die potenziellen Gefahren der Nichtbehandlung im Rahmen der therapeutischen Aufklärung anzuwenden sind. Wird eine medizinische Behandlung beispielsweise zeitlich unterbrochen und klärt der Arzt den Patienten schonungslos anhand der Befundlage über die Diagnose oder den Verdacht auf, bewirkt er damit zunächst nur, dass der Patient den Ernst der Lage erkennt, sein Verhalten an die Erfordernisse der Behandlung anpasst und die erforderlichen Behandlungstermine wahrnimmt. Eine Einwilligung in medizinisch indizierte Risikoeingriffe, die ohnehin gesondert eingeholt werden muss, ist damit nicht verbunden. Diese Argumentation findet sich in der Rechtsprechung des BGH wieder. Dieser war mit einem Sachverhalt befasst, in welchem die Patientin die Auffassung vertrat, dass der Arzt sie nicht ausreichend über die Misserfolgsquote einer Sterilisationsmethode aufgeklärt hat. Der BGH führte hierzu unter anderem aus:

„Daß an diese Beratung keine geringen Anforderungen gestellt werden dürfen, ergibt sich vor allem daraus, daß gerade hier, anders als bei der Aufklärung über die Risiken eines Eingriffs, irgendwelche therapeutischen Rücksichten, die dort zwar nur

¹⁰⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

¹⁰⁹ BGH, NJW 1991, 748 (749); OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 31.

¹¹⁰ BGH, NJW 1984, 1397.

¹¹¹ BGH, NJW 1984, 1397 (1398).

¹¹² BGH, NJW 1984, 1397 (1398).

ausnahmsweise die Aufklärungspflicht einschränken, wohl aber Art und Weise der Aufklärung modifizieren können, im Regelfall gar nicht denkbar sind.“¹¹³

Während eine schonungslose Aufklärung über Eingriffsrisiken somit geeignet ist, den Patienten von einer Einwilligung abzubringen, ist die schonungslose Aufklärung über die Diagnose oder die Verdachtsdiagnose und die mit ihr verbundenen Gefahren geeignet und darauf ausgerichtet, dass der Patient die Ernsthaftigkeit der Lage nachvollzieht und die erforderlichen Behandlungstermine wahrnimmt. Es ist gerade der Zweck der therapeutischen Aufklärung, den Patienten in einem gewissen Ausmaß zu warnen und dadurch sicherzustellen, dass er den erforderlichen Behandlungstermin wahrnimmt. Diese Warnfunktion hat die therapeutische Aufklärung auch nach der Einführung des Patientenrechtegesetzes.¹¹⁴ Mit dieser Zwecksetzung ist eine schonende Aufklärung grundsätzlich nicht in Einklang zu bringen. Da die Warnfunktion der Erreichung des Vertragszwecks dient, ist sie gegenüber der Schonung des Patienten grundsätzlich vorrangig. Es kann auch nicht von vornherein generell unterstellt werden, dass der Patient die Mitteilung der Diagnose oder des Diagnoseverdachts psychisch nicht verkraftet, sofern hierfür keine konkreten Anhaltspunkte in der Person des Patienten vorliegen.¹¹⁵ Ausgehend vom Leitbild des mündigen Patienten ist zu unterstellen, dass er grundsätzlich mit einer schwerwiegenden Diagnose belastet werden kann. Hierfür spricht schließlich auch der Wille des Gesetzgebers, der in § 630c Abs. 4 BGB Ausnahmen von der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung normiert hat. Hierzu bedarf es jedoch einer begründeten Gefahr, dass der Patient aufgrund der therapeutischen Information sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet.¹¹⁶ Diese Voraussetzungen dürften nur ausnahmsweise erfüllt sein. Nach Auffassung des BGH ist die Herabdrückung der Stimmung oder des Allgemeinbefindens des Patienten als unvermeidbarer Nachteil einer vollständigen Aufklärung in Kauf zu nehmen.¹¹⁷ Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber mit dem Patientenrechtegesetz Behandelnden und Patienten auf Augenhöhe bringen will.¹¹⁸ Festzuhalten ist daher, dass das Gebot der schonenden Aufklärung die Ausgestaltung der therapeutischen Aufklärung und damit der Einbestellungspflicht inhaltlich nicht einzuschränken vermag.

V. Fazit

Eine vollständige therapeutische Aufklärung erfordert, dass der Arzt den Patienten vor der Beendigung eines Behandlungstermins auf Grundlage der erhobe-

¹¹³ BGH, NJW 1981, 630 (632).

¹¹⁴ OLG Köln, BeckRS 2014, 17668, Rn. 20.

¹¹⁵ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 42a.

¹¹⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

¹¹⁷ BGH, NJW 1956, 1106 (1107).

¹¹⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 1.

nen Befunde und sonstigen Informationen, die er im Verlauf der Behandlung erlangt, umfassend über die Diagnose oder einen Diagnoseverdacht aufklärt und auf die Folgen der Nichtbehandlung hinweist. Nur im Falle einer begründeten Gefahr für dessen Leben oder körperliche Unversehrtheit darf der Arzt diese Informationen gegenüber dem Patienten zurückhalten. Besteht Anlass für eine dringende Weiterbehandlung, hat er Arzt den Patienten unverzüglich hierüber in Kenntnis zu setzen.

D. Delegationsfähigkeit der Einbestellung

I. Fragestellung

Im Gesundheitswesen zeigen sich zunehmend ein Bedürfnis und eine Tendenz zur Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal.¹¹⁹ Diese Tendenz birgt auf der einen Seite Chancen, da sie die Behandlungsqualität erhöhen kann, soweit der Arzt von administrativen und routinemäßigen Tätigkeiten entlastet wird und sich auf medizinische Kernleistungen wie Diagnose und Therapie konzentrieren kann. Auf der anderen Seite geht die Delegation mit Gefahren einher, da mit der Beteiligung weiterer Personen an der Behandlung die Anforderungen an die organisatorischen und kommunikativen Abläufe steigen, was dazu führen kann, dass der Verantwortungsbereich des Arztes sich entgegen der beabsichtigten Entlastung erweitert. Dies gilt besonders für den Bereich der therapeutischen Aufklärung, da sie der Abwendung von Gesundheitsschäden dient und sich Aufklärungsfehler gewichtig auswirken können. Auch die Ausgestaltung der Einbestellungspflicht geht mit der Frage einher, inwieweit der Arzt die Einbestellung des Patienten an das nichtärztliche Personal delegieren kann. Diese Frage stellt sich sowohl im Bereich der ambulanten als auch bei der stationären Behandlung im Krankenhaus und ist für die konkrete Ausgestaltung des Medizinbetriebs von Bedeutung.

II. Grundlagen der Delegation im Medizinbetrieb

Die Delegationsfähigkeit ärztlicher Aufgaben auf nicht-ärztliches Personal ist allgemein anerkannt, wird allerdings an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.¹²⁰ Eine gesetzliche Definition des Delegationsbegriffs existiert nicht. Nach der Literatur bezeichnet Delegation die Übertragung der Durchführung originär ärztlicher Tätigkeiten an ärztliches und nichtärztliches Personal.¹²¹ Die Delegation ist gekennzeichnet durch eine gesonderte ärztliche Anordnung und Überwachung

¹¹⁹ Grundlegend hierzu *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 1.

¹²⁰ *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 40.

¹²¹ *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 3.

und erfolgt unter ärztlicher Verantwortung.¹²² Sie ist abzugrenzen von den reinen Assistenz Tätigkeiten, bei denen nichtärztliches Personal untergeordnete Aufgaben und Handreichungen ohne eigenständige Kompetenz bei der Durchführung übernimmt.¹²³ Die Ausübung der Heilkunde ist gemäß § 1 Abs. 1, 2 HPG grundsätzlich Ärzten vorbehalten.¹²⁴ Vertragsrechtlich ist die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung in § 613 BGB zu verorten, der über die Regelung des § 630b BGB beim Behandlungsvertrag Anwendung findet.¹²⁵ Allerdings weist der Gesetzgeber darauf hin, dass eine Ausnahme vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung möglich ist, soweit im Behandlungsvertrag etwas anderes vereinbart wird und die betreffende Maßnahme delegationsfähig ist.¹²⁶ Der Gesetzgeber führt als nicht abschließendes Beispiel („regelmäßig“) den Fall an, dass der Patient den Behandlungsvertrag mit einem Krankenhausträger abschließt, der seinerseits die Behandlung auf die bei ihm angestellten Ärzte überträgt.¹²⁷ Der Gesetzgeber ist daher für die Delegationsfähigkeit ärztlicher Leistungen grundsätzlich offen und hat den Katalog delegationsfähiger Leistungen nicht abschließend formuliert.

III. Voraussetzungen der Delegationsfähigkeit ärztlicher Leistungen

Da der Gesetzgeber von einer Festlegung der delegationsfähigen Tätigkeiten im Sinne einer abschließenden Aufzählung bislang bewusst abgesehen¹²⁸ und die Voraussetzungen der Delegationsfähigkeit nicht geregelt hat, ist die Bestimmung der delegationsfähigen Leistungen mit Herausforderungen verbunden. Die Rechtsprechung hat für die Bestimmung der Delegationsfähigkeit einer ärztlichen Leistung Parameter und Abgrenzungskriterien entwickelt.¹²⁹ Maßgebliche Voraussetzung für die Delegationsfähigkeit einer ärztlichen Leistung durch nichtärztliches Personal ist, dass sie nicht mit einer Gefährerhöhung für den Patienten einhergeht.¹³⁰ Wird eine ärztliche Leistung delegiert, muss daher trotzdem sicherge-

¹²² *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 3; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. X. Rn. 57; *Frahm*, *VersR* 2009, 1576 (1580).

¹²³ *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 3.

¹²⁴ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. X. Rn. 57; *Spickhoff/Seibl*, *MedR* 2008, 463 (465).

¹²⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 20.

¹²⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 20.

¹²⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 20.

¹²⁸ BT-Drs. 15/13, S. 18; *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 41.

¹²⁹ *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 44.

¹³⁰ *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen; OLG München, *VersR* 1994, 1113; *Hahn*, Die Haftung für nichtärztliches Personal, S. 43; *Bergmann*, *MedR* 2009, 1 (6); a.A. BGH, der in einem Urteil die Auffassung vertritt, dass die Delegationsfähigkeit nicht schon aufgrund der Schwere der Gefahren zu verneinen ist, BGH, *NJW* 1975, 2245 (2246).

stellt sein, dass der Patient eine fachlich lückenlos qualifizierte und risikominimierende Behandlung erhält.¹³¹ Maßgebliche Kriterien für die Delegationsfähigkeit einer ärztlichen Leistung sind insbesondere die Art der jeweiligen Leistung, die Schwere des Erkrankungsbildes und die fachliche Qualifikation des nichtärztlichen Hilfspersonals.¹³² Die Delegationsfähigkeit ist dementsprechend nach herrschender Auffassung hinsichtlich solcher Tätigkeiten zu verneinen, die den sogenannten Kernbereich ärztlicher Tätigkeiten umfasst.¹³³ Darunter werden solche Tätigkeiten verstanden, die wegen ihrer Schwierigkeiten, ihrer Gefährlichkeit oder wegen der Unvorhersehbarkeit potentieller Reaktionen ärztliches Fachwissen erfordern und daher ausschließlich vom Arzt durchgeführt werden dürfen.¹³⁴ Hiervon erfasst sind unter anderem die Anamnese, Indikationsstellung, Untersuchung des Patienten, invasive Diagnostik, Diagnosestellung, Befundung, therapeutische Entscheidungen, komplexe Injektionen, operative Maßnahmen sowie die Aufklärung und Beratung des Patienten.¹³⁵ Entscheidend für die Beurteilung der Delegationsfähigkeit soll das im Einzelfall durch eine Abwägung zu bestimmende Risiko sein, dass mit der betreffenden Tätigkeit für den Patienten verbunden ist.¹³⁶

IV. Übertragung auf die Einbestellung

1. Delegationsfähigkeit der Einbestellung während des Behandlungstermins

Die Frage, ob der Arzt die Einbestellung des Patienten an das nichtärztliche Personal delegieren kann, stellt sich in erster Linie für Fälle, bei denen der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung hinweist. Im Regelfall weist der Arzt den Patienten im persönlichen Behandlungsgespräch darauf hin, dass er sich innerhalb eines bestimmten Zeitkorridors zur weiteren Behandlung vorstellen müsste. Anschließend vereinbart der Patient mit der Sprechstundenhilfe des Arztes einen Behandlungstermin. Hierbei stellt sich die Frage, ob der Arzt die Einbestellung

¹³¹ *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (465); *Bergmann*, MedR 2009, 1 (6); *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 45.

¹³² *Bergmann*, MedR 2009, 1, (6); *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S. 45.

¹³³ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Kap. X Rn. 58; *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (465); *Peikert*, MedR 2000, 352 (355); *Hahn*, NJW 1981, 1977 (1980); *Rieger*, MedR 1994, 7 (8).

¹³⁴ BGH, NJW 1975, 2245 (2246); OLG Dresden, MedR 2009, 410 (411); *Bohne*, Delegation ärztlicher Tätigkeiten, S. 23; *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (466); *Laufs/Kern/Rehborn*, ArztR-HdB § 49 Rn. 6.

¹³⁵ OLG Köln, VersR 1993, 1487; OLG München, VersR 1994, 1113; *Narr*, MedR 1989, 215 (216); *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. X. Rn. 58; *Laufs/Kern/Rehborn*, ArztR-HdB § 49 Rn. 6.

¹³⁶ *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (465).

des Patienten an das nichtärztliche Personal delegieren kann. Dieses Erfordernis kann sich in der ambulanten sowie stationären Behandlung stellen, wenn der Patient sowohl vom ärztlichen als auch vom nichtärztlichen Personal behandelt wird. Aus organisatorischen Gründen kann es für die Behandlungsseite zweckmäßiger sein, wenn die Einbestellung durch das nichtärztliche Personal erfüllt wird, wenn der behandelnde Arzt beispielsweise bereits mit der Behandlung eines weiteren Patienten beschäftigt ist, die Auswertung erhobener Befunde den betreffenden Behandlungstermin überdauert und während des Termins zudem keine weiteren Tätigkeiten mehr durchzuführen sind, die dem Kernbereich ärztlicher Aufgaben zuzuordnen ist. Anhand dieser Erwägungen wird ersichtlich, dass die Delegation der Einbestellung des Patienten an das nichtärztliche Personal zweckmäßig ist, da sie der Behandlungsseite organisatorische Handlungsspielräume eröffnet, die den Behandlungsalltag wesentlich erleichtern. Jedoch ist die Einbestellung des Patienten innerhalb der therapeutischen Aufklärung verankert. Diese ist dem Kernbereich ärztlicher Tätigkeit zuzuordnen, da sie darauf ausgerichtet ist, den Heilungserfolg sicherzustellen und ihr zugleich eine Warnfunktion zukommt. Deutet das Beschwerdebild des Patienten auf eine schwerwiegende Erkrankung hin, ist es erforderlich, dass die Ernsthaftigkeit der Situation dem Patienten im Behandlungsgespräch deutlich vor Augen geführt wird. Teilweise wird vertreten, dass der Patient eher geneigt ist, einer Empfehlung Folge zu leisten, die ihm vom Arzt zugetragen wird, während mit einer Empfehlung durch das nichtärztliche Personal in höherem Ausmaß die Gefahr verbunden ist, dass ihr der Patient nicht das erforderliche Gewicht beimisst und die Bedeutsamkeit der Empfehlung dadurch unterschätzt.¹³⁷ Auch wenn diese Erwägungen nicht verallgemeinerungsfähig sind, muss der Umstand berücksichtigt werden, dass eine persönliche Aufklärung durch den behandelnden Arzt mit einem höherem Akzeptanzniveau durch den Patienten verbunden ist, der gerade den betreffenden Arzt aufgesucht hat und daher dessen Empfehlung mit einem höheren Grad an Wahrscheinlichkeit Folge leisten wird. Der Arzt kann dadurch sicherstellen, dass der Patient dem Zeitpunkt der weiteren Behandlungstermine wesentliche Bedeutung für den Behandlungserfolg beimisst, indem er ihn hierauf ausdrücklich hinweist. Bedenken gegen die Delegationsfähigkeit der Einbestellung während des Behandlungstermins resultieren ferner aus dem Umstand, dass die Einbestellung fachliches Detailwissen erfordert, über welches das nichtärztliche Personal regelmäßig nicht verfügt. Teilweise wird dagegen vertreten, dass aufgrund fehlender Einschränkungen im Wortlaut und der Gesetzesbegründung eine Delegation der therapeutischen Aufklärung an nichtärztliches Personal „unein-

¹³⁷ *Achterfeld*, Delegation ärztlicher Leistungen, S.151; *dies.*, MedR 2012, 140 (142); a. A. *Frahm*, VersR 2009, 1576 (1578), der es bei der Bewertung einer hypothetischen Einwilligung für nicht nachvollziehbar erachtet, wenn ein Patient behauptet, er habe dem nichtärztlich geführten Gespräch nicht dasselbe Gewicht beigemessen wie einem Gespräch mit dem Arzt.

geschränkt“ möglich sei.¹³⁸ Hierfür spreche auch, dass die therapeutische Aufklärung wesentlich simpler durchzuführen sei als die Selbstbestimmungsaufklärung. Im Rahmen der therapeutischen Aufklärung sei lediglich die „bloße Nennung einer Diagnose, einer notwendigen Maßnahme, deren Dringlichkeit und/oder eines Verhaltenshinweises“ ausreichend.¹³⁹ Diesen Erwägungen ist teilweise zuzustimmen, jedoch können sie nicht auf sämtliche Behandlungssituationen uneingeschränkt übertragen werden. Ist bei einem Patienten während eines mehrtägigen oder gar mehrwöchigen stationären Aufenthalts eine Vielzahl von routinemäßigen Blutentnahmen erforderlich, liegt es fern, dass der Arzt nicht anlässlich jeder Blutentnahme beim Patienten erscheint, um ihn auf die therapeutische Notwendigkeit dieser Blutentnahme hinzuweisen. Selbst das nichtärztliche Personal wird keine besondere Aufklärung vor jeder Blutentnahme durchführen und der Patient auch nicht auf eine solche bestehen. Anders verhält es sich jedoch, wenn bei einem Herzinfarktiskopatienten ein Befund vorliegt, der auf die Gefahr eines Herzinfarktes hindeutet und eine Abklärung binnen weniger Wochen erforderlich ist. In derartigen Fällen ist eine therapeutische Aufklärung an das nichtärztliche Personal fernliegend. Die Bedeutung und Tragweite des Befundes und der weiteren Behandlungsmaßnahmen sind vielmehr innerhalb des ärztlichen Kernbereichs zu verorten. Tritt daher ein bedeutsamer Befund zutage, der auf eine schwerwiegende Erkrankung hindeutet, die dringlich innerhalb eines bestimmten Zeitintervalls weiterbehandelt werden muss und die engmaschige Mitwirkung des Patienten erfordert, ist eine Delegationsfähigkeit zu verneinen. Vielmehr ist es naheliegend, dass die Aufklärung dann durch den Arzt erfolgt. Dies gebietet zum einen das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. Zum anderen kann der Arzt dadurch sicherstellen, dass dem Patienten die Bedeutsamkeit des Befundes und die Dringlichkeit der weiteren Behandlung vor Augen geführt werden. Insbesondere der Hinweis auf das potenzielle oder bereits bestätigte Erkrankungsbild und die möglichen Folgen einer unterbleibenden Weiterbehandlung sind dem Kernbereich ärztlicher Tätigkeit zuzuordnen, da sie die Fragen der Diagnostik betreffen und eine unvollständige Aufklärung hinsichtlich dieser Fragen dazu führen kann, dass der Patient die Dringlichkeit der Weiterbehandlung unterschätzt und dadurch seine Gesundheit gefährdet wird. Zudem würde eine Delegation in diesen Fällen keine ökonomische Entlastung mit sich bringen. Der Arzt müsste zunächst das nichtärztliche Personal in jeder individuellen Behandlungssituation ausführlich schulen, damit dieses anschließend den Patienten aufklären kann. Eine zeitliche Entlastung kann hierin nicht erblickt werden. Ferner hält die Judikatur für den Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung eine Aufklärung durch nichtärztliches Personal sogar dann für unzureichend, wenn sich der Arzt während der Aufklärung im selben Raum befindet und für Rückfragen des

¹³⁸ Hegerfeld, *Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten*, S. 276 f.

¹³⁹ Hegerfeld, *Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten*, S. 276 f.

Patienten zur Verfügung steht.¹⁴⁰ Danach ist die Aufklärung originäre Aufgabe des Arztes, die nicht nach § 278 BGB auf nichtärztliches Personal delegierbar ist.¹⁴¹ Die Delegationsfähigkeit der Einbestellung während des Behandlungstermins ist daher unter dem Gesichtspunkt der Komplexität und Gefährlichkeit zu verneinen, soweit es um wesentliche Informationen geht, die die Behandlung maßgeblich prägen, was etwa bei bedeutsamen oder gefahrenträchtigen Befunden der Fall ist. Ferner ist eine Delegationsfähigkeit zu verneinen, soweit es um Behandlungsabschnitte geht, die organisatorisch besonders risikoträchtig sind. Dies ist etwa bei der zeitlich gestreckten Behandlung der Fall, da der Arzt bei Beendigung eines Krankenhausaufenthalts oder sonstigen Behandlungstermins das Behandlungsgeschehen aus der Hand gibt und die therapeutische Aufklärung als Steuerungsinstrument dient, um die Mitwirkung des Patienten sicherzustellen. Allerdings ist es zulässig, dass der Arzt das nichtärztliche Personal in die Aufklärung einbezieht, indem dieses dem Patienten etwa schriftliche Informationen aushändigt und der Arzt im persönlichen Gespräch mit dem Patienten sicherstellt, dass dieser die Hinweise gelesen und verstanden hat.¹⁴² Klärt der Arzt den Patienten etwa im persönlichen Gespräch vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung auf, kann ein schriftlicher Einbestellungshinweis dem Patienten auch durch das nichtärztliche Personal ausgehändigt werden. Im Ergebnis dürften keine Unterschiede bestehen, da auch bei Befürwortung einer uneingeschränkten Delegationsfähigkeit der therapeutischen Aufklärung darauf hingewiesen wird, dass der Arzt für die ordnungsgemäße Organisation verantwortlich bleibt.

2. Delegationsfähigkeit der telefonischen Einbestellung

Die Frage, ob der Arzt die Einbestellung des Patienten an sein nichtärztliches Personal delegieren kann, stellt sich auch, wenn eine telefonische Einbestellungspflicht besteht, der Arzt den Patienten also während der Behandlung nicht vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt hat oder bei vollständiger Aufklärung die Auswertung der erhobenen Befunde auf ein ernsthaftes Erkrankungsbild deutet und die Behandlung dringend fortzusetzen ist. Fraglich ist zunächst, ob die telefonische Einbestellung des Patienten durch nichtärztliches Personal als Delegation oder reine Assistenz Tätigkeit zu qualifizieren ist. Für die Einordnung als reine Assistenz Tätigkeit ist anzuführen, dass es sich bei einer telefonischen Einbestellung lediglich um einen organisatorischen Vorgang handelt. Während der Arzt bei der persönlichen Einbestellung den Patienten in der Regel ausführlich therapeutisch aufklären und einbestellen kann, dient die telefonische Einbestellung nicht dazu, dass der Patient die medi-

¹⁴⁰ OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 41812.

¹⁴¹ OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 41812.

¹⁴² *Achterfeld*, MedR 2012, 140 (142).

zinischen Einzelheiten der Behandlung erfährt, sondern bezweckt lediglich das Erscheinen des Patienten. Das OLG Frankfurt hat beispielsweise bei der Bestätigung einer Einbestellungspflicht unter anderem angeführt, dass es sich um eine Verwaltungstätigkeit mit geringem Aufwand handelt.¹⁴³ Gegen eine Einordnung als reine Assistenz Tätigkeit kann jedoch der Aspekt der Gefahrenerhöhung sprechen. Die telefonische Einbestellung des Patienten ist allerdings auf den Hinweis beschränkt, dass er zur weiteren Behandlung erscheinen soll. Eine besondere Gefahrenerhöhung bei einer Einbestellung durch nichtärztliches Personal ist darin nicht erkennbar. Jedoch besteht die Einbestellungspflicht zu einem Zeitpunkt, zu dem die Weiterbehandlung aufgrund konkreter Anhaltspunkte medizinisch angezeigt ist. Die Erteilung eines Einbestellungshinweises kann somit nicht mit der erstmaligen telefonischen oder elektronischen Vereinbarung eines Behandlungstermins verglichen werden, dem man den Charakter einer Assistenz Tätigkeit beimessen kann. Eine Gefahrenerhöhung bei der Einbestellung kann darin erblickt werden, dass die Einbestellung des Patienten gänzlich versäumt oder fehlerhaft gegenüber diesem kommuniziert werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das nichtärztliche Personal nicht umfassend über das erforderliche Wissen verfügt, um dem Patienten die Erforderlichkeit der Weiterbehandlung vor Augen zu führen. Gegen eine Einordnung der telefonischen Einbestellung als reine Assistenz Tätigkeit spricht auch der Umstand, dass die Einbestellungspflicht bei unvollständiger Aufklärung des Patienten während des Behandlungstermins auch innerhalb der ärztlichen Pflicht zur Fehleroffenbarung aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB zu verorten ist.¹⁴⁴ Der Wortlaut des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB spricht dagegen, dass der Arzt bei unzureichender Aufklärung des Patienten, wenn ihm also ein Fehler unterlaufen ist, seine Fehleroffenbarungspflicht auf das nichtärztliche Personal übertragen kann. Für diese Deutung spricht auch, dass die Einbestellungspflicht in dieser Konstellation deshalb in § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB zu verorten ist, weil sie der „Abwendung gesundheitlicher Gefahren“ dient und die Einbestellungspflicht in diesen Fällen gerade daraus resultiert, dass der Patient bei unterbleibender oder verzögerter Weiterbehandlung einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt ist. Resultiert die Einbestellungspflicht somit aus § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB, ist sie stets mit einem Gefährdungsaspekt verknüpft. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Arzt im Falle einer unvollständigen Aufklärung hinter seinen ursprünglich ohnehin persönlich geschuldeten Leistungspflichten zurückbleibt und es daher konsequent erscheint, dass er verpflichtet ist, den Patienten im persönlichen Telefonat einzubestellen. Allerdings sind diese Erwägungen nicht auf Behandlungen übertragbar, bei denen der Arzt den Patienten bereits persönlich während des Behandlungstermins vollständig einbestellt hat, und die Einbestellungspflicht sich aus dem Vorliegen eines ausgewerteten Befun-

¹⁴³ OLG Frankfurt, MedR 1987, 187 (188).

¹⁴⁴ Sie hierzu die Ausführungen in Kap. 2 C. IV. 3.

des ergibt, der einen bestehenden Erkrankungsverdacht erhärtet oder bestätigt. In diesen Fällen kann sich die Delegationsfähigkeit der telefonischen Einbestellung unter dem Gesichtspunkt der Bagatelldaßnahme ergeben. Im Schrifttum wird teils die Auffassung vertreten, daß trotz der grundsätzlichen Aufklärungs-pflicht des Arztes das nichtärztliche Personal im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung aufklärungsbefugt sei, soweit dieses im Einzelfall in der Lage ist, den Patienten ordnungsgemäß zu informieren.¹⁴⁵ Allerdings wird die Delegationsfähigkeit der Aufklärungspflicht nur dort für zulässig erachtet, wo nichtärztliches Personal medizinisch unproblematische Routinemaßnahmen im Wege der Delegation ausführen dürfe.¹⁴⁶ Zwar berührt die telefonische Einbestellung auf den ersten Blick einen arztfernen Bereich, da der Einbestellungshinweis auf der einen Seite bei rein formaler Betrachtung keinen unmittelbaren Bezug zur medizinischen Behandlung aufweist, sondern lediglich auf die Vereinbarung eines Behandlungstermins gerichtet, also rein organisatorischer Natur ist und damit in den typischen Aufgabenbereich des nichtärztlichen Personals fällt. Auf der anderen Seite bezweckt die Einbestellung, daß die Behandlung fortgesetzt wird, betrifft also gerade den Kern der Behandlung. Ferner liegt bei einer zeitlich gestreckten Behandlung dem Erfordernis einer Weiterbehandlung bei vorausgegangener Befunderhebung häufig ein konkreter Befund zugrunde, der im Falle einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung zu teilweise schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen beim Patienten führen kann. Das nichtärztliche Personal verfügt im Regelfall nicht über das erforderliche Fachwissen, um die Bedeutsamkeit des ausgewerteten Befundes für die Gesundheit des Patienten zu beurteilen. Dies wird auch mit Blick auf die Rechtsprechung belegt, wonach der Behandelnde unter Umständen einer erstmaligen Weigerung des Patienten in die Einwilligung einer erforderlichen Untersuchung oder Behandlungsmaßnahme nicht nachgeben darf, sondern die Haltung des Patienten durch wiederholte und vehemente Überredungsversuche überwinden muss.¹⁴⁷ Die Einbestellung des Patienten ist daher grundsätzlich nicht delegationsfähig. Jedoch wird die Frage der Delegationsfähigkeit einer telefonischen Einbestellung nur dann relevant, wenn der Patient einer Einbestellung durch das nichtärztliche Personal keine Folge leistet, was nur in seltenen Fällen anzunehmen ist. Zudem ist eine Delegationsfähigkeit zu bejahen, wenn die Einbestellung des Patienten nicht dringlich ist. Genügt es beispielsweise, wenn der Patient innerhalb einiger Wochen zur weiteren Be-

¹⁴⁵ *Wagner*, VersR 2012, 789 (793); *Hassner*, VersR 2013, 29 f.; *Kern*, in: FS Weißauer 1986, S. 71 (86); a.A. *Achterfeld*, MedR 2012, 140 (142); *Bender*, VersR 2013, 962 (963).

¹⁴⁶ *Kern*, in: FS Weißauer 1986, S. 71 (86).

¹⁴⁷ BGH, VersR, 1954, 98 (99); OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 34; OLG Oldenburg, MedR 2011, 163 (165); OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 04420; OLG Köln, VersR 1996, 1021 (1022); OLG Stuttgart, MedR 1985, 175 (175). Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. c) dd).

handlung erscheint, kann der Arzt sein nichtärztliches Personal anweisen, den Patienten einzubestellen, muss jedoch bei Fernbleiben des Patienten tätig werden und den Patienten erneut einbestellen.

V. Fazit

Die Einbestellung des Patienten ist nicht delegationsfähig. Will der Arzt seine Einbestellungspflicht erfüllen, muss er den Patienten während des Behandlungstermins persönlich oder bei Abwesenheit des Patienten telefonisch einbestellen. Die telefonische Einbestellung kann im Regelfall jedoch auch durch das nicht-ärztliche Personal erfolgen, da der Arzt den Vorgang der Einbestellung kontrollieren kann, indem er bei Fernbleiben des Patienten erneut einen Einbestellungsversuch veranlasst. Kommt der Patient der Einbestellung allerdings nichts nach, ist der Arzt verpflichtet, den Patienten telefonisch einzubestellen.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem vierten Kapitel

Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten mündlich im persönlichen Behandlungsgespräch einzubestellen.

Besteht eine Einbestellungspflicht während der Abwesenheit des Patienten, hat der Arzt den Patienten zunächst telefonisch einzubestellen, wenn die Behandlung dringend fortzusetzen ist.

Kommt der Patient der telefonischen Einbestellung nicht nach, muss der Arzt den Patienten postalisch einbestellen. Hierbei muss der Arzt den Zugang des Einbestellungshinweises sicherstellen.

Inwieweit der Arzt seine Einbestellungspflicht erfüllt hat, ist unter Berücksichtigung sämtlicher Einzelfallumstände zu ermitteln

Die Verwendung von Formularen ist zur Einbestellung des Patienten grundsätzlich ungeeignet, da die therapeutische Aufklärung stets spezifisch auf die gesundheitliche Situation des Patienten ausgerichtet sein muss.

Inhaltlich muss der Arzt den Patienten auf die Dringlichkeit der Weiterbehandlung hinweisen und ihn auf konkret drohende Gesundheitsschäden hinweisen, soweit diese aus einer verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung resultieren können.

Besteht eine Diagnose oder ein Diagnoseverdacht, ist der Arzt grundsätzlich verpflichtet, den Patienten darüber aufzuklären.

Das Gebot der schonenden Aufklärung beeinflusst den Inhalt der therapeutischen Aufklärung und damit der Einbestellung im Regelfall nicht.

Die Einbestellung ist als Bestandteil der therapeutischen Aufklärungspflicht grundsätzlich nicht delegationsfähig. Besteht jedoch ein zeitlicher Spielraum bis zur erforderlichen Weiterbehandlung, kann der Arzt die Einbestellung des Patienten durch sein nichtärztliches Personal veranlassen, muss jedoch den Einbestellungsvorgang überwachen und bei Fernbleiben des Patienten den Patienten selbst einbestellen.

Einbestellung und Patientenmitverschulden

A. Problemstellung und Untersuchungsziele

Im ersten Kapitel wurde aufgezeigt, dass die Fehlerquellen bei der zeitlich gestreckten Behandlung auch beim Patienten zu verorten sind.¹ Überführt man diesen rechtstatsächlichen Befund in rechtliche Kategorien, stellt sich die Frage, unter welchen Umständen bei einer fehlerhaften Einbestellung ein anspruchverkürzendes Mitverschulden des Patienten bei der Schadensentstehung zu berücksichtigen ist. Die primäre Herausforderung bei der Beantwortung dieser Frage liegt hierbei in der Einzelfallabhängigkeit jeder Behandlungssituation, welche die Ermittlung abstrakter Parameter für die Annahme eines Patientenmitverschuldens erschweren kann. Die Voraussetzungen, aufgrund derer ein anspruchverkürzendes Mitverschulden des Patienten zu berücksichtigen ist, sind insgesamt wenig ergründet.² Nachfolgend soll daher der Versuch unternommen werden, relevante Anknüpfungspunkte für ein Mitverschulden des Patienten im Falle seines Fernbleibens von der weiteren Behandlung herauszuarbeiten. Im Einzelnen werden zunächst die Grundlagen der Mitverantwortlichkeit nach § 254 BGB zusammengefasst dargestellt. Anschließend wird die gegenwärtige Ausgangslage des Patientenmitverschuldens bei der Arzthaftung nachgezeichnet. Anhand der bereits im zweiten Kapitel dargestellten Fallgruppen einer zeitlich gestreckten Behandlung soll anschließend erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen ein Patientenmitverschulden zu bejahen ist. Im Anschluss hieran sollen weitere Anknüpfungspunkte für ein Patientenmitverschulden aufgezeigt werden, die sich zwar ebenfalls auf die zeitlich gestreckte Behandlung beschränken, jedoch teilweise auch auf die gesamte Behandlung übertragen werden können.

B. Grundgedanke und Voraussetzungen des § 254 BGB

Nach herrschender Auffassung ist § 254 BGB innerhalb des Verantwortlichkeitsprinzips zu verorten.³ Bezugspunkt des Mitverschuldens ist ein obliegen-

¹ Siehe 1. Kap. E. II.

² BeckOK BGB/*Katzenmeier*; BGB § 630c Rn. 5.

³ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 118 und 125 f.; *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 23; *Venzmer*, Mitverursachung, S. 110.

heitswidriges Verhalten des Geschädigten gegen die eigenen Belange.⁴ Die Obliegenheit wird hierbei als Rechtspflicht minderen Grades verstanden, deren Einhaltung im eigenen Interesse des Belasteten liegt.⁵ Eine Verletzung führt nicht zu einer Schadensersatzpflicht, kann aber mit dem Verlust vorteilhafter Rechtspositionen verbunden sein.⁶ Nach der Formel des BGH liegen die Voraussetzungen für ein Mitverschulden nach § 254 BGB vor, wenn „diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt“⁷. Es handelt sich um einen objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsbegriff, der in § 276 Abs. 2 BGB zu verorten ist.⁸ Maßgeblich für die verkehrserforderliche Sorgfalt sind nach herrschender Auffassung das Wissen und die Fähigkeiten eines durchschnittlich besonnenen, vernünftigen und gewissenhaften Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises.⁹ Dieser objektivierte Sorgfaltsmaßstab gilt auf der Tatbestandsseite entsprechend für den Geschädigten.¹⁰ Der Grund für die Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes ist im Verkehrsschutz zu erblicken.¹¹ Der Verkehr muss darauf vertrauen können, dass der Schuldner über diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die zur Erfüllung seiner Pflichten erforderlich sind.¹² Die Möglichkeit des Schuldners, sich auf unterdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten zu berufen, würde diesem Bedürfnis nicht Rechnung tragen.¹³ Ferner setzt eine Anspruchskürzung nach § 254 BGB voraus, dass der Geschädigte den entstandenen Schaden kausal mitverursacht hat.¹⁴ Dies wird bereits mit Blick auf den Wortlaut des § 254 Abs. 1 BGB deutlich. Die Kausalität ist Mindestvoraussetzung für die objektive Zurechenbarkeit eines Erfolges zu einem bestimmten Verhalten.¹⁵ Im Regelfall ist die Kausalität unter Zugrundelegung der Äquivalenztheorie zu ermitteln.¹⁶ Allerdings zeigt die Äquivalenztheorie im Falle der konkurrierenden Kausalität Schwächen auf und bedarf daher der Modifizierung.¹⁷ Bei der Einbe-

⁴ BGH, NJW-RR 2015, 1180 (1181); BGH, NJW 2001, 149 (150); BGH, NJW 1979, 1366; BGH, NJW 1972, 36 (38); *Schmidt*, Obliegenheiten, S. 106; MüKoBGB/*Oetker*, § 254 Rn. 30; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 194 ff. mit Ausführungen zu offenen Fragen.

⁵ *Wieling*, AcP 176 (1976), 334 (346).

⁶ *Schmidt*, Obliegenheiten, S. 104, 314; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 195.

⁷ BGH, NJW-RR 2010, 848 (848).

⁸ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 339; *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 29.

⁹ BGH, NJW 1997, 1635 (1635); MüKoBGB/*Grundmann*, BGB § 276 Rn. 54; *Spickhoff/Knauer/Brose*, Medizinrecht, StGB § 222 Rn. 17.

¹⁰ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 339.

¹¹ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 340.

¹² *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 340.

¹³ *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S. 140.

¹⁴ BGH, NJW 1991, 166 (167); BGH, NJW-RR 1986, 1083 f.

¹⁵ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 318.

¹⁶ BGH, NJW 1951, 711 (711).

¹⁷ Ausf. hierzu *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 319 ff.

stellungspflicht bereitet die Kausalität des Patientenmitverschuldens regelmäßig keine Probleme.¹⁸ Sie ist an die Kausalität der unterlassenen oder verzögerten Behandlungsmaßnahme geknüpft. Gelangt das Gericht zu dem Schluss, dass der eingetretene Gesundheitsschaden bei rechtzeitiger Vornahme der indizierten Maßnahme nicht eingetreten wäre, und hat der Patient an der Verzögerung mitgewirkt, indem er trotz entsprechender Aufklärung dem Termin ferngeblieben ist, bedeutet die Kausalität der unterlassenen Einbestellung für den Gesundheitsschaden zugleich, dass die unterlassene Wiedervorstellung ebenfalls quasikausal zum Eintritt des Gesundheitsschadens beigetragen hat.

C. Patientenmitverschulden im Arzthaftungsrecht

I. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für ein Mitverschulden des Patienten ist ebenfalls die Vorschrift des § 254 BGB.¹⁹ Zwar hat der Gesetzgeber in § 630c Abs. 1 BGB Mitwirkungsobliegenheiten des Patienten bezeichnet, die im Falle ihrer Verletzung zu einem Mitverschulden führen können. Allerdings kommt der Vorschrift auch mit Blick auf das Mitverschulden des Patienten nur eine klarstellende Funktion zu, da sie konkrete Voraussetzungen für ein Mitverschulden des Patienten nicht benennt. Der Gesetzgeber beschränkt sich in seiner Begründung auf die beispielhafte Aufzählung allgemein anerkannter Obliegenheiten des Patienten, wie die Offenlegung behandlungsrelevanter Umstände sowie der Mitteilung seiner körperlichen Verfassung.²⁰ Das Mitverschulden des Patienten ergibt sich zum einen aus § 254 Abs. 1 BGB. Zum anderen ist es jedoch auch möglich, dass die fehlende Wiedervorstellung des Patienten oder ein anderes Verhalten seine Schadensabwendungs- oder Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 BGB auslöst.²¹

II. Besonderheiten im Arzt-Patienten-Verhältnis

1. Restriktive Anwendung

Bei der Annahme eines Patientenmitverschuldens verfolgt die Rechtsprechung eine zurückhaltende Linie, „wonach aufgrund des ärztlichen Wissens- und Informationsvorsprungs gegenüber dem medizinischen Laien [...] bei der Bejahung mitverschuldensbegründender Obliegenheitsverletzungen des Patienten grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist“²². Von diesem Ansatz ausgehend weist der

¹⁸ Ausnahme: BGH, NJW 1992, 2961.

¹⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

²⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 21; weitere Beispiele in BeckOK BGB/*Katzenmeier*; BGB § 630c Rn. 4.

²¹ *Göben*, Mitverschulden, S. 55.

²² BGH, NJW 1997, 1635 (1635).

BGH darauf hin, dass der Einwand des Mitverschuldens gegenüber dem Patienten im Bereich der ärztlichen Aufklärung nur in Ausnahmefällen durchgreifen könne.²³ Für die vorliegende Untersuchung ist entscheidend, dass der BGH diesen Gedanken auch auf die therapeutische Aufklärung bezieht und hierbei ebenfalls maßvolle Anforderungen an den Patienten stellt.²⁴ Konkret bemerkbar macht sich dies etwa im Bereich der Nachfrageobliegenheiten. Dem Patienten obliegt es nur dann, unvollständige Informationen beim Arzt zu erfragen, wenn sich die Unvollständigkeit der ärztlichen Information jedem Laien aufdrängen muss oder dem Patienten aufgrund seines besonderen persönlichen Wissens klar sein muss, dass der Arzt ihn unvollständig aufgeklärt hat.²⁵ Der vom BGH entwickelte Ansatz findet im Schrifttum überwiegend Zuspruch²⁶, da es typischerweise die Pflicht des Arztes sei, Aufklärungswunsch und Aufklärungsbedürfnis des Patienten im gemeinsamen Behandlungsgespräch zu ermitteln.²⁷

2. Kritik

Die restriktive Handhabung des Patientenmitverschuldens durch die Gerichte erfährt allerdings auch zunehmend Kritik. Der Rechtsprechung wird vorgeworfen, dass sie auf der einen Seite stetig höhere Sorgfaltsanforderungen an den Arzt richte, sich jedoch auf der anderen Seite bei der Annahme eines Patientenmitverschuldens nach wie vor auffallend zurückhalte.²⁸ Dies laufe jedoch dem Leitbild des Patienten vom mündigen Patienten zuwider.²⁹ Damit dieses Leitbild nicht leerlaufe, müsse die Rechtsprechung der Eigenverantwortlichkeit des Patienten auch dann Rechnung tragen, wenn dies für ihn nachteilhaft ist.³⁰ Hierzu sei es erforderlich, dass sich die Mündigkeit des Patienten auch im Haftungsrecht niederschlage, indem er in höherem Maß bei der Schadensverteilung beteiligt wird.³¹ Als Kehrseite der Mündigkeit des Patienten müsse dieser für die Folgen seiner Entscheidungen in Verantwortung gezogen werden.³² Die gegenwärtige Linie der Judikatur zum Patientenmitverschulden sei vor diesem Hintergrund

²³ BGH, NJW 1997, 1635 (1635); BGH, NJW 1979, 1933 (1935); BGH, NJW 1976, 363 (364).

²⁴ BGH, NJW 2009, 2820 (2822); BGH, NJW 1997, 1635.

²⁵ BGH, NJW 1997, 1635 (1636).

²⁶ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 314.

²⁷ *Göben*, Mitverschulden, S. 71 f.; BeckOK BGB/*Katzenmeier*, BGB § 630c Rn. 5.

²⁸ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 20; *Hausch*, VersR 2007, 167; *ders.*, Der grobe Behandlungsfehler, S. 444; *Göben*, Mitverschulden, S. 1; *Imhof*, Einfluss des Patienten, S. 260; *Tamm*, VersR 2005, 1365 (1366); *Taupitz/Jones*, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (70).

²⁹ *Imhof*, Einfluss des Patienten, S. 260.

³⁰ *Taupitz/Jones*, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (72).

³¹ *Koyuncu*, PharmR 2005, 289 (290).

³² *Bollweg/Brahms*, NJW 2003, 1505 (1507).

überwiegend von Billigkeitserwägungen getragen.³³ Billigkeitserwägungen seien jedoch im Rahmen der Mitverschuldensprüfung nach § 254 BGB unbeachtlich und dürften daher keine Berücksichtigung finden.³⁴ Als dogmatisches Argument wird ferner angeführt, dass der Patient meist ungefähr wisse, welche Obliegenheiten ihn im Rahmen der Behandlung treffen und seine Unkenntnis lediglich die konkrete Schadensfolge umfasse.³⁵ Diese sei jedoch nicht Bezugspunkt des Verschuldens, sondern nur die rechtswidrige Pflichtverletzung.³⁶ Da die Prüfung des § 254 BGB spiegelbildlich zu der des Fremdverschuldens erfolge, könne beim Patientenmitverschulden nichts anderes gelten.³⁷

3. Bewertung

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung des § 630c Abs.1 BGB ist die Frage aufzuwerfen, ob die dargestellte Linie zum Patientenmitverschulden uneingeschränkt aufrechterhalten werden kann oder die kritischen Stimmen einen vorzugswürdigen Weg aufzeigen. Der Gesetzgeber spricht in seiner Begründung vom mündigen Patienten, erwähnt jedoch nicht die genannte Informationsasymmetrie. Auch die Formulierung des § 630c Abs.1 BGB lässt einen derartigen Rückschluss nicht ohne Weiteres zu. Insgesamt lässt sich diese Entwicklung somit auch dahingehend deuten, dass den Obliegenheiten des Patienten eine größere Bedeutung beizumessen ist.³⁸ Auch im Bereich der therapeutischen Aufklärung ist es erforderlich, den relevanten Umständen des Einzelfalls gegenüber abstrakten Erwägungen und einer pauschalen Ablehnung oder Bejahung des Patientenmitverschuldens den Vorrang einzuräumen.³⁹ Die Grenze ist allerdings dort anzusetzen, wo eine kritische Haltung des Patienten gegenüber dem Arzt zu einer Beeinträchtigung der Vertrauensbeziehung führen kann. Die Erkennbarkeit des Erfolges wird auch auf Seiten des Geschädigten durch den Vertrauensgrundsatz beschränkt.⁴⁰ Danach darf grundsätzlich jeder Verkehrsteilnehmer auf rechtmäßiges Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer vertrauen.⁴¹ Selbst die Kenntnis, dass ein bestimmtes Fehlverhalten mit einer gewissen statistischen Wahrscheinlichkeit auftritt, stellt die Geltung des Vertrauensgrundsatzes nicht in Frage.⁴²

³³ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 270; *Imhof*, Einfluss des Patienten, S. 259; *Hausch*, VersR 2007, 167 (174).

³⁴ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 270; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 146.

³⁵ *Imhof*, Einfluss des Patienten, S. 258.

³⁶ *Imhof*, Einfluss des Patienten, S. 259.

³⁷ *Imhof*, Einfluss des Patienten, S. 258 f.

³⁸ BeckOK BGB/Katzenmeier, BGB § 630c Rn. 4.

³⁹ So auch *Koyuncu* für das Patientenmitverschulden insgesamt, *Koyuncu*, PharmR 2005, 289 (290).

⁴⁰ BGH, NJW 1982, 1756 (1757); BGH, NJW 1966, 1211 (1212 f.); *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 347 ff.; ähnl. *Rother*, Haftungsbeschränkung, S. 120 ff.

⁴¹ *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 348.

⁴² *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 348.

Der Vertrauensgrundsatz ist erst dort ausgeschlossen, wo konkrete Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Verhalten erkennbar sind.⁴³ Andernfalls muss der Geschädigte keine Vorkehrungen gegen das rechtswidrige Verhalten anderer treffen.⁴⁴ Zwar handelt es sich hierbei um Grundsätze, die vornehmlich in der Rechtsprechung zur Deliktshaftung im Straßenverkehr und der Verkehrssicherung in öffentlichen Räumen ihren Ursprung haben.⁴⁵ Allerdings müssen diese Grundsätze auch dort anwendbar sein, wo sich eine kraft ihrer Expertenstellung überlegene Partei vertraglich zur Erbringung bestimmter Leistungen verpflichtet. Die Rechtsprechung zu den Mitwirkungsobliegenheiten des Patienten wird diesen Erfordernissen grundsätzlich gerecht, da diese erst dann angenommen werden, wenn sich die Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit der ärztlichen Aufklärung dem Patienten aufdrängen muss.⁴⁶ Erst unter diesen Voraussetzungen liegen für den Patienten konkrete Anhaltspunkte vor, die den Vertrauensgrundsatz beseitigen. Vom Patienten kann daher abgesehen von diesen Fällen nicht verlangt werden, Befundergebnisse, Diagnosen oder therapeutische Ansätze in Frage zu stellen, da in diesen Fällen eine konkrete Informationsasymmetrie besteht. Der Patient muss deshalb von der Sinnhaftigkeit und Richtigkeit ärztlicher Empfehlungen ausgehen.⁴⁷ Insgesamt ist es daher vorzugswürdig, anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Mitverschulden des Patienten erfüllt sind und von pauschalen Entscheidungslinien zugunsten des Arztes oder des Patienten abzusehen. Ferner vermag auch das Argument nicht zu überzeugen, wonach der Patient die konkrete Schadensfolge nicht kennen müsse. Hiergegen ist anzuführen, dass die Fahrlässigkeit im Rahmen des § 276 Abs. 2 BGB auch die Erkennbarkeit der Gefahrverwirklichung⁴⁸ und Vorhersehbarkeit des Erfolges voraussetzt.⁴⁹ Zwar muss der konkrete Ablauf der Schadensentwicklung nicht im Einzelnen voraussehbar sein, jedoch muss überhaupt mit einem Erfolg der eingetretenen Art zu rechnen sein.⁵⁰ Dies kann jedoch nicht als Regelfall unterstellt werden, solange der Arzt den Patienten nicht entsprechend aufgeklärt hat. Vom durchschnittlich gebildeten Patienten kann in aller Regel nicht verlangt werden, aufgrund fortbestehender Schmerzen die Dringlichkeit der Behandlung sowie die konkreten potenziellen Gefahren der Nichtbehandlung zu erkennen. Zwar ist dem Patienten ein pauschales Bewusstsein zu unterstellen, dass die nachlässige Wahrnehmung von Behandlungstermi-

⁴³ Looschelders, Mitverantwortlichkeit, S. 348.

⁴⁴ Looschelders, Mitverantwortlichkeit, S. 348.

⁴⁵ Lippert, NJW 1984, 2606 (2610); MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276 Rn. 71.

⁴⁶ OLG Stuttgart, VersR 2002, 1563 (1564); zust. Taupitz/Jones, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (71 f.).

⁴⁷ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

⁴⁸ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276 Rn. 68.

⁴⁹ BeckOK BGB/Lorenz, BGB § 276 Rn. 28.

⁵⁰ BeckOK BGB/Lorenz, BGB § 276 Rn. 28; BGH, NJW 1977, 763 (764).

nen seiner Gesundheit nicht zuträglich ist. Daher obliegt es ihm zwar im Allgemeinen, einen Arzt aufzusuchen, wenn eine Verschlechterung seines Gesundheitszustandes dies nahelegt.⁵¹ Allerdings rechnet der Patient ohne eine konkrete Aufklärung oder spezifische Anhaltspunkte nicht damit, dass die Versäumung eines Behandlungstermins mit schwerwiegenden Gesundheitsschäden verbunden ist. Insoweit besteht damit ohne entsprechende Aufklärung ein Wissens- und Informationsdefizit auf Seiten des Patienten. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Linie des BGH zum Mitverschulden des Patienten ihre Aktualität behält. Zwar kann dem durchschnittlich informierten Patienten bei einigen spezifischen Symptomen auch die Kenntnis der möglichen konkreten Schadensfolgen unterstellt werden. Einem Patienten mit Atemnot und stark in den linken Arm hinausstrahlenden Brustschmerzen ist zu unterstellen, dass er um die Gefahr eines Herzinfarktes weiß.⁵² Selbiges gilt für die Gefahr von Langzeitschäden bei einem mit Lähmungserscheinungen einhergehenden Sprachverlust.⁵³ Allerdings handelt es sich hierbei offenkundig um bekannte Ausnahmefälle, die aufgrund ihrer Häufigkeit und Typizität der Symptome in breiten Bevölkerungsteilen als bekannt vorauszusetzen sind.⁵⁴ Dies kann jedoch nicht pauschal auf andere Erkrankungsbilder übertragen werden. Die dargestellte Kritik an der Rechtsprechung zum Patientenmitverschulden vermag daher nicht zu überzeugen. Im weiteren Verlauf der Untersuchung zum Patientenmitverschulden soll fallgruppenspezifisch untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen den Patienten ein Mitverschulden trifft, wenn er der Behandlung fernbleibt und ob die Rechtsprechung mit ihrer restriktiven Linie zu vorzugswürdigen und konsistenten Ergebnissen gelangt.

D. Fehlerhafte Einbestellung und Patientenmitverschulden

I. Versäumung des Behandlungstermins als Anknüpfungspunkt

Bei der zeitlich gestreckten Behandlung ist für die Erörterung des Patientenmitverschuldens an die Versäumung erforderlicher Behandlungstermine anzuknüpfen. Hierbei kann unterschieden werden zwischen der vorzeitigen Entlassung aus einem stationären Krankenhausaufenthalt entgegen ärztlichem Rat⁵⁵ sowie der fehlenden Wahrnehmung eines erforderlichen Behandlungstermins.⁵⁶ In

⁵¹ OLG München, MedR 2006, 174 (176).

⁵² Gödicke, MedR 2017, 148 (149).

⁵³ Gödicke, MedR 2017, 148 (149).

⁵⁴ Gödicke, MedR 2017, 148 (149).

⁵⁵ BGH, NJW 2009, 2820.

⁵⁶ OLG Köln, VersR 2015, 1173; OLG Stuttgart, VersR 2002, 1563.

beiden Fällen wird ersichtlich, dass die Ermittlung des Patientenmitverschuldens von der Frage abhängt, wie vollständig der Arzt den Patienten während des Behandlungsgesprächs über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung aufgeklärt hat. Für die Ermittlung des Patientenmitverschuldens in diesen Fällen ist somit an die bereits im Rahmen der therapeutischen Aufklärung gebildeten Fallgruppen anzuknüpfen. Ausgangspunkt ist hierbei die Feststellung, dass die Wahrnehmung eines vereinbarten Behandlungstermins spiegelbildlich der Pflicht des Arztes entspricht, eine unbeendete Behandlung abzuschließen und die erforderlichen Kontrolluntersuchungen durchzuführen.⁵⁷

II. Dogmatische Verortung des versäumten Behandlungstermins

Bleibt der Patient einem Behandlungstermin fern, stellt sich die Frage, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt dieses Verhalten dogmatisch zu verorten ist. Teilweise wird das Fernbleiben des Patienten auf der Kausalitätsebene verortet.⁵⁸ Andere Stimmen plädieren für eine Verortung auf der Mitverschuldensebene.⁵⁹ Zur Veranschaulichung dieser Problematik eignet es sich, ein Urteil des OLG Koblenz näher zu betrachten.⁶⁰ Der Arzt hatte dem Patienten fehlerhaft geraten, sich innerhalb von sechs Monaten erneut vorzustellen. Der Patient hatte behauptet, dass eine Einbestellung innerhalb von drei Monaten angezeigt gewesen wäre, ist aber selbst nach sechs Monaten nicht zur weiteren Behandlung erschienen. Der Senat verortet diesen Umstand auf der Kausalitätsebene zu Lasten des Patienten:

„Denn es ist zweifelhaft, ob der Kl. einer Auflage des Bekl., sich kurzfristig wieder vorzustellen, überhaupt nachgekommen wäre. Dadurch wird die Schadensursächlichkeit des Versäumnisses, das er dem Bekl. anlastet, unabhängig von der aus der Natur der Krankheit herrührenden Ungewissheit in Frage gestellt.“⁶¹

Der vom OLG Koblenz eingeschlagene Weg, das Fernbleiben des Patienten auf der Kausalitätsebene zu verorten, wird in der Literatur vereinzelt kritisiert.⁶² Hierzu wird angeführt, dass die Kausalitätsebene und die Mitverschuldensebene voneinander unterschieden werden müssten und die Non-Compliance des Patienten stets innerhalb des Mitverschuldens zu prüfen sei.⁶³ Die dogmatische Verortung eines versäumten Behandlungstermins kann jedoch nicht stets innerhalb desselben rechtlichen Gesichtspunkts verortet werden. Deutlich wird dies, wenn

⁵⁷ Göben, Mitverschulden, S. 55.

⁵⁸ OLG Koblenz, MedR 2011, 46 (48).

⁵⁹ Gerecke, MedR 2011, 48 (49).

⁶⁰ OLG Koblenz, MedR 2011, 46.

⁶¹ OLG Koblenz, MedR 2011, 46 (48).

⁶² Gerecke, MedR 2011, 48.

⁶³ Gerecke, MedR 2011, 48 (49).

man sich einen Fall vor Augen führt, bei welchem der Patient einem Behandlungstermin fernbleibt, nachdem der Arzt ihn vollständig therapeutisch aufgeklärt hat. In dieser Konstellation liegt bereits kein Behandlungsfehler des Arztes vor, da er den Patienten vollständig aufgeklärt hat. Das Fernbleiben des Patienten hat in dieser Konstellation haftungsrechtlich keine Bedeutung, da sein Schadensersatzanspruch bereits auf der Ebene der Pflichtverletzung scheitert. Für eine Verortung auf der Mitverschuldensebene ist in diesem Fall somit kein Raum, da bereits die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht erfüllt sind. Anders verhält es sich, wenn der Patient beweisen kann, dass der Arzt ihn unvollständig therapeutisch aufklärt hat. In diesen Fällen ist das Fernbleiben des Patienten auf der Ebene des Mitverschuldens zu verorten und sein Anspruch einzuschränken oder gegebenenfalls gänzlich auszuschließen.⁶⁴

III. Fallgruppe: Unvollständige Aufklärung ohne Befunderhebung

1. Linie der Rechtsprechung

Klärt der Arzt den Patienten nicht vollständig über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung auf, erhöht sich das Risiko, dass der Patient dem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt. In dieser Fallgruppe wird der Patient zwar im Allgemeinen darüber aufgeklärt, dass er sich künftig erneut zur Behandlung vorstellen soll. Allerdings wird er nicht auf die Dringlichkeit einer spezifischen Befundabklärung hingewiesen, ihm wird also insbesondere der Faktor Zeit als wichtiges Kriterium nicht deutlich vor Augen geführt. In diesen Fällen wendet die Behandlungsseite oftmals ein, dass den Patienten ein Mitverschulden treffe, da er grundsätzlich über das Erfordernis der Weiterbehandlung aufgeklärt worden sei. Beispiele für diese Fälle finden sich in der Rechtsprechung. Exemplarisch ist etwa folgende Konstellation: Der Patient stellt sich mit einer Schwellung im Schläfenbereich beim Arzt vor, der ihm empfiehlt, sich gelegentlich beim Hausarzt vorzustellen. Die Schwellung ist auf einen Tumor zurückzuführen und wird erst nach drei Monaten mit entsprechender Verzögerung diagnostiziert. Nach den Ausführungen des Sachverständigen hätte der Arzt den Patienten veranlassen müssen, innerhalb von vierzehn Tagen wieder zu erscheinen.⁶⁵ Das OLG verneint ein Mitverschulden des Patienten, da dieser sich exakt an die therapeutischen Anweisungen des Arztes gehalten habe.⁶⁶ Stellt sich ein Patient mit unklaren Bauchschmerzen – die letztlich auf eine Appendizitis zurückzuführen sind – beim Arzt vor, kann ihm kein Mitverschulden angelastet werden, wenn er dem Rat des Arztes, bei Persistenz oder Verschlechterung der

⁶⁴ Gerecke, MedR 2011, 48 (49); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 679.

⁶⁵ OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

⁶⁶ OLG Stuttgart, VersR 2000, 1545 (1546).

Beschwerden sofort ein Krankenhaus aufzusuchen, keine Folge leistet.⁶⁷ Diese Linie entspricht der überwiegenden Rechtsprechung.⁶⁸ Zwar gibt es auch abweichende Entscheidungen, wie die Auffassung des OLG Köln, wonach den Patienten eine Mitverantwortlichkeit trifft, wenn der Arzt ihn zwar auf das grundlegende Erfordernis, aber nicht auf die Dringlichkeit einer Befunderhebung hinweist und der Patient anschließend nicht zum Termin für diese Befunderhebungsmaßnahme erscheint.⁶⁹ Allerdings handelt es sich um eine vereinzelt gebliebene Entscheidung, die in Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung steht, wonach der ärztliche Informationsvorsprung nur ausnahmsweise ein Patientenmitverschulden zulässt. In Entsprechung dieser Grundsätze hat der BGH beispielsweise das Mitverschulden einer Patientin verneint, die zwar auf das Erfordernis einer Wiedervorstellung hingewiesen worden ist, ihr aber nicht mitgeteilt worden war, dass der vorgenommene Schwangerschaftsabbruch möglicherweise misslungen ist.⁷⁰ Ferner hat der BGH die Mitverantwortlichkeit eines Patienten verneint, der zwar über das Erfordernis einer Behandlung aufklärt, aber bei seiner Verweigerung nicht über die möglichen Folgen belehrt worden war.⁷¹

2. Lösungsansatz: präzise und unbedingte Handlungsempfehlungen

Die Rechtsprechung gelangt bei der Frage des Mitverschuldens überwiegend zu überzeugenden und sachgerechten Ergebnissen. Allerdings entstehen diese bislang meistens aus dem Einzelfall heraus, eine dogmatische Fundierung existiert bislang nicht. Dies geht mit der Gefahr einher, dass im Einzelfall unsachgerechte Ergebnisse entstehen. Betrachtet man die einschlägigen Fälle, wird ein Muster erkennbar, welches Störungen im Behandlungsablauf verursacht und letztlich zu einer Fehlbehandlung bzw. einem Haftungsprozess führt. Dieses Muster zeichnet sich durch unklare Handlungsempfehlungen gegenüber dem Patienten aus. Den voranstehend dargestellten Entscheidungssachverhalten ist gemeinsam, dass die Behandlungsseite anstelle präziser und abschließender Handlungsempfehlungen vage Ratschläge gegenüber dem Patienten geäußert hat. Nach Auffassung des OLG Köln erfüllt etwa die Empfehlung des Arztes an den Patienten, sich bei Persistenz oder Verschlechterung der Beschwerden sofort in ein Krankenhaus zu begeben, nicht die Anforderungen an den fachärztlichen Standard. Geschuldet sei vielmehr „die konkrete und unbedingte Empfehlung, ein Krankenhaus zwecks weiterer Diagnostik aufzusuchen“⁷². Die Richtigkeit dieser

⁶⁷ OLG Köln, VersR 2018, 1129.

⁶⁸ BGH, NJW 1997, 3090 (3091); OLG München, MedR 2006, 174 (176). OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 33.

⁶⁹ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

⁷⁰ BGH, NJW 1985, 2749 (2750 f.).

⁷¹ BGH, NJW 2009, 2820.

⁷² OLG Köln, VersR 2018, 1129 (1129).

Aussage wird deutlich, wenn man die fehlende oder unzureichende Erörterung des Zeitmoments betrachtet.⁷³ Diesbezüglich wird angeführt, dem Patienten müsste klar sein, dass der Arzt nicht ohne Grund eine Wiedervorstellung, Kontrolluntersuchung oder die sonstige Fortsetzung der Behandlung empfehle.⁷⁴ Allerdings ist zu bezweifeln, dass der Hinweis auf das Erfordernis einer Untersuchung allein als ein Aufklärungsbestandteil zu erachten ist, der vom Patienten befolgt werden kann. Weist der Arzt nicht auf die Dringlichkeit und den erforderlichen Zeitpunkt einer Behandlungsmaßnahme hin, hat der Patient zwar Kenntnis über das *Ob*, aber nicht über das *Wann* der Behandlung. Der Hinweis auf die Dringlichkeit hat gerade den Zweck, den Patienten auf die Fristgebundenheit einer Behandlungsmaßnahme hinzuweisen. Nur der Arzt ist in der Lage, die Dringlichkeit, Aussagekraft und etwaige Abhängigkeit etwaiger Behandlungsmaßnahmen voneinander zu beurteilen.⁷⁵ Die Dringlichkeit eines Eingriffs resultiert einzig aus dem Umstand, dass im Falle einer verzögerten Behandlung mit hoher Wahrscheinlichkeit gesundheitliche Schäden beim Patienten eintreten. Nach ständiger Rechtsprechung liegt deshalb ein Behandlungsfehler vor, wenn der Arzt den Patienten nicht auf die Fristgebundenheit eines Eingriffes und die Folgen der Fristversäumnis hinweist.⁷⁶ Weitergehend ist zu berücksichtigen, dass Einbestellungsintervalle teilweise in Leitlinien niedergelegt sind und es sich bei dem erforderlichen Zeitpunkt einer weiteren Untersuchung somit um ärztliches Expertenwissen handelt.⁷⁷ Im Prozess ist die Dringlichkeit einer Behandlung daher sachverständig zu beantworten.⁷⁸ Selbst ein Arzt einer anderen Fachrichtung muss nicht die für eine Nachkontrolle veranschlagte Zeitspanne des von ihm zugezogenen Facharztes in Zweifel ziehen.⁷⁹ Definiert man medizinische Aufklärung als Vermittlung tatsächlicher medizinischer Erkenntnisse, auf deren Grundlage der Patient seine gesundheitlichen Belange selbst wahren kann⁸⁰, wird deutlich, dass der reine Hinweis auf das Erfordernis einer Weiterbehandlung diesen Anforderungen nicht genügt. So erachtet es der BGH als Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht, wenn ein Arzt den Patienten im Falle deutlicher Anzeichen eines arteriellen Verschlusses lediglich darauf hinweist, dass ein chirurgischer Eingriff alsbald erforderlich sei und der Patient erst am nächsten Morgen das Krankenhaus aufsucht.⁸¹ In dieser Konstellation ist der Hinweis auf das Erforder-

⁷³ So auch *Sommerfeld*, VersR 2018, 1491 (1491).

⁷⁴ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 168; *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler, S. 450; *ders.*, VersR 2007, 167.

⁷⁵ *Sommerfeld*, VersR 2018, 1491 (1492).

⁷⁶ BGH, NJW 1991, 748 (749); BGH, NJW 1987, 705 (705); BGH, NJW 1986, 2367 (2367); OLG Stuttgart, MedR 1985, 175 (175); OLG Celle, VersR 1985, 346 (346).

⁷⁷ OLG Koblenz, NJOZ 2012, 2063 (2064).

⁷⁸ OLG München, MedR 2006, 174 (175).

⁷⁹ OLG Koblenz, NJOZ 2012, 2063.

⁸⁰ So *Großfuß-Bürk*, Verantwortung des Arztes, S. 31.

⁸¹ BGH, NJW 1986, 2367 (2368).

nis des Eingriffes für den Patienten für sich genommen nicht nutzbar, da der Erfolg der angeratenen Behandlungsmaßnahme maßgeblich damit steht und fällt, dass sie rechtzeitig vorgenommen wird. Diese und andere Entscheidungssachverhalte lassen deutlich werden, dass der Hinweis auf das Erfordernis der Behandlung für sich genommen nicht vom Patienten befolgt werden kann, wenn die Behandlung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes durchgeführt werden muss. Ansätze für diese Erwägungen finden sich auch in der Rechtsprechung. Das OLG Düsseldorf formuliert sie wie folgt:

„Dringend indizierte ärztliche Maßnahmen setzen das Mitwirken der Patientin voraus, das alleine dann sichergestellt ist, wenn sie sich über die Bedeutung und die Notwendigkeit entsprechender Maßnahmen im Klaren ist.“⁸²

Diese Erwägungen decken sich mit der Rechtsauffassung des OLG München sowie den Ausführungen des dortigen Sachverständigen.⁸³ Der Patient wurde nicht darüber aufgeklärt, dass eine erforderliche Untersuchungsmaßnahme dringend durchzuführen war. Der Senat wies darauf hin, dass es sich bei dem allgemeinen Hinweis auf eine Wiedervorstellung um einen üblichen Gemeinplatz handelt, der in derart gelagerten Fällen nicht ausreichend ist.⁸⁴ Hierbei stützt sich der Senat auch auf die Ausführungen des Sachverständigen, der darauf hingewiesen hatte, dass die Ärzte die Klägerin „nicht auf die richtige Schiene gesetzt“ hatten und es im Falle dringend abklärungsbedürftiger Befunde nicht ausreichend sei, die Patientin generell zur Wiedervorstellung aufzufordern.⁸⁵ Diese Feststellung ist denkgesetzlich naheliegend. Weiß der Patient nichts über das Zeitmoment, hängt sein rechtzeitiges Erscheinen von Zufälligkeiten ab. In einem Sachverhalt des OLG Köln „war eine weitere Abklärung einer koronaren Herzerkrankung binnen eines Zeitraums einiger Wochen notwendig, weil nach den bisher vorliegenden Befunden ein nicht unerhebliches Risiko eines Herzinfarktes bestand“⁸⁶. Derartige Fälle erfordern präzise Handlungsempfehlungen des Arztes, insbesondere im Hinblick auf das Zeitmoment. Vor diesem Hintergrund ist es zweifelhaft, dass der Patient die medizinische Bedeutsamkeit dieses zeitlichen Intervalls hätte selbstständig erkennen können, wenn er nicht explizit hierauf oder zumindest auf die Gefahr eines Herzinfarktes hingewiesen worden ist. Ein Mitverschulden des Patienten ist daher bei unpräzisen Empfehlungen abzulehnen. Der Patient kann in dieser Konstellation nicht darauf verwiesen werden, dass er von der Sinnhaftigkeit des ärztlichen Rates ausgehen muss, da er sich den erforderlichen Zeit-

⁸² OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333 (1335).

⁸³ OLG München, MedR 2006, 174.

⁸⁴ OLG München, MedR 2006, 174 (176).

⁸⁵ OLG München, MedR 2006, 174 (176).

⁸⁶ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174); ähnlich verhält es sich in einem Fall des OLG Hamm, bei dem die beklagte Ärztin nach Auffassung des Sachverständigen zur Abklärung eines Mammakarzinoms eine Stanzbiopsie binnen sieben bis zehn Tagen hätte veranlassen müssen, OLG Hamm, NJOZ 2019, 1415 (1418), Rn. 41.

punkt der Wiedervorstellung nicht selbst erschließen kann. In derart gelagerten Fällen stellt sich allenfalls die Frage, ob der Patient den Zeitpunkt der Behandlungsmaßnahme vom Arzt erfragen muss und die Verletzung einer solchen Nachfrageobliegenheit zu einem anspruchverkürzenden Mitverschulden führt. Hiergegen spricht jedoch, dass die vollständige Aufklärung ausschließlich Aufgabe des Arztes ist.⁸⁷ Der Patient muss grundsätzlich von der Richtigkeit des ärztlichen Rates ausgehen dürfen und nur dann nachfragen, wenn sich die Unvollständigkeit der ärztlichen Information jedem Laien aufdrängt.⁸⁸ Eine Nachfrageobliegenheit des Patienten wird daher im Regelfall abzulehnen sein. Vor diesem Hintergrund kann bei Fernbleiben des Patienten der bloße Hinweis auf das Erfordernis einer Untersuchungsmaßnahme unter Verantwortlichkeitsgesichtspunkten nicht dem Patienten zugerechnet werden. Es bleibt somit festzuhalten, dass der bloße Hinweis auf das Erfordernis einer Behandlungsmaßnahme oder vage Empfehlungen hinsichtlich des weiteren Behandlungsablaufs nicht dazu führen, dass der Patient sich im Falle seines Fernbleibens ein anspruchverkürzendes Mitverschulden zurechnen lassen muss. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn sich die Beschwerden des Patienten nach Beendigung des Behandlungstermins wesentlich verschlechtern. In Zusammenhang mit dem Hinweis auf das Erfordernis der Behandlung muss sich dem Patienten in aller Regel aufdrängen, dass er zeitnah zur weiteren Behandlung erscheinen muss. Allerdings kann auch in dieser Konstellation kein Mitverschulden für einen eingetretenen Gesundheitsschaden angenommen werden, sondern lediglich eine Kürzung des Schmerzensgeldes, soweit der Patient dieses mit den Beeinträchtigungen begründet, die er erlitten hat, während er einen Arzt hätte aufsuchen können.

3. Mitverschulden bei Aufklärung über den Zeitpunkt der Behandlung

Zu erörtern ist, ob es ein Mitverschulden des Patienten begründet, wenn er zwar auf den erforderlichen Zeitpunkt der Behandlung oder ein bestimmtes Zeitintervall hingewiesen wird, der Arzt ihn jedoch nicht zugleich auf die Dringlichkeit der Behandlung und konkrete Gefahren der Nichtbehandlung hinweist. Von Relevanz ist diese Fragestellung insbesondere deshalb, weil der Arzt den Patienten im Regelfall aus Schonungsgründen und weil er von einer vollständigen Mitwirkung des Patienten ausgeht, nicht auf die möglichen Folgen einer verzögerten Behandlung hinweisen wird. Die Rechtsprechung verneint ein Mitverschulden des Patienten, wenn er trotzdem nicht rechtzeitig zur weiteren Behandlung erscheint.⁸⁹ Allerdings ist dieses Ergebnis mit Blick auf die dargestellte Kritik an der Rechtsprechung zum Patientenmitverschulden kritisch zu hinterfragen. Da-

⁸⁷ *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1707).

⁸⁸ BGH, NJW 1997, 1635 (1636).

⁸⁹ BGH, NJW 1997, 3090 (3091); OLG Saarbrücken, BeckRS 2016, 14519, Rn. 33.

nach müsste der Patient von der Sinnhaftigkeit einer bestimmten ärztlichen Anordnung ausgehen⁹⁰ und es ihm somit zugleich einleuchten, dass der Arzt den betreffenden Rat nicht grundlos erteilt.⁹¹ Dieses Argument impliziert, dass der Patient in einem weiteren Schritt selbstständig imstande ist, den Grund für die betreffende Anordnung zu erschließen. Es erfordert für einen Fahrlässigkeitsvorwurf jedoch mehr, als dass ein bestimmter Rat nicht grundlos erteilt worden ist. Vielmehr ist es erforderlich, dass sich die betreffende Partei zumindest in einem groben Umfang den Grund für diese Anordnung erschließen und damit erkennen kann, dass bei Missachtung des Rates ein Schaden eintreten kann. Dies erscheint jedoch zweifelhaft, wenn der Arzt dem Patienten lediglich einen spezifischen Zeitpunkt oder Zeitraum nennt, innerhalb dessen er erneut zur Behandlung erscheinen soll. Zwar ist zu konzedieren, dass es sich bei dem Hinweis auf Wiedervorstellung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraumes um einen abschließend formulierten Rat handelt, den der Patient ohne Weiteres befolgen kann. Es macht einen Unterschied, ob der Arzt den Patienten lediglich in allgemein gehaltener Form zu einer Wiedervorstellung anrät oder zusätzlich einen Zeitpunkt oder Zeitraum hierfür benennt. Der Patient erlangt hierdurch konkretes Wissen, das er ohne Weiteres befolgen kann. Zudem kann sich der Patient erschließen, dass die ärztliche Anordnung dem erstrebten Heilungserfolg dient und sich sein Gesundheitszustand bei verzögerter Behandlung verschlechtern kann. Allerdings erhält der Patient hierdurch keine konkrete Vorstellung über den drohenden Gesundheitsschaden im Falle der verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung. Überdies muss der Patient nicht zwangsläufig davon ausgehen, dass sich die Terminierung an seinem Krankheitsbild orientiert. Der Grund für eine bestimmte Terminangabe kann aus Sicht des Patienten auch darin zu sehen sein, dass der Arzt erst ab dem genannten Zeitpunkt wieder freie Terminplätze zu vergeben hat. Der Schluss auf die Dringlichkeit der Behandlung innerhalb eines bestimmten Zeitraums ist vom Patienten nicht zu erwarten, da es sich hierbei um medizinisches Expertenwissen handelt. Diese Sichtweise entspricht dem von Heese diskutierten Konzept der aufklärungsübersteigernden Begründung.⁹² Heese weist darauf hin, dass Begründungspflichten im Zusammenhang mit judikativen und administrativen Entscheidungen in der juristischen Diskussion regelmäßig von Bedeutung sind, während die Frage, ob ein Ratgeber zur Begründung seines Ratschlages verpflichtet ist, bis dato kaum erörtert worden ist.⁹³ Heese zieht insoweit eine Parallele zu Art. 12 Abs. 3 der Versicherungsvermittlerrichtlinie, welche eine Verpflichtung des Versicherungs-

⁹⁰ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

⁹¹ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 168; *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler, S. 450; *ders.*, VersR 2007, 167.

⁹² Heese, Beratungspflichten, S. 176.

⁹³ Heese, Beratungspflichten, S. 176.

vermittlers zur Angabe der genauen Gründe für einen erteilten Rat vorsieht.⁹⁴ Heese weist zutreffend darauf hin, dass der Ratnehmer ein ernsthaftes Interesse daran hat, die Gründe des Ratgebers für den erteilten Rat zu erfahren.⁹⁵ Allerdings lehnt Heese eine Begründungspflicht bei der Aufklärung letztlich ab, weil der Ratnehmer nicht veranlasst sei, dem Ratgeber blindlings zu vertrauen und gegebenenfalls eine zweite Meinung einholen könne, sodass eine Begründungspflicht die Anforderungen an den Ratgeber überspanne.⁹⁶ Jedoch sind diese Erwägungen auf die ärztliche Aufklärungspflicht nicht ohne Weiteres übertragbar. Der Patient ist zum einen regelmäßig darauf angewiesen, dem Arzt zu vertrauen. Zum anderen kann ein Arztwechsel mit relevanten Verzögerungen im Behandlungsablauf einhergehen. Daher konzediert auch Heese, dass eine Pflicht zur Begründung der Aufklärung noch am Ehesten für die ärztliche Aufklärungspflicht zu diskutieren ist.⁹⁷ Festzuhalten ist daher, dass ein Mitverschulden des Patienten bei Missachtung eines Einbestellungshinweises erst dann in Betracht kommt, wenn der Patient die Gründe für die Einbestellung erkennt. Dazu genügt es, wenn er in groben Umrissen darauf hingewiesen wird, dass die Fortsetzung der Behandlung zu einem bestimmten Zeitpunkt ihren Grund in der medizinischen Indikation hat. Weist der Arzt den Patienten daher auf die Einhaltung des Termins und eine schnellstmögliche Abklärung hin und bleibt der Patient dem Behandlungstermin dennoch fern, begründet dies auch dann ein Mitverschulden, wenn der Arzt den Patienten nicht auf konkrete Gefahren der verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung hinweist. In diesem Fall führt ihm der Arzt vor Augen, dass die Benennung des konkreten Termins ihren konkreten Grund in der medizinischen Indikation hat. Der Patient muss somit davon ausgehen, dass das genannte Einbestellungsintervall für den Behandlungserfolg relevant ist, auch wenn ihm der Grad dieser Relevanz nicht im Detail vor Augen geführt wird. Vor diesem Hintergrund ist die Kritik an der Rechtsprechung zum Patientenmitverschulden nachvollziehbar, muss allerdings dahingehend ergänzt werden, dass der Arzt den Patienten auf den erforderlichen Zeitpunkt einer Behandlungsmaßnahme sowie die Wichtigkeit und Bedeutsamkeit der Termineinhaltung hinweist. Bleibt der Patient dem Behandlungstermin dennoch fern, begründet dies sein Mitverschulden.

IV. Fallgruppe: Unvollständige Aufklärung mit Befunderhebung

Die Frage des Mitverschuldens stellt sich auch, wenn nach einem Behandlungstermin ein Befundergebnis vorliegt und der Arzt den Patienten während des

⁹⁴ Heese, Beratungspflichten, S. 176.

⁹⁵ Heese, Beratungspflichten, S. 179.

⁹⁶ Heese, Beratungspflichten, S. 179 f.

⁹⁷ Heese, Beratungspflichten, S. 180.

Termins, bei dem er den Befund erhoben hat, nicht ausreichend über das Erfordernis oder die Dringlichkeit der weiteren Behandlung aufgeklärt hat. Aufgrund der fehlerhaften Aufklärung muss der Arzt den Patienten einbestellen.⁹⁸ Mit Blick auf das Mitverschulden des Patienten kann angeführt werden, dass eine Befunderhebung denknottwendig ein irgend geartetes Ergebnis zutage fördern wird und diese Erkenntnis auch jedem durchschnittlichen Patienten unterstellt werden kann, der nicht über medizinisches Sonderwissen verfügt. Der Schluss von einer Untersuchung auf ein Ergebnis kann bei dieser Sichtweise von jedem Patienten als denklogischer Schritt abverlangt werden. Hiergegen kann jedoch angeführt werden, dass der Patient im Falle eines auffälligen oder gar schwerwiegenden Befundes auf eine ärztliche Mitteilung vertraut. Zudem werden oftmals mehrere Befunde während eines Termins oder Krankenhausaufenthaltes erhoben. Vom Patienten kann nicht abverlangt werden, die ausgewerteten und noch auszuwertenden Befunde im Blick zu behalten. Zumindest dann, wenn bereits die therapeutische Aufklärung unvollständig ist, erscheint ein entsprechendes Vertrauen des Patienten gegenüber dem Arzt berechtigt. Ferner können die Beschwerden des Patienten nach dem Behandlungstermin nachlassen. Der Patient kann zwar erkennen, dass ein erhobener Befund auch ausgewertet und besprochen werden muss. Allerdings setzt die Verbesserung seines gesundheitlichen Zustandes den entgegengesetzten Anreiz, dass es sich bei den Beschwerden lediglich um ein zeitweiliges Phänomen gehandelt hat und eine ernsthafte Erkrankung nicht zu befürchten ist. Diese Überlegungen gelten jedoch nicht, wenn der Patient nach dem Behandlungstermin weiterhin an Beschwerden leidet oder diese gar in ihrer Intensität und ihrem Ausmaß zunehmen. Dann bestehen für den Patienten konkrete Anhaltspunkte, dass er den erforderlichen Behandlungstermin wahrzunehmen und seinen Befund abzufragen hat. Bleibt er der weiteren Behandlung dennoch fern und tritt ein gesundheitlicher Schaden ein, kann den Patienten ein anspruchverkürzendes Mitverschulden treffen. Diese Erwägungen finden sich in der Rechtsprechung wieder. Das OLG München hat etwa im Falle einer unvollständigen Einbestellung ein Mitverschulden des Patienten bejaht, weil dieser „trotz Fortbestehens der erheblichen Schmerzen unverständlicherweise zugewartet und sich nicht wesentlich früher in klinische Behandlung begeben hat“⁹⁹.

V. Fallgruppe: Vollständige Aufklärung mit Befunderhebung

Klärt der Arzt den Patienten vollständig auf und fragt dieser einen zwischenzeitlich ausgewerteten, auffälligen Befund nicht ab, stellt sich ebenfalls die Frage nach einem Patientenmitverschulden. In diesem Fall kann daran angeknüpft werden, dass der Patient von der Dringlichkeit der Behandlung weiß. Da die Prüfung

⁹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. a).

⁹⁹ OLG München, VersR 1988, 1156.

des Mitverschuldens symmetrisch zu derjenigen der Haftungs begründung durch den Schädiger verläuft, wird an den Geschädigten derselbe Zurechnungsmaßstab angelegt wie dem Schädiger.¹⁰⁰ Hat der Arzt den Patienten vollständig aufgeklärt, besitzen beide zumindest hinsichtlich der Notwendigkeit der weiteren Behandlung punktuell dieselben Informationen. Bleibt der Patient trotz seines Wissens von der weiteren Behandlung fern, lässt er somit diejenige Sorgfalt außer Acht, die von einem ordentlichen und verständigen Menschen zur Vermeidung des eigenen Schadens an den Tag gelegt wird, was ein Mitverschulden begründet.¹⁰¹ Zweifel an dieser Argumentation können sich jedoch aus dem Umstand ergeben, dass sich der Patient nach dem Behandlungstermin subjektiv beschwerdefrei fühlt und aus diesem Grund von keinem auffälligen Befundergebnis ausgeht. Es stellt sich daher die Frage, ob den Patienten ein Mitverschulden trifft, wenn er der weiteren Behandlung fernbleibt. Die Judikatur befasst sich in den einschlägigen Entscheidungen nicht mit der Frage des Patientenmitverschuldens. Allerdings wurde der Patient in den dargestellten Entscheidungen bloß auf das Erfordernis der Befundabfrage, nicht jedoch auf deren Dringlichkeit hingewiesen. Auszugehen ist hierbei von dem Umstand, dass die therapeutische Aufklärung auch der Sicherstellung rechtzeitiger Behandlungstermine dient. Es ist daher zumindest in einem weiten Sinne selbstwidersprüchlich, wenn der Patient entgegen des ärztlichen Rates seiner eigenen Beurteilung den Vorrang gegenüber der ärztlichen Empfehlung einräumt. Diese Überlegung spricht dafür, dass den Patienten ein Mitverschulden trifft, wenn ihn der Arzt über die mögliche Bedeutung der Befunde hinweist und der Patient sich trotzdem nicht nach ihnen informiert, auch wenn er sich zwischenzeitlich subjektiv beschwerdefrei fühlt. Andernfalls ist es dem Arzt nie möglich, den Patienten vollständig während eines Behandlungstermins therapeutisch aufzuklären, wenn nach dem Behandlungstermin erhobene Befunde ausgewertet werden, was bei einer Vielzahl der Behandlungen der Fall ist.

VI. Mitverschulden bei Verlassen des Krankenhauses entgegen ärztlichem Rat

Die Rechtsprechung hat sich bereits mit der Frage befasst, ob den Patienten ein Mitverschulden trifft, wenn er entgegen ärztlichem Rat das Krankenhaus verlässt. Dies soll anhand eines Beschlusses des BGH veranschaulicht werden.¹⁰² Der Arzt riet dem Patienten eine stationäre Aufnahme und eine Infusionsbehandlung an. Der Patient lehnte dies ab und begab sich wieder nach Hause. Am nächsten Tag wurde er notfallmäßig wieder in die Klinik eingeliefert, nachdem

¹⁰⁰ *Taupitz/Jones*, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (72); *Koyuncu*, PharmR 2005, 289 (290).

¹⁰¹ BGH, NJW 1992, 2961.

¹⁰² BGH, NJW 2009, 2820.

er einen Schlaganfall als Folge einer Dehydration erlitten hatte. Der Behandlungsfehler lag nach Auffassung des Berufungsgerichts darin, dass der behandelnde Arzt den Patienten nicht mit einem deutlichen Hinweis auf die Gefahren einer Dehydration und auf die Notwendigkeit, sich bei entsprechenden Anzeichen sofort wieder in die Klinik oder zum Hausarzt zu begeben, aufmerksam gemacht hat.¹⁰³ Anknüpfungspunkt für ein Mitverschulden des Patienten ist in dieser Konstellation das Verlassen der Klinik entgegen des ärztlichen Rates. Der BGH sieht darin keine Obliegenheitsverletzung des Patienten, da der Arzt den Patienten nicht auf die Folgen der Nichtbehandlung hingewiesen habe und dadurch nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Patient die ärztliche Empfehlung nachvollzogen habe.¹⁰⁴ Diese Beurteilung erscheint jedoch zweifelhaft. Bei näherer Betrachtung wird ersichtlich, dass der Patient den bloßen Rat auf einen stationären Krankenhausaufenthalt befolgen kann, ohne zusätzlich auf die Dringlichkeit der Krankenhausbehandlung hingewiesen zu werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass in derartigen Fällen keine zeitliche Zäsur vor der erforderlichen Behandlung eintreten soll und dies dem Patienten im Regelfall auch bewusst ist. Der Patient muss in diesen Fällen lediglich innerhalb des ärztlichen Überwachungsbereiches verbleiben und keine weiteren Denkanstrengungen oder Mitwirkungshandlungen vornehmen. Zwar ist zu konzedieren, dass der Patient den Ernst der Lage im Regelfall nicht nachvollzieht, wenn er lediglich in allgemein gehaltener Form auf das Erfordernis eines Krankenhausaufenthaltes oder einer anderweitigen sofortigen Behandlung hingewiesen wird. Allerdings muss er trotzdem von der Sinnhaftigkeit des ärztlichen Rates ausgehen und kann diesen auch ohne weitergehende Informationen befolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Ärzte den Rat zum Verbleib im Krankenhaus aussprechen, nachdem sie erste Untersuchungen durchgeführt haben. Der Patient kann in dieser Situation die Schlussfolgerung treffen, dass es konkrete medizinische Gründe für einen weiteren Krankenhausaufenthalt gibt. Dies gilt auch für Fälle, in denen der Arzt dem Patienten zwar nicht eine sofortige stationäre Krankenhausbehandlung empfiehlt, ihm jedoch eine Behandlungsmaßnahme anrät, die offenkundig sofort durchgeführt werden soll. Will der Arzt erkennbar noch während des Behandlungstermins eine erforderliche Behandlungsmaßnahme durchführen, und verweigert der Patient seine Einwilligung, mag der ärztliche Rat im Einzelfall unvollständig sein, wenn der Arzt den Patienten nicht deutlich über die Dringlichkeit der betreffenden Maßnahme aufklärt. In solchen Fällen, in denen der Patient sich bereits in eine Behandlung begeben hat, die offenkundig ohne eine zeitliche Zäsur fortgesetzt werden soll, kann er den ärztlichen Rat jedoch ohne Weiteres befolgen. Dem Patienten muss sich in diesem Fall auch aufdrängen, dass die Vornahme der Behandlungsmaßnahme ihren Grund in einer konkreten medizini-

¹⁰³ BGH, NJW 2009, 2820 (2821). Der BGH hat die Sache zurückverwiesen, weil das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft einen groben Behandlungsfehler verneint hat.

¹⁰⁴ BGH, NJW 2009, 2820 (2822).

schen Indikation hat. Zwar verletzt der Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht, wenn er den Patienten nicht die Dringlichkeit der Behandlung vor Augen führt. Allerdings ist ein etwaiger Gesundheitsschaden auch vom Patienten zu verantworten, wenn er trotz des ärztlichen Rates die Behandlung nicht fortsetzt.

VII. Anknüpfungspunkte für ein Patientenmitverschulden

Bei Betrachtung der oben dargestellten Fallgruppen wird deutlich, dass die Bejahung eines Patientenmitverschuldens abgesehen von der Vollständigkeit der therapeutischen Aufklärung auch von anderen Faktoren abhängt und damit letztlich einzelfallabhängig zu bestimmen ist. Bei Betrachtung der typischen Gegebenheiten einer medizinischen Behandlung lassen sich jedoch abstrakte Kriterien ermitteln, die als Anknüpfungspunkt für ein Mitverschulden des Patienten bei der zeitlich gestreckten Behandlung denkbar sind. Nachfolgend sollen daher Kriterien in den Blick genommen, auf deren Grundlage in der Rechtsprechung bereits ein Patientenmitverschulden bejaht worden ist und eine Auseinandersetzung mit den entsprechenden Auffassungen in der Literatur erfolgen.

1. Fortdauernde Beschwerden

Es wurde bereits angemerkt, dass die Rechtsprechung vereinzelt ein Mitverschulden des Patienten bejaht hat, wenn dieser trotz fortbestehender Schmerzen nicht erneut zur medizinischen Behandlung erscheint oder einen Behandlungstermin verspätet wahrnimmt.¹⁰⁵ In der Literatur wird ebenfalls die Auffassung vertreten, den Patienten treffe ein Mitverschulden, wenn dieser trotz fortdauernder Schmerzen nicht beim Arzt zur Untersuchung und weiteren Behandlung erscheint.¹⁰⁶ Allerdings finden sich auch Judikate, in denen trotz fortdauernder Beschwerden ein Mitverschulden bei unterlassener Wiedervorstellung verneint wird, wenn der Arzt den Patienten entweder überhaupt nicht oder zumindest nicht eindringlich genug darauf hinweist, dass weitere Untersuchungen durchzuführen sind.¹⁰⁷ Bei genauer Betrachtung lässt sich daher ein Streitstand ausmachen, der im Schrifttum und in der Rechtsprechung zwar bereits punktuell aufgegriffen, aber noch nicht umfänglich beleuchtet worden ist. Nachfolgend soll daher der gegenwärtige Meinungs- und Streitstand unter Darstellung der maßgeblichen Erwägungen der unterschiedlichen Auffassungen in den Blick genommen werden.

a) Gegenwärtiger Diskussionsstand

Nach teilweise vertretener Auffassung muss der Patient bei fortdauernden Beschwerden selbstständig auf den Gedanken kommen, dass umgehend eine erneute

¹⁰⁵ OLG München, VersR 1988, 1156.

¹⁰⁶ Hausch, VersR 2007, 167 (174).

¹⁰⁷ OLG Stuttgart, VersR 2002, 1563 (1564); OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 29 (31).

Vorstellung beim Arzt erforderlich sei. *Hausch* formuliert diesen Gedanken pointiert wie folgt:

„Auch ist kaum nachzuvollziehen, warum man von einem erwachsenen, mündigen Menschen nicht erwarten kann, dass er sich bei einem Fortdauern der Beschwerden über einen längeren Zeitraum oder einem ausbleibenden Heilverlauf umgehend von selbst bei einem Arzt vorstellt. Die Zurückhaltung der Rechtsprechung mit der Annahme einer Mitverantwortlichkeit des Patienten ist in dieser Hinsicht nicht recht verständlich.“¹⁰⁸

Dieser Gedanke findet sich vereinzelt auch in der Rechtsprechung wieder. Exemplarisch hierzu ist die dargestellte Entscheidung des OLG München, welches es als unverständlich erachtet hat, dass der Patient trotz Fortdauer erheblicher Beschwerden nicht früher in ärztliche Behandlung begeben hat.¹⁰⁹ Gegenüber dieser Auffassung existiert jedoch eine obergerichtlich geprägte Judikatur, der sich eine diametral entgegengesetzte Auffassung entnehmen lässt. Diese soll anhand eines Urteils des OLG Düsseldorf veranschaulicht werden.¹¹⁰ Der Kläger hatte den Beklagten, der eine Praxis für Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde betrieb, wegen andauernder Ohrenbeschwerden aufgesucht. Der Beklagte wies den Kläger nicht auf das Erfordernis einer zeitnahen Kontrolluntersuchung hin. Im späteren Verlauf wurde beim Kläger eine Mittelohrentzündung diagnostiziert. Der Beklagte hatte sich mit dem Einwand verteidigt, dass er sich darauf verlassen habe, der Kläger werde bei Fortdauer der Beschwerden von sich aus erneut bei ihm zur Behandlung erscheinen. Der Senat bewertete diesen Einwand wie folgt:

„Dass der Bekl. zu 2 unter diesen Umständen keine weiteren Kontrolluntersuchungen vorsah und auch überhaupt nicht in Betracht zog, indem er sich – wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bekundet hat – darauf verließ, dass ein erwachsener Patient sich ohne ärztliche Anweisung bei Fortbestehen der Beschwerden von alleine wieder vorstellt, ist als völlig unverständliches ärztliches Verhalten, das in keiner Weise der dem Patienten geschuldeten Verantwortung gerecht wird, zu bewerten.“¹¹¹

Ähnlich formuliert das OLG Düsseldorf seine Auffassung. Die Ärztin hatte die Patienten nicht über das Erfordernis einer Gewebeuntersuchung zum Ausschluss eines Brustkrebsverdachts hingewiesen und eine Wiedervorstellung vom Beschwerdeempfinden der Patientin abhängig gemacht. Der Senat formuliert hierzu prägnant: „Das Verhalten einer Ärztin, die – wie hier – ihre Patientin bei einem dringend abklärungsbedürftigen Tumorverdacht ohne entsprechende Aufklärung und ohne konkrete Verabredung einer Wiedervorstellung lediglich zur Mammographie überweist, stellt sich als völlig unverständlich und verantwortungslos

¹⁰⁸ *Hausch*, VersR 2007, 167 (174).

¹⁰⁹ OLG München, VersR 1988, 1156.

¹¹⁰ OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 29.

¹¹¹ OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 29 (31).

dar.“¹¹² In einem aktuellen Urteil verneint das OLG Braunschweig das Mitverschulden einer Patientin, die von dem beklagten Arzt eine abschließende, aber unzutreffende Diagnose erhalten hatte und sich anschließend trotz fortschreitender Symptomatik für einen Zeitraum von sechs Monaten nicht erneut zur Behandlung vorgestellt hat.¹¹³ Der Senat weist darauf hin, dass für den Patienten zwar grundsätzlich die Obliegenheit besteht, sich in Behandlung zu begeben, wenn ihm Anhaltspunkte für einen verschlechterten Gesundheitszustand vorliegen, dies jedoch nicht gelte, wenn der Patient eine abschließende Diagnose erhalte und vom Arzt keine Kontrolluntersuchung angeordnet wird.¹¹⁴ Die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Auffassungen verdeutlicht, dass mit Blick auf die sorgfältigsmäßige Beurteilung fortdauernder Beschwerden beim Patienten bemerkenswert gegensätzliche Auffassungen vertreten werden. Während es auf der einen Seite als unverständlich bezeichnet wird, dass ein Patient bei fortdauernden Beschwerden nicht zeitnah auch ohne entsprechenden Hinweis erneut beim Arzt zur weiteren Behandlung erscheint, wird auf der anderen Seite eine solche Erwartungshaltung an den Patienten wiederum als völlig unverständlich erachtet. Bemerkenswert ist hierbei auch der Umstand, dass die Rechtsprechung ein derartiges ärztliches Vorgehen teilweise sogar als grob fehlerhaft bewertet.¹¹⁵ Nachfolgend sollen daher die für die jeweilige Auffassung angeführten Erwägungen gegenübergestellt und Bewertungskriterien herausgearbeitet werden.

b) Bewertung

Die genannten Standpunkte werden argumentativ bislang nicht in größerem Umfang begründet. Zunächst sollen daher mögliche Begründungsansätze für die dargestellten Auffassungen entwickelt werden. Da der Patient regelmäßig aufgrund eines bestimmten Beschwerdebildes erstmalig beim Arzt zur Untersuchung und Behandlung erscheint, kann angeführt werden, dass die Fortdauer der Beschwerden ihn erneut dazu veranlassen muss, den Arzt aufzusuchen. Gestützt werden kann dieser Gedanke auf zwei Überlegungen: Zum einen kann angeführt werden, dass der Patient bereits bei seinem ersten Arztbesuch die Beschwerden zum Anlass genommen hatte, den Arzt aufzusuchen, also erkannt hatte, dass die Beschwerden durch ärztliche Hilfe behandelt werden müssen und er sich folglich in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt, wenn er trotz fortdauernder Beschwerden der weiteren Behandlung fernbleibt.¹¹⁶ Zum anderen ließe sich argu-

¹¹² OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333 (1335).

¹¹³ OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 14187.

¹¹⁴ OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 14187, Rn. 71.

¹¹⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333 (1335); OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 29 (31).

¹¹⁶ So hatte der beklagte Arzt in einem Fall argumentiert, dass die Patientin aufgrund der deutlichen Verschlechterung ihrer Symptomatik hätte stutzig werden müssen: „Es wäre die Verpflichtung der Patientin sich selbst gegenüber gewesen, dem Arzt durch

mentieren, dass fortdauernde Beschwerden für jeden Patienten das Erfordernis der weiteren Behandlung ersichtlich werden lassen. Diese Sichtweise führt im Kern dazu, dass der Schluss vom abweichenden gesundheitlichen Normalempfinden auf das Erfordernis der weiteren Behandlung innerhalb des medizinischen Laienwissens verortet wird. Auf dieser Grundlage kann angeführt werden, dass die Wiedervorstellung bei fortdauernden Schmerzen eine generelle Mitwirkungsobliegenheit des Patienten nach § 630c Abs. 1 BGB darstellt. In dieser Hinsicht kann eine Parallele zu den Nachfrageobliegenheiten des Patienten gezogen werden, die dann zu bejahen sind, wenn sich die Unvollständigkeit der ärztlichen Aufklärung einem medizinischen Laien aufdrängen muss.¹¹⁷ Für andere Mitwirkungsobliegenheiten kann vor diesem Hintergrund nichts anderes gelten. Allerdings kann die rechtliche Beurteilung des Fernbleibens des Patienten trotz fortdauernder Beschwerden nicht losgelöst vom Aufklärungsverhalten des Arztes betrachtet werden.¹¹⁸ Deutlich wird dies anhand der bereits dargestellten Erwägung, dass der Patient von der Fortdauer der Beschwerden nicht auf die Dringlichkeit der weiteren Behandlung schließen kann, wenn der Arzt ihn nicht gesondert hierauf hinweist. Sucht ein Patient beispielsweise nach einem Behandlungstermin trotz fortdauernder Beschwerden innerhalb von drei Wochen keinen Arzt auf und tritt in der vierten Woche ein Gesundheitsschaden ein, kann nicht argumentiert werden, dass es dem Patienten hätte einleuchten müssen, sich bei Fortdauer der Beschwerden unverzüglich – und damit innerhalb von drei Wochen – erneut beim Arzt vorzustellen. Es ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage der Patient von der Dringlichkeit der Behandlung Kenntnis erlangen soll. Beispielsweise wäre es in einem Fall des OLG Düsseldorf nach den Ausführungen des Sachverständigen erforderlich gewesen, etwa zwei Tage nach der Erstuntersuchung eine Folgeuntersuchung durchzuführen und bei Ausbleiben einer Befundbesserung in einem Zeitraum von bis zu zehn Tagen weitergehende diagnostische Maßnahmen zu betreiben.¹¹⁹ Dass ein Patient sein Erscheinungsverhalten ohne ärztliche Aufklärung derart präzise und engmaschig ausrichten kann, ist zu bezweifeln. Auch wenn es sich um einen Einzelfall handelt, werden dadurch die Schwächen der Auffassung deutlich, die in solchen Konstellationen höhere Sorgfaltsanforderungen an das Mitwirkungsverhalten des Patienten richten möchten. Liegt die Pflichtverletzung des Arztes darin, dass er den Patienten nicht auf die

Wiedervorstellung und Schilderung der hinzugetretenen Symptomatik die Möglichkeit zu geben, die Vollständigkeit der ursprünglichen Therapieanweisung im Lichte des geänderten Krankheitsbildes neu zu überprüfen“. OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 14187, Rn. 23.

¹¹⁷ BGH, NJW 1997, 1635 (1636).

¹¹⁸ OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 14187, Rn. 71; LG Kiel, BeckRS 2019, 27703, Rn. 49; *Taupitz/Jones*, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (71 f.).

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 29 (31); ähnl. OLG Stuttgart, VersR 2002, 1563 (1564): Erfordernis einer Nachkontrolle innerhalb einer Woche und Nachoperation bei fehlender Befundbesserung.

Dringlichkeit oder gar die konkrete Frist für die weitere Behandlung hingewiesen hat, kann den Patienten grundsätzlich kein Mitverschulden treffen, wenn er nicht selbstständig innerhalb dieser ihm nicht vom Arzt benannten Frist erneut zur Behandlung erscheint. Wenn schon der Arzt pflichtwidrig die Beschwerden des Patienten nicht zum Anlass nimmt, den Patienten darauf hinzuweisen, dass die weitere Behandlung erforderlich ist, überzeugt es nicht, dem Patienten eine entsprechende Obliegenheit aufzuerlegen.¹²⁰ Die Rechtsprechung weist darauf hin, dass der Erfolg der Behandlung im Regelfall nicht mehr zu erreichen ist, wenn man den Fortgang der Behandlung vom Beschwerdeempfinden des Patienten abhängig macht.¹²¹ Dies gilt insbesondere, wenn die Beschwerden zwar als störend empfunden werden, sich allerdings nicht oder nicht wesentlich auf die Lebensführung des Patienten auswirken und mit einer geringer ausgeprägten Schmerzsymptomatik einhergehen.¹²² Vor allem, wenn der Arzt den Patienten im Wissen um die Fortdauer seiner Beschwerden entlässt und nicht darauf hinweist, dass er bei anhaltenden Beschwerden erscheinen soll, muss der Patient vom ordnungsgemäßen Abschluss der Behandlung ausgehen dürfen, wenn sich seine Beschwerden oder Symptome nicht deutlich verschlechtern.¹²³ Ein solches Ergebnis würde dazu führen, dass die Sorgfaltsanforderungen an den Patienten letztlich höher gespannt werden als diejenigen an den Arzt. Insbesondere wenn der Arzt erkennen lässt, dass die Behandlung abgeschlossen sei, kann vom Patienten grundsätzlich nicht verlangt werden, Überlegungen zur Fehlerhaftigkeit der ärztlichen Empfehlung anzustellen.¹²⁴ Andernfalls müsste der Patient kritisch und eigenmächtig den ärztlichen Rat hinterfragen und vervollständigen. Dies hat offenkundig nachteilige Auswirkungen auf das Arzt-Patienten-Verhältnis, geht aber auch über das Ziel des Gesetzgebers, Arzt und Patient auf Augenhöhe zu bringen¹²⁵, hinaus. Den Patienten trifft daher im Regelfall kein Mitverschulden, wenn er bei fortdauernden Beschwerden nicht erneut den Arzt aufsucht. Etwas anderes kann gelten, wenn die Beschwerden über einen erheblichen Zeitraum fortauern und der Patient seinen Schadensersatzanspruch auch mit der Erheblichkeit der Beschwerden bzw. Schmerzen in diesem Zeitraum beziffert. Es wäre widersprüchlich, wenn der Patient einerseits trotz der Fortdauer der Beschwerden über einen ungewöhnlich langen Zeitraum keinen Arzt aufsucht, also die Schmerzen erduldet, andererseits für diesen Zeitraum den Arzt nachträglich auf Zahlung von Schmerzensgeld in

¹²⁰ Ähnl. LG Kiel, BeckRS 2019, 27703, Rn. 49: „Wenn sich ein Patient auf den Rat einer Fachärztin verlässt, so kann nach Auffassung der Kammer daraus grundsätzlich kein Mitverschulden hergeleitet werden, wenn der Patient diesen Rat befolgt.“

¹²¹ OLG Stuttgart, VersR 1991, 821 (821).

¹²² OLG Köln, VersR 2018, 1129 (1129).

¹²³ Die Rechtsprechung steht jedoch einer solchen bedingten Einbestellung in Abhängigkeit vom subjektiven Patientenempfinden äußerst skeptisch gegenüber, siehe hierzu auch die Ausführungen unter 2. c).

¹²⁴ OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 14187, Rn. 71.

¹²⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 1.

Anspruch nimmt. In dieser Konstellation ist das Mitverschulden bereits bei der Bemessung des angemessenen Schmerzensgeldes zu berücksichtigen.¹²⁶

2. Selbstbeobachtungsobliegenheiten

Über die Frage des Mitverschuldens bei fortdauernden Beschwerden hinaus sind weitere Selbstbeobachtungsobliegenheiten¹²⁷ zu erörtern, die zu einem anspruchverkürzenden Mitverschulden des Patienten führen können und dogmatisch innerhalb des § 254 Abs. 2 BGB zu verorten sind.¹²⁸ Von einer Selbstbeobachtungsobliegenheit ist im vorliegenden Zusammenhang auszugehen, wenn der Arzt den Patienten anweist, sich beim Auftreten einer bestimmten Symptomatik erneut zur Behandlung vorzustellen. Dieses Erfordernis kann sich etwa ergeben, wenn eine bestimmte Operation mit postoperativen Risiken einhergeht, die im Falle ihres Eintritts eine unverzügliche Nachoperation erfordern.¹²⁹

a) Neuartige Beschwerden und Auffälligkeiten

Während voranstehend erörtert wurde, inwieweit fortdauernde Beschwerden ein Mitverschulden des Patienten begründen können, wenn er diese nicht zum Anlass für eine Wiedervorstellung nimmt, ist nunmehr zu untersuchen, inwieweit neuartige Beschwerden oder Auffälligkeiten, also solche, die nach einem Behandlungstermin zu den bereits bestandenen Beschwerden hinzutreten, ein Mitverschulden des Patienten begründen können. Auch in diesem Bereich treten gewisse Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsprechung zutage. Grundsätzlich gilt auch mit Blick auf eine Selbstbeobachtungsobliegenheit, dass als medizinischer Laie keine hohen Anforderungen an den Patienten zu stellen sind.¹³⁰ Vom Patienten ist daher grundsätzlich nicht zu erwarten, dass er sein Beschwerdebild einer spezifischen medizinischen Ursache zuordnet.¹³¹ Allerdings ist die Rechtsprechung uneinheitlich. Eine Patientin muss nach einem Urteil des BGH vom Ausbleiben der Regelblutung nicht auf das Misslingen des Schwangerschaftsabbruches schließen.¹³² Der BGH begründet dies im konkreten Fall damit, dass die Obliegenheitsverletzung sich auf die Nachsorge und mögliche Komplikationen an ihrer eigenen Gesundheit bezog und nicht auf den möglichen Fortbestand der Schwangerschaft.¹³³ Selbst wenn der Patientin gesagt worden sei, dass

¹²⁶ BGH, NJW 1971, 1883 (1886); *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, S. 605.

¹²⁷ Zur Begrifflichkeit s. *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 169.

¹²⁸ *Koyuncu*, PharmR 2005, 289 (296).

¹²⁹ OLG Koblenz, MedR 2000, 37 (40).

¹³⁰ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 169.

¹³¹ BGH, NJW 1985, 2749 (2750).

¹³² BGH, NJW 1985, 2749 (2750).

¹³³ BGH, NJW 1985, 2749 (2751).

ihre Regel sich innerhalb von vier Wochen nach der Operation wieder einstellen müsse, sei von der Patientin nicht zu erwarten, von einem Fortbestand der Schwangerschaft auszugehen.¹³⁴ Anders wäre dies jedoch zu bewerten, wenn die Patientin nach dem Eingriff auf die Möglichkeit des Misserfolgs hingewiesen worden wäre, da die Selbstbeobachtungsobliegenheit sich auch auf den Fortbestand der Schwangerschaft bezogen hätte.¹³⁵ Die Rechtsprechung hat die genannte Fallkonstellation jedoch auch schon anders bewertet und im konkreten Einzelfall damit begründet, dass die Patientin einer höheren Bildungsschicht angehört und persönliche Erfahrung mit einer Risikoschwangerschaft gemacht hat.¹³⁶ Für den Bereich der Arzneimitteltherapie wird die Auffassung vertreten, dass den Patienten zumindest eine Obliegenheit zur Selbstbeobachtung trifft.¹³⁷ Ihm sei es daher zuzumuten, etwaige Veränderungen seiner gesundheitlichen Verfassung zu beobachten und körperlichen Warnzeichen nachzugehen.¹³⁸ Dies gelte insbesondere dann, wenn die Packungsbeilage laiengerecht formulierte Hinweise enthalte. Je konkreter und umfassender der Patient über die möglichen Gefahren der Arzneimittelleinnahme aufgeklärt wird, desto strenger sind die Anforderungen an seine Selbstbeobachtungsobliegenheit zu formulieren.¹³⁹ Es stellt sich somit die Frage, ob diese Grundsätze auch auf andere Stadien der Behandlung übertragen werden können. Die Selbstbeobachtungsobliegenheit bei der Arzneimitteltherapie wird auch damit begründet, dass der Patient bei ihr durch den Behandelnden und die Packungsbeilage über nahezu alle möglichen Nebenwirkungen aufgeklärt wird.¹⁴⁰ Für andere Behandlungsstadien kann dies nicht ohne Weiteres behauptet werden. Insbesondere im Bereich des diagnostischen Stadiums wird der Arzt den Patienten aufgrund der Vielfalt der in Betracht kommenden Erkrankungen regelmäßig nicht im Detail über einzelne Risiken aufklären. Allerdings muss es dem Arzt auch in diesem Bereich möglich sein, den Patienten zur Selbstbeobachtung anzuhalten. Weist der Arzt den Patienten daher darauf hin, dass er sich im Falle einer Verschlechterung seiner Beschwerden erneut vorstellen soll, löst dies beim Auftreten neuer Beschwerden und Auffälligkeiten eine Selbstbeobachtungsobliegenheit des Patienten aus. Aufgrund der Vielfalt der möglichen Erkrankungen muss es dem Arzt möglich sein, den Patienten durch einen solchen Hinweis in die Behandlung einzubinden und ihm die Verantwortung für das Behandlungsgeschehen für solche Zeiträume und Umstände zu übertragen, bei denen er den Gesundheitszustand des Patienten nicht selbst beobachten und untersuchen kann und deshalb auf die Mitwirkung des

¹³⁴ BGH, NJW 1985, 2749 (2751).

¹³⁵ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 170.

¹³⁶ OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 235 (237).

¹³⁷ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 171; *ders.*, in: Prävention, S. 136.

¹³⁸ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 169.

¹³⁹ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 170.

¹⁴⁰ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 170 f.

Patienten angewiesen ist. Festzuhalten ist daher, dass eine Selbstbeobachtungsobliegenheit des Patienten besteht, wenn der Arzt den Patienten darüber aufklärt, im Falle neu auftretender Beschwerden und Auffälligkeiten erneut bei ihm zu erscheinen. Problematischer ist die Annahme einer Selbstbeobachtungsobliegenheit, wenn der Arzt den Patienten nicht darauf hinweist, bei entsprechenden Beschwerden und Auffälligkeiten wieder bei ihm vorstellig zu werden. Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem OLG Stuttgart vor.¹⁴¹ Die Patientin hatte den Arzt wegen einer Schnittverletzung aufgesucht. Dieser wies sie nicht darauf hin, zu einem Kontrolltermin zu erscheinen. Die Patientin stelle sich daher trotz fortdauernder Beschwerden nicht beim Arzt vor. Der Senat verneinte aufgrund des Informations- und Wissensvorsprungs des Arztes eine entsprechende Obliegenheit der Patientin, sich bei Fortdauer der Beschwerden von selbst vorzustellen.¹⁴² Ausgehend von dieser Fallgestaltung stellt sich die Frage, ob die Patientin eine Obliegenheit zur Selbstbeobachtung und Wiedervorstellung getroffen hätte, wenn die Beschwerden nicht lediglich fortgedauert, sondern sich deutlich verschlechtert hätten. Dies ist vor dem Hintergrund der vom Senat in seinem Urteil angeführten Erwägung des ärztlichen Wissensvorsprungs zu bezweifeln, insbesondere, da dem Patienten nicht allein aufgrund neuartiger Beschwerden die Dringlichkeit eines weiteren Untersuchungstermins und das Ausmaß der drohenden Schadensfolgen bewusst ist.¹⁴³ Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn bereits konkrete Beeinträchtigungen eintreten, die vom gesundheitlichen Normalzustand ersichtlich abweichen. In dieser Konstellation befindet sich die zugrunde liegende Erkrankung bereits im Stadium des Schadenseintritts bzw. der Schadensverfestigung mit der Folge, dass sich für den Patienten der Schaden in seiner konkreten Gestalt bereits abzeichnet und die Erwägung eines Wissensdefizites daher fernliegt. Es wäre widersprüchlich, wenn der Patient zuvor *nur* aufgrund schmerzhafter Beschwerden wie einer Schwellung oder einer Schnittwunde einen Arzt aufsucht, aber im Falle einer konkreten Beeinträchtigung seiner körperlichen Normalfunktionen der weiteren Behandlung fernbleibt. In dieser Konstellation liegen die Voraussetzungen des § 254 Abs. 2 BGB vor, sodass den Patienten ein Mitverschulden trifft, wenn er sich nicht zeitnah zur weiteren Behandlung vorstellt und der Schadenseintritt oder die Schadensverfestigung verhindert worden wären, wenn der Patient zur weiteren Behandlung erschienen wäre.

b) Offenkundiger Behandlungsbedarf

In bestimmten Fallgestaltungen ist für den Patienten objektiv erkennbar, dass eine medizinische Behandlung nicht abgeschlossen ist und er zu diesem Zweck erneut beim Arzt erscheinen muss. Der Patient ist dann in der Lage, den grund-

¹⁴¹ OLG Stuttgart, BeckRS 2002, 17798.

¹⁴² OLG Stuttgart, BeckRS 2002, 17798, Rn. 15.

¹⁴³ So auch OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 14187, Rn. 71.

sätzlichen Behandlungsbedarf zu erkennen. Dies gilt vor allem, wenn über diese objektiv erkennbaren Umstände hinaus Beschwerden beim Patienten eintreten. In dieser Konstellation liegen sowohl objektiv als auch subjektiv deutliche Anhaltspunkte für den Patienten vor, dass die Behandlung nicht abgeschlossen ist und er zu diesem Zweck einen Behandlungstermin wahrnehmen muss. Prototypisch ist ein Fall des OLG Frankfurt.¹⁴⁴ Dem Kläger wurde im Rahmen einer Operation eine Harnleiterschiene gesetzt, die nach zehn Tagen wieder entfernt werden sollte. Er wurde unter Hinweis auf die Notwendigkeit der Entfernung der Harnleiterschiene entlassen. Jedoch erfolgte keine Einbestellung des Patienten. Dieser blieb der weiteren Behandlung fern, sodass die Entfernung der Schiene erst nach 1,5 Jahren erfolgte und der Kläger organische Schäden und erhebliche Schmerzen davontrug. Der Senat bejahte ein hälftiges Mitverschulden des Patienten.¹⁴⁵ Den Behandlungsfehler sah es in einer unterlassenen Einbestellung. Diese Entscheidung ist unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens vorzugswürdig. Verbleibt für den Patienten erkennbar ein Medizinprodukt in seinem Körper, muss sich ihm im Regelfall aufdrängen, dass auftretende Schmerzen mit dem Medizinprodukt in Zusammenhang stehen können. Zwar kann dies nicht gelten, wenn der Patient nicht über die Dringlichkeit der Entfernung eines in seinem Körper verbliebenen Medizinprodukts und potenziell dauerhafte Gesundheitsschäden im Falle der verzögerten Entfernung aufgeklärt wird. Allerdings trifft den Patienten ein Mitverschulden, soweit er seinen Schadensersatzanspruch auf Schmerzen stützt, die er während des Zeitraumes erlitten hat, in welcher er nicht den Arzt aufgesucht hat. Ohne entsprechende Aufklärung kann vom Patienten zwar nicht verlangt werden, die Gefahr spezifischer gesundheitlicher Schäden abzusehen, da diese medizinisches Detailwissen darstellen und der Laie hiervon im Regelfall keine Kenntnis hat. Diese Sichtweise kann jedoch nicht auf den Eintritt und Fortbestand von Schmerzen übertragen werden. Diese nimmt der Patient unabhängig davon wahr, in welchem Umfang der Arzt ihn aufgeklärt hat.¹⁴⁶ Deswegen muss ein Patient Magen-Darmbeschwerden mit einem in seinem Darm implantierten Ballon in Verbindung bringen und die Ärzte auf die Implantation hinweisen.¹⁴⁷ Andernfalls trifft ihn ein erhebliches Mitverschulden.¹⁴⁸ In dieser Fallgruppe sind auch Fälle einzuordnen, bei denen der Patient aufgrund entsprechender Hinweise in der Packungsbeilage einen Zusammenhang zwischen der Einnahme eines Arzneimittels und den aufgetretenen Beschwerden erkennen kann.¹⁴⁹ Ähnlich

¹⁴⁴ OLG Frankfurt, MedR 1987, 187.

¹⁴⁵ OLG Frankfurt, MedR 1987, 187 (189).

¹⁴⁶ So trug der Kläger im Fall des OLG Frankfurt vor, dass er bis zur Entfernung der Schiene, ein Zeitraum von fast zwei Jahren, starke Schmerzen erduldet habe, OLG Frankfurt, MedR 1987, 187 (188).

¹⁴⁷ OLG Köln, NJW-RR 1992, 986.

¹⁴⁸ OLG Köln, NJW-RR 1992, 986 (987). 2/5 Mitverschulden.

¹⁴⁹ *Koyuncu*, Haftungsdreieck, S. 169.

zu deuten ist ein Urteil des OLG Zweibrücken.¹⁵⁰ Nach dessen Auffassung darf eine schwangere Patientin bei Ausbleiben der Regelblutung nicht den vom Arzt genannten Wiedervorstellungszeitraum von drei Monaten ausschöpfen. Jedoch führt das OLG als Begründung an, dass die Patientin einer höheren Bildungsschicht angehört hat und zudem bereits persönliche Erfahrungen mit Risikoschwangerschaften hatte.¹⁵¹

c) Grenze der Selbstbeobachtungsobliegenheit

Voranstehend wurde aufgezeigt, dass den Patienten unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere im Falle einer entsprechenden Aufklärung durch den Arzt, eine Obliegenheit zur Beobachtung neuartiger Beschwerden und Auffälligkeiten trifft und daraus eine Obliegenheit zur Vorstellung beim Arzt resultiert. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit vereinbarte Selbstbeobachtungsobliegenheiten überhaupt möglich sind. Weist der Arzt den Patienten darauf hin, sich im Falle fortdauernder Beschwerden erneut zur Behandlung vorzustellen, handelt es sich um eine vereinbarte Selbstbeobachtungsobliegenheit und noch nicht um die Obliegenheit zur Wahrnehmung eines Kontrolltermins. Macht der Arzt das Erfordernis einer Kontrolluntersuchung vom subjektiven Beschwerdeempfinden des Patienten abhängig, kann nicht angeführt werden, dass den Patienten die Obliegenheit trifft, unabhängig von seinen Beschwerden den Arzt erneut aufzusuchen, also unbedingt einen Behandlungstermin wahrzunehmen. Eine derartige Gestaltung der Selbstbeobachtungsobliegenheit ist ersichtlich mit Risiken behaftet. Das Hauptrisiko einer derartigen Selbstbeobachtungsobliegenheit besteht darin, dass das Erfordernis eines Kontrolltermins maßgeblich von einer eigenständigen Beurteilung des Patienten abhängt. Die Kontrolle des Krankheitsverlaufs durch Nachsorgetermine ist jedoch elementarer Bestandteil der Behandlung und wesentlich für die Erreichung des erstrebten Heilungserfolgs.¹⁵² Aus diesem Grund bewertet die Rechtsprechung ein solches Vorgehen teilweise als grob fehlerhaft.¹⁵³ Hinzuweisen ist darauf, dass die Rechtsprechung sich in diesen Fällen nicht damit begnügt, das Mitverschulden des Patienten lediglich aufgrund seines medizinischen Wissens- und Informationsdefizits zu verneinen, sondern dies instruktiv und einzelfallbezogen begründet. Als Hauptargument wird angeführt, eine Wiedervorstellung in Abhängigkeit vom Beschwerdeempfinden des Patienten führe dazu, dass der Patient als medizinischer Laie zu entscheiden hat, ob die Fortsetzung der Behandlung medizinisch angezeigt ist.¹⁵⁴ Diese Vorgehensweise geht über

¹⁵⁰ OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 235.

¹⁵¹ OLG Zweibrücken, NJW-RR 2000, 235 (237).

¹⁵² So für die Arzneimitteltherapie *Koyuncu*, Haftungsrechte, S. 167; BGH, NJW 1987, 2927 (2928).

¹⁵³ OLG Schleswig, BeckRS 2013, 20144; OLG Düsseldorf NJOZ 2001, 29 (31); OLG Stuttgart, BeckRS 2010, 11746.

¹⁵⁴ OLG Stuttgart, BeckRS 2010, 11746.

das Leitbild des mündigen Patienten hinaus. Der Patient soll rechtlich mündig gemacht werden, um auf Grundlage der medizinischen Informationen eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen. Eine medizinische Mündigkeit ist hiervon nicht erfasst.¹⁵⁵ Die eigenständige Beurteilung, ob die weitere Behandlung unter medizinischen Gesichtspunkten erforderlich ist, geht über dieses Ziel hinaus und betrifft den Kernbereich der Behandlung. Selbst wenn man dieser Erwägung nicht zu folgen vermag und dem Patienten weitreichende Selbstbeobachtungsobliegenheiten auferlegen möchte, ist das subjektive Beschwerdeempfindens des Patienten kein taugliches Kriterium, anhand dessen entschieden werden soll, ob die Behandlung fortzusetzen ist. Der Arzt verfügt über medizinische Expertise und umfangreichere Möglichkeiten zur Untersuchung des Patienten. Er muss sich nicht auf unscharfe und größtenteils subjektive Beurteilungskriterien verlassen. Vor diesem Hintergrund tritt eine Parallele zum Fernbehandlungsverbot zu tage.¹⁵⁶ Dessen maßgebliche Zwecksetzung liegt gerade darin, dass der Arzt nur eingeschränkte Beurteilungsmöglichkeiten hat, wenn er auf die fehlerträchtige Symptom- und Beschwerdeschilderung durch den Patienten angewiesen ist. Das OLG Stuttgart hat über einen Sachverhalt entschieden, bei dem der Arzt im Falle eines Krebsverdachtes den Patienten aufgefordert hatte, sich erneut vorzustellen, falls sich sein Beschwerdebild nicht bessere.¹⁵⁷ Der Senat bewertet dieses Vorgehen als groben Behandlungsfehler. Hierbei sei unbeachtlich, ob der Arzt den Patienten darauf hingewiesen habe, sich bei fortbestehenden Beschwerden erneut vorzustellen, da dadurch dem medizinisch unkundigen Patienten die Entscheidung überlassen werde, ob die Behandlung fortzusetzen sei, was mit der ärztlichen Pflicht zur objektiven Überprüfung der Befundlage nicht zu vereinbaren sei.¹⁵⁸ Das OLG Düsseldorf schlägt einen ähnlichen Weg ein. Die Ärztin hatte der Patientin, bei der ein Brustkrebsverdacht bestand, angeraten, sich in zwei Wochen erneut vorzustellen, sofern keine Besserung der Beschwerden eintrete. Der Senat bewertete dieses Vorgehen mit denselben Erwägungen wie das OLG Stuttgart als grob fehlerhaft.¹⁵⁹ Die dargestellten Erwägungen können zudem auf eine empirische Sachlage gestützt werden. In den Sachverhalten, die den einschlägigen Judikaten zugrunde liegen, haben die Patienten anhand einer Beurteilung ihrer Beschwerden und Symptome nicht erkannt, dass die Behandlung fortgesetzt werden muss, obwohl dies bei objektiver medizinischer Beurteilung der Fall war. Zudem ist es dem Patienten auch bei Vereinbarung einer Selbstbeobach-

¹⁵⁵ Steffen, in: FS Medicus (1999), S. 637 (648).

¹⁵⁶ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 3 B. VI.

¹⁵⁷ OLG Stuttgart, BeckRS 2010, 11746.

¹⁵⁸ OLG Stuttgart, BeckRS 2010, 11746. Krit. Hausch, der anführt, dass der Senat ein solches Vorgehen nur als „unärztlich“ bezeichnet, Hausch, VersR 2007, 167 (174). Allerdings verfängt diese Kritik nicht. Zwar trifft der Senat eine solche Feststellung, begründet sie jedoch darüber hinaus mit den dargestellten Erwägungen anhand des Einzelfalles.

¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1333.

tungsobliegenheit nicht möglich zu erkennen, wie akut die Behandlung fortzusetzen ist und welche Gefahren ihm andernfalls drohen, wenn er hierauf nicht hingewiesen wird.¹⁶⁰ Deutet die Symptomatik des Patienten für den Arzt ersichtlich auf eine Ursache hin, die mit dauerhaften und schwerwiegenden Beeinträchtigungen seiner körperlichen Unversehrtheit oder gar seines Lebens verbunden sein kann, liegt es fern, dass er in einer solchen Sachlage dem Patienten die Entscheidung darüber auferlegt, ob die Behandlung fortgesetzt werden muss. In diese Richtung geht auch ein Argument der Judikatur, die darauf hinweist, dass im Falle einer Fortdauer oder Verschlechterung der Beschwerden die Erfolgsaussichten der weiteren Behandlungsschritte bereits nachhaltig beeinträchtigt sein können.¹⁶¹ Der Arzt darf daher die Anordnung einer Kontrolluntersuchung nicht ausschließlich vom subjektiven Beschwerdeempfinden des Patienten abhängig machen. Allerdings ist es möglich, dass der Arzt den Patienten zusätzlich zu einer unbedingt wahrzunehmenden Kontrolluntersuchung darüber aufklärt, dass er sich bei Auffälligkeiten oder Symptomen früher als vereinbart zur Kontrolluntersuchung vorstellen soll, da eine solche Selbstbeobachtungsobliegenheit den Erfolg der Behandlung erhöhen kann.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem fünften Kapitel

Voranstehend wurde aufgezeigt, dass die Rechtsprechung zum Patientenmitverschulden einer kritischen Betrachtung überwiegend standhält. Die Judikatur orientiert sich grundsätzlich an der bestehenden Linie, wonach ein Patientenmitverschulden aufgrund des ärztlichen Wissens- und Informationsvorsprungs nur ausnahmsweise zu bejahen ist. Zwar ist dieser Grundsatz mit der Gefahr einer pauschalen Verneinung des Patientenmitverschuldens behaftet. Zugleich verdeutlicht ein Blick auf die dargestellten Entscheidungen jedoch, dass die Gerichte bei der Frage des Patientenmitverschuldens dem Einzelfall Rechnung tragen und sich nicht mit der pauschalen Ablehnung des Mitverschuldens begnügen. Insgesamt besteht für die Bejahung eines Patientenmitverschuldens wegen unterlassener oder verzögerter Kontrolluntersuchung nur wenig Raum. Mit Beginn des ersten Behandlungstermins liegt die Verantwortung für die Erfüllung der zeitlichen Vorgaben der jeweiligen Behandlung beim Arzt und der Patient kann regelmäßig nicht ergründen, wie dringlich und engmaschig die erforderlichen Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen durchgeführt werden müssen.

Im Falle offenkundigen Behandlungsbedarfs oder langzeitigen Fernbleibens trotz erheblicher Beschwerden ist eine Mitverantwortlichkeit des Patienten in Betracht zu ziehen und sein Schadensersatzanspruch entsprechend zu kürzen. Klärt

¹⁶⁰ OLG Schleswig, BeckRS 2013, 20144.

¹⁶¹ OLG Stuttgart, BeckRS 2010, 11746.

der Arzt den Patienten präzise über die weiteren Behandlungsschritte auf, ist ebenfalls ein Mitverschulden des Patienten in Betracht zu ziehen, etwa wenn dieser von einem konkreten Behandlungstermin fernbleibt.

Bei unvollständiger Aufklärung über die Dringlichkeit der Behandlung kann den Patienten trotzdem ein Mitverschulden treffen, wenn für ihn erkennbar war, dass die Behandlung sofort durchgeführt werden soll, was beispielsweise der Fall ist, wenn der Arzt dem Patienten anrät, zur weiteren Beobachtung im Krankenhaus zu bleiben.

Die Vereinbarung einer Selbstbeobachtungsobliegenheit ist zulässig, soweit der Arzt eine Kontrolluntersuchung nicht entscheidend von der Beurteilung des Patienten abhängig macht, sondern die Selbstbeobachtung des Patienten als zusätzliche Chance nutzt, um diesen bei entsprechenden Auffälligkeiten oder Symptomen rechtzeitig zu behandeln.

Schließlich ist die Kritik an der ständigen Rechtsprechung zum Patientenmitverschulden berechtigt, wenn der Arzt dem Patienten einen Zeitpunkt oder Zeitkorridor für die Fortsetzung der Behandlung nennt und für den Patienten erkennbar ist, dass der Grund für die zeitlichen Vorgaben in der medizinischen Indikation liegt. Von einem mündigen, vernünftigen und verantwortungsbewussten Patienten ist zu erwarten, dass er von der Sinnhaftigkeit des ärztlichen Rates ausgeht und sich auch ohne spezifischere Warn- und Gefahrenhinweise wieder vorstellt. Bleibt der Patient der Behandlung dennoch fern, begründet dies daher ein anspruchsverkürzendes Mitverschulden.

Einbestellungspflicht im Arzthaftungsprozess

A. Problemstellung und Untersuchungsziele

Beweislastfragen haben im Arzthaftungsprozess bekanntermaßen eine besondere Bedeutung. Wie bei kaum einer anderen Materie hängt der Prozessausgang von der Verteilung der Beweislast ab.¹ Insbesondere der Patient ist aufgrund des typischen und wahrscheinlichen, aber vielfach unbeweisbaren Geschehensablaufs auf eine Korrektur der Regelbeweislast angewiesen.² Dies hat auch das BVerfG anerkannt, indem es ausgeführt hat, dass „sich der Patient wegen der tatsächlichen Gegebenheiten einer Heilbehandlung üblicherweise erheblichen Schwierigkeiten in seiner Beweisführung ausgesetzt sieht“.³ Dies hat zur Folge, dass das Gericht von Verfassung wegen verpflichtet ist, bei jedem Sachverhalt zu prüfen, ob dem Patienten die Beweislastverteilung zuzumuten ist.⁴ Der Gesetzgeber hat dieser Sachlage mit der Vorschrift des § 630h BGB Rechnung getragen, in welcher er die zum Arzthaftungsrecht richterrechtlich entwickelten Beweisgrundsätze kodifiziert hat.⁵ Der Gesetzgeber wollte damit die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den Beweiserleichterungen im Arzthaftungsrecht systematisch in einer Vorschrift zusammenzufassen und auf sämtliche medizinischen Behandlungsverträge erstrecken.⁶ Teilweise wird die abschließende Formulierung des § 630h BGB dahingehend interpretiert, dass einer Fortentwicklung der Beweisgrundsätze im Arzthaftungsprozess sowie der Entwicklung anders gelagerter Beweislastmodifizierungen methodisch der Weg versperrt ist.⁷ Aller-

¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 379; *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, § 14 Rn. 107.

² *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 762; *Zoll*, MedR 2009, 569 (569).

³ BVerfG, NJW 1975, 1925.

⁴ BVerfG, NJW 1975, 1925 (1926).

⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 759, unter Hinweis darauf, dass sämtliche der Beweislastmodifizierungen durch die Rechtsprechung des RG und des BGH entwickelt worden sind.

⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 27.

⁷ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (823): „Schließlich ist kritisch anzumerken, dass die Kodifizierung die Rechtsfortbildung, etwa die judizielle Anerkennung neuer Rechte und Pflichten oder die Herausbildung neuer Beweisregeln, erschweren kann, denn Gesetze sind weit weniger flexibel als Richterrecht.“; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 760; *Wagner*, VersR 2012, 789 (801); *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 45; *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630h Rn. 4: „in bemer-

dings wird ebenfalls vertreten, dass die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung des Beweisrechts über das Deliktsrecht fortbestehe, auch wenn gegenwärtig kein Bedarf für eine Rechtsfortbildung ersichtlich sei.⁸ Inwieweit eine weitere Rechtsfortbildung infolge der Kodifikation möglich ist, lässt sich auch anhand der Gesetzesbegründung nicht zweifelsfrei beantworten. Zwar heißt es dort, dass die Kodifikation Unklarheiten beseitigen soll, die sich aus der bislang ergangenen Rechtsprechung ergeben.⁹ Allerdings weist der Gesetzgeber auch darauf hin, dass der Rechtsprechung weiterhin genügend Spielraum verbleibt, „um im Einzelfall zu ausgewogenen sach- und interessengerechten Entscheidungen zu kommen“¹⁰. Dies ließe sich auch dahingehend interpretieren, dass der Gesetzgeber sich einer weiteren Rechtsfortbildung nicht verschließen wollte, soweit diese im Einzelfall erforderlich ist, um einen sachgerechten Interessenausgleich bei der rechtlichen Ausgestaltung der Arzt-Patienten-Beziehung zu erzielen. Mit Blick auf die ärztliche Einbestellungspflicht stellt sich ebenfalls die Frage, inwieweit die Beweislast zugunsten der Patienten- oder Behandlungsseite zu modifizieren ist. Die Rechtsprechung hatte sich mit dieser Frage bereits im Zusammenhang mit verschiedenen Beweislastmodifizierungen zu befassen, die nunmehr in § 630h BGB geregelt sind. Das vorliegende Kapitel widmet sich daher der Einbestellungspflicht unter dem Blickwinkel der maßgeblichen prozessualen Fragestellungen. Zunächst werden die Beweislastfragen dargestellt, die mit Blick auf die Einbestellungspflicht relevant werden. Anschließend wird anhand der in § 630h BGB normierten Modifizierungen untersucht, inwieweit die Verletzung ärztlicher Einbestellungspflichten unter die genannten Regelungen zu subsumieren ist und zu einer veränderten Beweislastverteilung führen kann. Zudem wird untersucht, welche Rolle dem medizinischen Sachverständigen bei der Ermittlung der Einbestellungspflicht zukommt.

B. Beweislastverteilung bei der therapeutischen Aufklärung

I. Beweislast des Patienten

Da die Einbestellungspflicht innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 1 und 2 BGB zu verorten ist, wird zunächst die grundsätzliche Beweislastverteilung hinsichtlich der therapeutischen Aufklärungspflicht dargestellt. Nach ständiger Rechtsprechung und einhelliger Auffassung in der Literatur ist die Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht als Behand-

kenswerter und sonst im BGB nirgends zu findender Detailschärfe in Gesetzesform gegossen“.

⁸ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630h Rn. 6.

⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 9.

¹⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 9.

lungsfehler zu qualifizieren.¹¹ Es sind daher die Beweislastgrundsätze für Behandlungsfehler anzuwenden, während die Grundsätze für die Selbstbestimmungsaufklärung nicht anwendbar sind.¹² Der Patient hat somit zu beweisen, dass er einen Behandlungsvertrag abgeschlossen hat, ihm ein therapeutischer Hinweis nicht erteilt wurde und er dadurch kausal einen Gesundheitsschaden erlitten hat.¹³ Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, eine eigenständige Haftungsnorm für Behandlungsfehler zu normieren, sodass ein Behandlungsfehler als Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist, für den grundsätzlich diejenige Partei beweispflichtig ist, die einen Schadensersatzanspruch geltend macht.¹⁴ Für die haftungsbegründende Kausalität gilt dabei das strenge Regelbeweismaß des § 286 ZPO, sodass der Patient den Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts führen muss, was „einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit verlangt“.¹⁵ Die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität richtet sich hingegen nach § 287 ZPO, wofür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt.¹⁶ Lediglich mit Blick auf das ärztliche Verschulden greift zugunsten des Patienten die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ein.¹⁷ Gelingt dem Patienten daher der Beweis eines Behandlungsfehlers oder steht dieser unstreitig fest, muss der Behandelnde beweisen, „dass er die objektiv fehlerhafte Behandlung subjektiv nicht zu vertreten hat“.¹⁸ Allerdings ist für die Verschuldensvermutung nicht an den ausgebliebenen Heilungserfolg, sondern an einen feststehenden Behandlungsfehler anzuknüpfen.¹⁹ Andernfalls wäre eine Erfolgshaftung des Arztes zu besorgen.²⁰ Insgesamt hat die Anwendung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB daher regelmäßig keine praktische Bedeutung.²¹ Teilweise wird ihre Anwendbarkeit gänzlich verneint, da der Nachweis mangelnden Verschuldens letztlich eine Entlastung vom Vorwurf der Pflichtverletzung sei.²²

¹¹ BGH, BeckRS 2000, 1922; BGH, NJW 1981, 630 (632); BGH, NJW 1981, 2002 (2004); OLG Hamm, MedR 2016, 63 (67); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 421; *Zoll*, MedR 2009, 569 (574); *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 43.

¹² BGH, NJW 2005, 1716 (1716 f.); *Müller*, FS Geiß, 461 (462); *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 44.

¹³ BT-Drs. 17/10488, S. 27; OLG Köln, NJW RR-2001, 91; OLG Oldenburg, NJW-RR 2000, 240 (241); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 758; *Walter*, GesR 2013, 129 (130); *Schmid*, NJW 1994, 767 (773).

¹⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 27.

¹⁵ BGH, NJW 2008, 1381 (1382); BGH, NJW 1987, 705; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 757; *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630h Rn. 7.

¹⁶ BGH, NJW 2008, 1381 (1382).

¹⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 28; *Bäune/Dahm*, MedR 2004, 645 (652).

¹⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

¹⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

²⁰ *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 45.

²¹ *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1705); *Müller*, NJW 1997, 3049 (3049); *Holland*, Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung, S. 45.

II. Beweisschwierigkeiten

Die konsequente Anwendung der Beweislastverteilung, wonach der Patient eine Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht zu beweisen hat, ist mit Beweisschwierigkeiten für den Patienten verbunden.²³ Der Patient kann diesen Beweis regelmäßig nicht über den Zeugenbeweis führen, weil das Aufklärungsgespräch grundsätzlich nur zwischen Arzt und Patient geführt wird.²⁴ Auch ein Urkundenbeweis anhand der Behandlungsunterlagen ist regelmäßig nicht möglich, da es gerade um das Fehlen einer vollständigen Aufklärung und damit um den Beweis einer negativen Tatsache geht und der Arzt in der Behandlungsdokumentation allenfalls eintragen wird, dass er den Patienten aufgeklärt hat.²⁵

1. Lösung über die Parteivernehmung nach § 448 ZPO

Eine Parteivernehmung im Rahmen des § 448 ZPO erscheint ebenfalls problematisch. § 448 ZPO dient nämlich dazu, die beim Richter nach dem Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme noch verbliebenen Zweifel zu beseitigen. Vom Normzweck nicht umfasst ist es jedoch, eine nachteilige Entscheidung für die beweisbelastete Partei zu vermeiden.²⁶ Nach herrschender Auffassung ist eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO daher nur dann zulässig, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die streitige Behauptung spricht.²⁷ Bezogen auf den Arzthaftungsprozess muss daher eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Patient nicht oder nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist.²⁸ Die Voraussetzungen dieser sogenannten „Anfangswahrscheinlichkeit“²⁹ sind als erfüllt anzusehen, wenn die Richtigkeit der streitigen Behauptung als „durchaus möglich“³⁰ erscheint. Zwar betont der BGH, dass eine Beweisnot nicht dazu führt, dass an die Behauptung der beweisbelasteten Partei ein verringerter Wahrscheinlichkeitsmaßstab anzulegen ist.³¹ Allerdings weist der BGH zugleich auf erhöhte Anforderungen an die Gründe hin, mit denen der Tatrichter die Wahrscheinlichkeit der streitigen Behauptung verneint. Diese Gründe müssen erkennen lassen, dass sich das Gericht der Beweisnot der Partei bewusst war.³² In

²² MüKoBGB/Wagner, BGB § 630h Rn. 9.

²³ Hausch, VersR 2007, 167 (170).

²⁴ Hausch, VersR 2007, 167 (168).

²⁵ Hausch, VersR 2007, 167 (168).

²⁶ Musielak/Voit/Huber, ZPO § 448 Rn. 1.

²⁷ Musielak/Voit/Huber, ZPO § 448 Rn. 2; Saenger/Friedrich Pukall, ZPO, § 448 Rn. 3.

²⁸ BGH, NJW 2016, 950 (952); BGH, NJW-RR 1991, 983 (984).

²⁹ So die Bezeichnung in der Beweislehre, Musielak/Voit/Huber, ZPO § 448 Rn. 1.

³⁰ BGH, NJW-RR 1994, 636.

³¹ BGH, NJW 1990, 1721 (1722).

³² BGH, NJW 1990, 1721 (1722).

der Literatur werden diese Grundsätze vereinzelt kritisch dahingehend interpretiert, dass nach ihnen bereits eine fehlerhafte Mitwirkung des Patienten als Beweiszeichen für eine unvollständige Aufklärung ausreiche.³³ Belegt wird diese Kritik mit dem Hinweis auf die weite Verbreitung der Non-Compliance. Danach spreche eine praktisch erwiesene Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Patient die ärztlichen Hinweise schlicht vergessen oder bewusst nicht beachtet hat.³⁴ Daher sei die Annahme einer gewissen Wahrscheinlichkeit als spekulativ abzulehnen, sodass die Voraussetzungen einer Parteivernehmung regelmäßig nicht vorlägen.³⁵ Diese Kritik ist in ihrer Begründung zustimmungswürdig, da sich die Möglichkeit einer schlichten Non-Compliance nicht von der Hand weisen lässt. Allerdings führt dies nicht zwingend zur Unzulässigkeit einer Parteivernehmung. Deutlich wird dies mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH zur Parteivernehmung bei Vier-Augen-Gesprächen. Dieser hat die Vernehmung eines beklagten Arztes als zulässig erachtet, der für ein Vier-Augen-Gespräch mit der Patientin keine Zeugen hatte.³⁶ Der Beklagte hatte sich gegen den Vorwurf einer Aufklärungspflichtverletzung mit dem Einwand verteidigt, die Klägerin habe nach vollständiger Aufklärung ihre Einwilligung in die erforderliche Behandlungsmaßnahme verweigert, wofür er beweisbelastet war. Der BGH begründet seinen Standpunkt mit dem Grundsatz der Waffengleichheit, dem Anspruch auf rechtliches Gehör sowie dem Recht auf Gewährleistung eines fairen Verfahrens und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes.³⁷ Zudem betont die Rechtsprechung, dass diese Grundsätze auch dann gelten, wenn es sich um ein Sechs-Augen-Gespräch handelt, bei dem der einzige Zeuge nicht im Lager der beweisbelasteten Partei steht.³⁸ Allerdings kann es auch ausreichen, wenn die beweismäßig benachteiligte Partei nach § 141 ZPO persönlich angehört wird.³⁹ Es handelt sich um eine gefestigte Rechtsprechung, deren Anstoß unter anderem in der Judikatur des EGMR zu verorten ist und die vom BVerfG bestätigt und im Schrifttum grundsätzlich positiv aufgenommen worden ist.⁴⁰ Diese Grundsätze sind auf die Beweisnot des Patienten beim Nachweis einer therapeutischen Aufklärungspflichtverletzung übertragbar. Steht dem Arzt die Möglichkeit einer Parteivernehmung offen, kann für den Patienten – unter den genannten Voraussetzungen – nichts

³³ Hausch, VersR 2007, 167 (169).

³⁴ Hausch, VersR 2007, 167 (169).

³⁵ Hausch, VersR 2007, 167 (170).

³⁶ BGH, NJW 2013, 2601 (1602), Rn. 10.

³⁷ BGH, NJW 2013, 2601 (1602), Rn. 10.

³⁸ BGH, NJW 2013, 2601 (1602), Rn. 10; BAG, NZA 2007, 885 (886) Rn. 17.

³⁹ BGH, NJW 2010, 3292 (3293); a. A. Böckelmann/Kluth, MDR 2002, 616 (621).

⁴⁰ EGMR NJW 1995, 1413; BVerfG, NJW 2531 (2532); BGH, NJW-RR 2006, 61 (63); BGH, NJW 1999, 363 (364); Schlosser, NJW 1995, 1404 (1404); Zuck, NJW 2010, 3764; Waldenfels, ArbRAktuell 2014, 459 (462); Lamberti/Stumpf, NJOZ 2009, 1860 (1868); MüKoZPO/Schreiber, ZPO § 448 Rn. 3a; krit. Noethen, NJW 2008, 334 (335).

anderes gelten. Dementsprechend hat das OLG Koblenz unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH einen Patienten persönlich angehört, der behauptet hatte, er habe dem Arzt medizinische Informationen mitgeteilt, aus denen sich eine ergänzende Befunderhebungspflicht ergeben habe.⁴¹ In einem aktuellen Beschluss rekurriert das OLG Koblenz auf diese Grundsätze und weist darauf hin, dass die Tatsachenfeststellung hinsichtlich der erfolgten Aufklärung häufig nur im Wege der Parteienanhörung möglich ist.⁴² Allerdings erfährt die extensive Anwendung des § 448 ZPO auch Kritik. Ein maßgeblicher Einwand ist darin zu sehen, dass sich eine Partei auch aus einer Vielzahl anderer Gründe in Beweisnot befinden kann, diese somit nicht spezifisch durch ein Vier-Augen-Gespräch bedingt ist.⁴³ Zudem ist zweifelhaft, ob im Falle eines zeugenlosen Vier-Augen-Gesprächs überhaupt ein Ungleichgewicht besteht, welches mit dem Gebot der Waffengleichheit kollidiert.⁴⁴ Allerdings kann für eine extensive Anwendung des § 448 ZPO beim Vier-Augen-Gespräch zwischen Arzt und Patient die Typizität und Häufigkeit dieser Gesprächskonstellation angeführt werden. Aufklärungsgespräche werden unbestrittenermaßen regelmäßig unter vier Augen geführt.⁴⁵ Zwar ist dies auch bei anderen Vertragstypen der Fall. Exemplarisch sind arbeitsrechtliche Konstellationen zu nennen⁴⁶ oder sämtliche Konstellationen, bei denen eine Partei regelmäßig im Vier-Augen-Gespräch beraten wird. Allerdings spricht dies nicht gegen eine Anwendung des § 448 ZPO beim Vier-Augen-Gespräch zwischen Arzt und Patient. Bei anderen Vertragstypen finden Gespräche meist in einem weiteren Sinne auf Augenhöhe statt und beide Parteien können sich im Regelfall entsprechend vorbereiten. Zu begründen ist dies mit der wirtschaftlichen Motivation anderer Vertragstypen. Ferner ist es bei anderen Vertragstypen üblich und anerkannt, dass man Verträge und sonstige Abreden zum Zwecke der Beweissicherung verschriftlicht. Dem Arzt-Patienten-Gespräch ist eine solche strategische und kalkulierende Herangehensweise fremd. Die medizinische Behandlung ist naturgemäß nicht durch eine beweissichernde, berechnende Motivation geprägt. Während der Patient also nicht beweismittelbeschaffend tätig wird, steht dem Arzt die Möglichkeit der Dokumentation und damit der Beweissicherung offen.⁴⁷ Die Typizität medizinischer Behandlungs- und Aufklärungsgespräche sowie die Möglichkeit des Arztes zur Dokumentation und Beweissicherung sprechen deswegen dafür, § 448 ZPO extensiv anzuwenden, wenn die therapeutische Aufklärung im Vier-Augen-Gespräch stattgefunden hat.

⁴¹ OLG Koblenz, NJW-RR 2008, 342.

⁴² OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816, Rn. 17.

⁴³ Noethen, NJW 2008, 334 (336).

⁴⁴ Noethen, NJW 2008, 334 (335).

⁴⁵ OLG Koblenz, NJW-RR 2008, 342 (343); OLG Koblenz, BeckRS 2015, 00370, Rn. 15; Hausch, VersR 2007, 167 (168).

⁴⁶ Waldenfels, ArbRAktuell 2014, 459.

⁴⁷ Sundmacher, Befunderhebung, S. 49.

2. Lösung über die sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite

Die Behandlungsseite muss bei der Ermittlung des therapeutischen Aufklärungsgesprächs im Prozess mitwirken. Dies kann insbesondere durch eine Dokumentation des Inhalts des Aufklärungsgesprächs in der Patientenakte geschehen.⁴⁸ Darin liegt allerdings die Gefahr, dass der Arzt im Falle einer unterlassenen Dokumentation als beweisfällig angesehen werden kann. Dementsprechend wird in der Literatur auf eine Tendenz in der Rechtsprechung hingewiesen, über die Annahme einer Dokumentationspflicht die Beweislast für die ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung stetig auf die Behandlungsseite zu verlagern.⁴⁹ Exemplarisch wird hierzu auf die Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Falle einer vom Arzt behaupteten Behandlungsverweigerung des Patienten verwiesen.⁵⁰ Hausch vertritt sogar die Auffassung, dass die Beweislast für eine vollständige therapeutische Aufklärung mittlerweile gänzlich auf die Behandlungsseite verlagert worden sei.⁵¹ Dem kann nicht zur Gänze gefolgt werden. Die Rechtsprechung lässt es für den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung im Arzt-Patienten-Gespräch beispielsweise ausreichen, wenn die ständige Praxis einer fehlerfreien Aufklärung nachgewiesen wird und Indizien darauf hindeuten, dass der Patient im betreffenden Einzelfall vollständig aufgeklärt worden ist.⁵² Zu konzedieren ist, dass diese Indizien regelmäßig durch eine Behandlungsdokumentation erbracht werden.⁵³ Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die Beweisnot des Patienten hinsichtlich der therapeutischen Aufklärung nicht ohne eine entsprechende Behauptungs- und Darlegungslast des Arztes beseitigt werden kann. Dieser Darlegungslast kann der Arzt wiederum am effektivsten durch die Dokumentation der wesentlichen Gesprächsinhalte nachkommen. Des Weiteren wird vielfach nicht dem Umstand Rechnung getragen, dass dem Arzt überhaupt die Möglichkeit einer prozessual beweiskräftigen Dokumentation offensteht, während dies auf Seiten des Patienten nicht der Fall ist. Die Behandlung findet regelmäßig in einer medizinischen Einrichtung statt, in welcher der Arzt die umfassende Möglichkeit einer Beweissicherung hat. Zwar hat auch der Patient die Möglichkeit, während des Behandlungsgesprächs Notizen anzufertigen. Diese Vorgehensweise würde jedoch dem Arzt-Patienten-Verhältnis nicht zum Vorteil gereichen und dürfte auch von der Behandlungsseite nicht gewollt sein. Überdies ist zu berücksichtigen, dass der Arzt nach der Rechtsprechung den Beweis für eine ordnungsgemäße Aufklärung im Wege der Parteianhörung erbringen kann,

⁴⁸ OLG Hamm, VersR 2005, 837; OLG-München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁴⁹ Hausch, VersR 2007, 167 (171).

⁵⁰ OLG Bamberg, VersR 2005, 1292 (1293); Hausch, VersR 2007, 167 (171).

⁵¹ Hausch, VersR 2007, 167 (174).

⁵² OLG Hamm, MedR 2011, 439.

⁵³ OLG Hamm, MedR 2011, 439.

wenn er keine beweiskräftige Dokumentation vorgenommen hat.⁵⁴ Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Rechtsprechung die Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der therapeutischen Aufklärungspflicht über eine sekundäre Darlegungslast des Arztes sachgerecht löst.

III. Fazit

Der Patient muss eine fehlerhafte therapeutische Aufklärung beweisen. Damit obliegt ihm der Beweis eines Negativums. Hinzu kommt, dass die therapeutische Aufklärung regelmäßig im Vier-Augen-Gespräch stattfindet. Dies führt zu Beweisschwierigkeiten für den Patienten. Diese sind über eine extensive Anwendung des § 448 ZPO sowie eine sekundären Darlegungs- und Behauptungslast des Arztes zu lösen. Zugleich besteht die Herausforderung, die Beweislast für eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung nicht auf die Behandlungsseite verlagern. Die Rechtsprechung wird dieser Herausforderung gerecht.

C. Einzelne Beweislastfragen bei der Einbestellungspflicht

I. Beweislast für Einbestellungspflicht

Der Patient muss in einem ersten Schritt beweisen, dass der Arzt verpflichtet gewesen ist, ihn einzubestellen.⁵⁵ Hierbei geht es um die sachverständig zu beantwortende Frage, ob überhaupt ein spezifischer Behandlungsbedarf beim Patienten besteht. Wird dies verneint, ist der Arzt denknotwendig nicht verpflichtet den Patienten einzubestellen. Den Beweis der Einbestellungspflicht kann der Patient daher regelmäßig erst auf Grundlage sachverständiger Ausführungen erbringen. Dies wirft die Frage der prozessualen Verortung der Einbestellungspflicht auf. Es liegt nahe, die Einbestellungspflicht auf der Tatsachenebene zu verorten, wenn sie erst mittels einer Beweisaufnahme festgestellt werden kann. Allerdings hätte dies zur Konsequenz, dass der Patient im Prozess eine Einbestellungspflicht behaupten müsste und das Gericht eine solche andernfalls gänzlich außer Betracht lassen würde. Im Kern gelten dieselben Erwägungen, die auch bei der prozessrechtlichen Verortung des medizinischen Standards Platz greifen. Die Verortung ärztlicher Pflichten und Standards innerhalb der Tatsachenebene führt zu einer Herausbildung einer Vielzahl von Standards und kann dadurch medizinische Fehlentwicklungen begünstigen. Insbesondere im Falle typisierbarer Organisationspflichten, wie der Einbestellungspflicht, kann es dazu führen, dass identisch gelagerte Sachverhalte unterschiedlich beurteilt würden. Daher erscheint es vorzugswürdig, die Einbestellungspflicht auf der Rechtsfragenebene zu verorten, die jedoch eine Tatsachenermittlung voraussetzt.

⁵⁴ OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816; OLG Koblenz, VersR 2017, 353.

⁵⁵ OLG München, BeckRS 2011, 27262; OLG Stuttgart, BeckRS 2000, 01719, Rn. 13.

II. Beweislast für fehlerhafte Einbestellung beim Behandlungstermin

Die dargestellten Grundsätze zur Beweislast bei der therapeutischen Aufklärung wirken sich auf die Beweislastverteilung aus, wenn der Patient behauptet, dass der Arzt ihn nicht oder fehlerhaft zur weiteren Behandlung einbestellt hat. Der Patient muss beweisen, dass ihm ein bestimmter Rat oder Hinweis vom Arzt nicht erteilt worden ist.⁵⁶ Der Hinweis auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Weiterbehandlung sind grundsätzlich innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten. Behauptet der Patient, dass der Arzt ihn nicht oder nur unvollständig einbestellt hat, macht er damit letztlich einen therapeutischen Aufklärungsfehler geltend und muss diesen beweisen.⁵⁷ Bei der Behauptung einer fehlerhaften Einbestellung handelt es sich letztlich um die Tatsachengrundlage für die Ermittlung einer ärztlichen Pflichtverletzung.⁵⁸ Dem Patienten obliegt somit der Nachweis für ein Negativum.⁵⁹ Dies ist jedoch unerheblich, wenn die Behandlungsseite ihrer sekundären Darlegungs- und Behauptungslast genügt, indem sie beispielsweise durch eine entsprechende Dokumentation in der Patientenakte nachweist, dass dem Patienten das Erfordernis einer Kontrolluntersuchung mitgeteilt worden ist oder ein entsprechender Eintrag auf einen solchen Hinweis schließen lässt.⁶⁰ Das OLG Köln verneint in einem Sachverhalt, dass der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins einbestellt hat, unter anderem mit einer fehlenden Dokumentation der Einbestellung.⁶¹ Zugleich weist die Rechtsprechung jedoch darauf hin, dass der Arzt eine reelle und faire Chance haben muss, den ihm im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs auch im Rahmen der therapeutischen Aufklärung zu führen.⁶² Da den Patienten für eine nicht erfolgte oder unvollständige Aufklärung die Beweislast trifft, müsse es dem Arzt möglich sein, den Hauptbeweis zu erschüttern, ohne das Gegenteil des klägerischen Vortrages beweisen zu müssen.⁶³ Praktisch bemerkbar macht sich dies beispielsweise dadurch, dass der Arzt den Nachweis der ordnungsgemäßen Einbestellung im Wege der Parteianhörung oder des Zeugenbeweises erbringen kann, wenn er eine entsprechende Dokumentation nicht vorgenommen hat.⁶⁴ Je-

⁵⁶ OLG Stuttgart, BeckRS 2014, 11096; OLG München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁵⁷ OLG Koblenz, MDR 2017, 1301; OLG Hamm, BeckRS 2018, 7527, Rn. 24; OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 48.

⁵⁸ OLG Koblenz, BeckRS 2013, 15716.

⁵⁹ OLG Koblenz, BeckRS 2013, 15716; *Hausch*, VersR 2007, 167 (168).

⁶⁰ OLG Hamm, VersR 2005, 837; OLG Koblenz, BeckRS 2013, 15716; OLG-München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁶¹ OLG Köln, NJW-RR 2001, 92 (93).

⁶² OLG-München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁶³ OLG-München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁶⁴ OLG Koblenz, MDR 2017, 1301; OLG Koblenz, VersR 2017, 353.

doch darf es dem Patienten nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Arzt nicht substantiiert dazu vorträgt, dass er den Patienten auf die Gefahr einer schwerwiegenden Erkrankung hingewiesen hat.⁶⁵ Andernfalls wird er mit dem Risiko belastet, dass er die Nichtaufklärung nicht beweisen kann.⁶⁶ Beweist der Patient eine fehlerhafte therapeutische Aufklärung, bedeutet dies jedoch nicht, dass damit sein Schadensersatzanspruch begründet ist. Gelingt dem Patienten der Nachweis, dass der Arzt ihn fehlerhaft oder überhaupt nicht einbestellt hat, muss der Patient in einem weiteren Schritt beweisen, dass der eingetretene Gesundheitsschaden ausgeblieben wäre, wenn der Arzt ihn ordnungsgemäß einbestellt hätte.⁶⁷ Der Patient muss damit im Kern beweisen, dass diejenigen Untersuchungsmaßnahmen, die im Falle der rechtzeitigen Weiterbehandlung durchgeführt wären, den Eintritt des Gesundheitsschadens verhindert hätten.⁶⁸ Hierbei gilt das Beweismaß des § 286 ZPO.⁶⁹ Zudem kann im Ausnahmefall die Frage streitig sein, ob der Patient überhaupt zu einem Behandlungstermin erschienen ist. Das OLG Hamm hatte über einen derart gelagerten Sachverhalt zu entscheiden und sah die Beweislast für die Wahrnehmung eines Untersuchungstermins beim Patienten.⁷⁰ Diese Auffassung überzeugt. Behauptet der Patient, dass ein Untersuchungstermin stattgefunden hat und dem Arzt bei diesem Behandlungstermin ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, handelt es sich bei der Behauptung des Behandlungstermins um die Tatsachengrundlage für die Ermittlung eines ärztlichen Behandlungsfehlers, sodass die Beweislast nach den allgemeinen Grundsätzen beim Patienten liegt. Gelingt dem Patienten der Beweis, dass er sich in Behandlung begeben hat, kann das Unterlassen angezeigter Untersuchungen einen Behandlungsfehler begründen.⁷¹

III. Beweislast für Einbestellung nach Behandlungstermin

Die Beweislast für die Einbestellung nach dem Behandlungstermin, also eine fernkommunikative Einbestellung, hängt davon ab, inwieweit der Arzt den Patienten bereits während des Behandlungstermins aufgeklärt hat. Ist bereits nachgewiesen, dass der Arzt den Patienten bereits beim Behandlungstermin unvollständig oder überhaupt nicht einbestellt hat, liegt die Beweislast für eine anschließend erfolgte Einbestellung beim Arzt. Trägt der Arzt vor, dass er den Patienten nach dem Behandlungstermin einbestellt hat, handelt es sich um einen für den Arzt grundsätzlich günstigen Umstand, der den Prozessausgang entschei-

⁶⁵ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁶⁶ OLG München, NJW-RR 1995, 85 (87).

⁶⁷ OLG Köln, VersR 1999, 96; OLG Köln, BeckRS 2003, 30319654.

⁶⁸ OLG Köln, VersR 1999, 96.

⁶⁹ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 458 (459); OLG Köln, VersR 1999, 96.

⁷⁰ OLG Hamm, VersR 2005, 837.

⁷¹ OLG Hamm, VersR 2005, 837.

dend beeinflussen kann. Bestellt der Arzt den Patienten nicht bereits während des Behandlungstermins ein, kann er die Einbestellung dennoch fernkommunikativ nachholen. Benachrichtigt er den Patienten rechtzeitig, dürfte der zuvor durch die versäumte Einbestellung entstandene Behandlungsfehler wieder beseitigt werden. In einer solchen Konstellation kommt der Arzt seiner therapeutischen Aufklärungspflicht rechtzeitig nach, indem er den Patienten über den erforderlichen Behandlungstermin benachrichtigt. Zwar kann angeführt werden, dass die Einbestellung grundsätzlich bereits während des Behandlungstermins zu erfolgen hat und eine nachträgliche Aufklärung den zuvor begangenen Aufklärungsfehler nicht beseitigt. Allerdings kann diese Frage unbeantwortet bleiben. Bestellt der Arzt den Patienten nachträglich noch rechtzeitig ein und bleibt der Patient dennoch dem Behandlungstermin fern, gelingt dem Patienten der Kausalitätsnachweis nicht. Ähnliche Erwägungen finden sich in der Rechtsprechung wieder. Instruktiv hierzu ist ein Urteil des OLG Koblenz.⁷² Der Arzt hatte den Patienten fehlerhaft angeraten, sich innerhalb von sechs Monaten erneut vorzustellen. Der Kläger hatte behauptet, dass eine Einbestellung innerhalb von drei Monaten angezeigt gewesen wäre, ist aber selbst nach sechs Monaten nicht zur weiteren Behandlung erschienen. Der Senat verortet diesen Umstand auf der Kausalitätsebene zu Lasten des Patienten.⁷³ Diese Einschätzung wird vereinzelt kritisiert.⁷⁴ Für die hier relevante Konstellation einer nachträglichen Einbestellung gelten die genannten Grundsätze jedoch erst recht. Wenn die Kausalität bereits bei einer fehlerhaften Einbestellung verneint wird, sofern der Patient nicht innerhalb des fehlerhaften Einbestellungsintervalls erscheint, muss dies erst recht gelten, wenn der Patient bei einer fernkommunikativ erfolgten Einbestellung nicht innerhalb des zutreffend genannten Zeitraumes erscheint.

D. Ermittlung der Einbestellungspflicht im Prozess

I. Abgrenzung zwischen medizinischer und juristischer Kompetenz

1. Problemstellung

Die Einbestellungspflicht ist Bestandteil des medizinischen Standards.⁷⁵ Dieser wird im Haftungsprozess grundsätzlich vom medizinischen Sachverständigen ermittelt.⁷⁶ Allerdings beschränkt sich die richterliche Entscheidungsfindung nicht auf die bloße Übernahme der medizinischen Wertungen.⁷⁷ Auf Grundlage

⁷² OLG Koblenz, MedR 2011, 46.

⁷³ OLG Koblenz, MedR 2011, 46 (48).

⁷⁴ Gerecke, MedR 2011, 48.

⁷⁵ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. V. 1.

⁷⁶ Velten, Der medizinische Standard, S. 55.

⁷⁷ Velten, Der medizinische Standard, S. 127 f.

der medizinischen Tatsachen stellt das Gericht vielmehr eigenständige normative Wertungen auf.⁷⁸ Insbesondere die ärztliche Einbestellungspflicht weist die Besonderheit auf, dass es sich bei ihr um eine Organisationspflicht handelt, die auch aus einer rechtlichen Perspektive heraus zu ermitteln ist. Dies wirft die Folgefrage auf, ob die Ermittlung der Einbestellungspflicht primär nach medizinischen oder rechtlichen Maßstäben zu erfolgen hat. Diese Frage betrifft nicht nur das Bestehen einer Einbestellungspflicht an sich, sondern auch ihre konkrete Ausgestaltung, wie sie im vierten Kapitel untersucht worden ist. Konkreter kann die Fragestellung auch dahingehend gefasst werden, ob dem medizinischen Sachverständigen über die Ermittlung der medizinischen Bewertungsgrundlagen hinaus überhaupt die Kompetenz für die Ermittlung einer Einbestellungspflicht und ihrer konkreten Ausgestaltung zukommt. Erstreckt sich die Kompetenz des medizinischen Sachverständigen beispielsweise auf die Frage, ob der Arzt im Einzelfall zu einer telefonischen oder postalischen Einbestellung verpflichtet ist? Diese Fragestellung ist Teil einer grundlegenden Problematik, die in der Literatur als Diskurs zwischen Einheits- und Hierarchieansätzen geführt wird.⁷⁹

2. Einheitsansatz

Mit dem Einheitsansatz wird die Auffassung vertreten, dass sich der juristische Standard über den medizinischen Standard definiert. Nach dieser Ansicht obliegt die Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler und eine Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt vorliegen, nicht dem Richter, sondern der medizinischen Wissenschaft.⁸⁰ Begründet wird dies insbesondere mit dem Argument des Professionsvorbehalts, wonach allein der freie Arztberuf über die professionelle Kompetenz verfüge, um die Standards guter Behandlung festzulegen und die juristischen Profession gerade nicht über diese Kenntnisse verfüge, sodass sie die Standards guter Behandlung nicht kontrollieren könne.⁸¹

3. Hierarchieansatz

Im Gegensatz zum Einheitsansatz vertritt die herrschende Meinung mit dem Hierarchieansatz die Auffassung, dass die rechtliche Beurteilung ärztlichen Han-

⁷⁸ Velten, Der medizinische Standard, S. 128.

⁷⁹ Elster, Ärztliche Leitlinien, S. 106; Hart, in: Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, S. 53; Schmidt, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 47.

⁸⁰ Hart, MedR 2003, 603 (608); Kern, MedR 2004, 300 (301); Schmidt, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 51 ff.

⁸¹ Hart, in: Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, S. 57, 94 f.; Hart, AcP 203 (2003), 142 (146); Schmidt, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, S. 51.

delns gegenüber der medizinischen Bewertung autonom ist.⁸² Das Recht stehe über der Medizin und entscheide über die Richtigkeit der medizinischen Bewertung einer Behandlung, wobei sich das Recht bei seiner Beurteilung, ob eine Behandlung dem medizinischen Standard entspricht, medizinischen Sachverständes bedienen muss.⁸³ Als Begründung wird insbesondere angeführt, dass die unbesessene Übernahme medizinischer Bewertungen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung stets die Gefahr einer Standardsenkung und damit eines Qualitätsverlusts berge.⁸⁴ Ferner wird die Parallele zu vergleichbaren Situationen anderer Lebensbereiche wie unter Kaufleuten oder in technischen Fragen angeführt, wo der Richter die herausgebildeten Standards auch lediglich als Ausgangspunkt für eine autonome juristische Beurteilung zugrunde legt.⁸⁵ Darüber hinaus wird angeführt, dass nur der Hierarchieansatz der in Art. 97 Abs. 1 GG verankerten Unabhängigkeit der Gerichte Rechnung trägt.⁸⁶ Schließlich ist ein gewichtiges Argument darin zu sehen, dass ein medizinisch standardgemäßes Verhalten in bestimmten Fällen hinter dem rechtlich gebotenen Standard zurückbleiben kann, wie dies etwa bei besonderen persönlichen Fähigkeiten eines Arztes der Fall ist, die dieser nach der Rechtsprechung des BGH zum Schutze des Patienten einzusetzen hat.⁸⁷ Der Einheitsansatz muss, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, den Standard situativ nach oben anpassen, was zu dem befremdlichen Ergebnis führt, dass sich eine Vielzahl von Standards bilden.⁸⁸ Der hierarchische Ansatz ist somit dadurch gekennzeichnet, dass das Recht einzelfallbezogen über die Einhaltung der Standards nach juristischen Maßstäben entscheidet, dabei allerdings medizinische Kriterien ein wichtiger Anhaltspunkt bleiben.⁸⁹

4. Bewertung mit Blick auf die Einbestellungspflicht

a) Aufgabenbereich des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess

Die Feststellung der medizinischen Tatsachen und Beibringung der medizinischen Beurteilungsgrundlagen fallen in den Aufgaben- und Kompetenzbereich

⁸² *Elster*, Ärztliche Leitlinien in der vertraglichen Arzthaftung, S. 115; *Nowak*, Leitlinien in der Medizin, S. 110; *Ihle*, Ärztliche Leitlinien, Standards und Sozialrecht, 28; *Kreße*, MedR 2007, 393 (394); *Müller-Graff*, JuS 1985, 352 (356); *Taupitz*, in: Geltung und Faktizität von Standards, 63, 69; *Walter*, Spezialisierung und Sorgfaltsstandards, S. 156.

⁸³ *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 107.

⁸⁴ *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 108.

⁸⁵ *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 108; *Müller-Graff*, JuS 1985, 352 (356).

⁸⁶ *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 113.

⁸⁷ BGH, NJW 1997, 3090 (3091); BGH, NJW 1987, 1479 (1480); *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 114.

⁸⁸ *Taupitz*, in: Geltung und Faktizität von Standards, S. 63, 73; *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 114.

⁸⁹ *Elster*, Ärztliche Leitlinien, S. 110.

des Sachverständigen.⁹⁰ Der Sachverständige hat daher diejenigen Tatsachen festzustellen, die das Gericht ohne besondere Sachkunde nicht feststellen kann.⁹¹ Er muss daher die für eine gerichtliche Entscheidung erforderlichen Befundtatsachen herausarbeiten.⁹² Hierbei handelt es sich um Tatsachen, die der Sachverständige dem Gericht durch Einsatz seiner Sachkunde vermittelt.⁹³ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Sachverständige beurteilt, ob ein bestimmtes Fehlverhalten kausal für einen Gesundheitsschaden war oder ob aufgrund bestimmter Krankheitssymptome eine bestimmte Behandlungsmaßnahme indiziert war.⁹⁴ Hierbei ist der Sachverständige an den vom Gericht mitgeteilten Tatsachenstoff gebunden.⁹⁵ Sind für die Begutachtung relevante Anknüpfungstatsachen streitig, hat das Gericht dem Sachverständigen gemäß § 404a Abs. 3 ZPO mitzuteilen, welchen Sachverhalt er bei der Begutachtung zugrunde legen soll.⁹⁶ Aufgabe des Gerichts ist es sodann, die vom Sachverständigen festgestellten Tatsachen einer normativen Entscheidung zuzuführen, also der Akt der rechtlich bewertenden Subsumtion.⁹⁷ Eine Entscheidung über Rechtsfragen ist dem Sachverständigen daher verwehrt.⁹⁸ Ob der Behandelnde beispielsweise verpflichtet ist, einem mitbehandelnden Arzt oder dem Patienten das Ergebnis einer Befunderhebung mitzuteilen, ist keine Frage, die maßgeblich auf Grundlage medizinischen Sachverständnisses zu beurteilen ist. Allerdings sind die medizinischen Vorfragen, etwa die Frage, ob das Ergebnis der Befunderhebung auffällig oder bedrohlich und eine Weiterbehandlung daher dringend ist, mit Hilfe medizinischen Sachverständnisses als Befundtatsachen in den Prozess einzuführen. Die medizinische und juristische Bewertung wird sich hier in vielen Fällen decken. Zwingend ist dies aber nicht. Mit der abschließenden Beantwortung der medizinischen Fragen endet zugleich der Kompetenzbereich des Sachverständigen. Von diesem Punkt an liegt es am Gericht zu entscheiden, inwieweit das Verhalten des Arztes fehlerhaft war. Im Kern geht es hierbei im vertraglichen Bereich um die Frage, ob der Behandlungsseite eine zu vertretende Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB unterlaufen ist. Diese Frage bedarf ersichtlich medizinischer Erläuterung und Ex-

⁹⁰ Jansen, Der Medizinische Standard, S. 193; Laufs/Kern/Rehborn/Schmidt-Recla, ArztR-HdB § 119 Rn. 4.

⁹¹ Laufs/Kern/Rehborn/Schmidt-Recla, ArztR-HdB § 119 Rn. 4 mit der vorzugswürdigen Unterscheidung zwischen Empirie und Normativität.

⁹² Musielak/Voit/Huber, ZPO § 404a Rn. 5.

⁹³ Laufs/Kern/Rehborn/Schmidt-Recla, ArztR-HdB § 119 Rn. 8; BeckOK ZPO/Scheuch, ZPO § 404a Rn. 8.

⁹⁴ Laufs/Kern/Rehborn/Schmidt-Recla, ArztR-HdB § 119 Rn. 8.

⁹⁵ BeckOK ZPO/Scheuch, ZPO § 404a Rn. 8.

⁹⁶ BGH, NJW 1997, 1446 (1447).

⁹⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 367; Laufs/Kern/Rehborn/Schmidt-Recla, ArztR-HdB § 119 Rn. 4.

⁹⁸ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 815; Laufs/Kern/Rehborn/Schmidt-Recla, ArztR-HdB § 119 Rn. 4. Dies gilt auch für andere Rechtsgebiete, vgl. etwa BGH, NJW-RR 2005, 669 (671) für Honorarfragen im Bereich des Architektenrechts.

pertise, bleibt jedoch letztlich im Rahmen eines Zivilprozesses eine Rechtsfrage. Zusammenfassend lässt sich daher formulieren, dass der Sachverständige im Arzthaftungsprozess die faktischen medizinischen Beurteilungsgrundlagen durch Beantwortung der im Beweisbeschluss formulierten Fragen, unter Zugrundlegung des ihm vom Gericht mitgeteilten Sachverhaltes, in den Prozess einbringt. Mittelbares Ziel dieser Partizipation des Sachverständigen ist es, dass das Gericht eine Vorstellung von den medizinischen Gegebenheiten der konkreten Behandlungssituation erlangt, indem es sich bezogen auf die konkrete Behandlungssituation Fragen der Dringlichkeit, Chancen, Wahrscheinlichkeit, Risiken und Alternativen⁹⁹ beantworten lässt. Ausgehend von dieser Erkenntnis soll nachfolgend untersucht werden, inwieweit die Einbestellungspflicht einer Beurteilung des Sachverständigen zugänglich ist.

b) Einbestellung als Organisationspflicht zwischen Medizin und Recht

Gelangt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass ein bestimmter Befund aus medizinischen Gründen erst gar nicht hätte dem Patienten mitgeteilt werden müssen, weil er keine spezifische Aussagekraft entfaltet und nach medizinischem Standard keine Behandlung nach sich zieht, darf das Gericht nicht ohne Weiteres eine Behandlungspflicht bejahen, da es andernfalls zugleich eine eigene medizinische Bewertung vornimmt, die sich in den Ausführungen des Sachverständigen nicht wiederfindet bzw. ihnen möglicherweise gar zuwiderläuft. Gelangt der Sachverständige jedoch beispielsweise zu der Auffassung, dass es sich um einen Befund handelt, der nach medizinischem Standard dringend abzuklären ist, jedoch der Arzt nicht verpflichtet sei, den Patienten von sich aus einzubestellen, bewertet er hinsichtlich der Einbestellungsfrage Vorgänge, die einer außermedizinischen Beurteilung zugänglich und vom Gericht zu beantworten ist. Der Grund hierfür liegt darin, dass es sich hierbei um die Frage handelt, wie die Arzt-Patienten-Kommunikation rechtlich auszugestalten ist, wer also wen mit welchen Mitteln kontaktieren muss. Damit geht es im Kern um die Ausgestaltung ärztlicher Kommunikationspflichten. Die rechtliche Bewertung der vom Sachverständigen vorgetragenen medizinischen Tatsachen, ob es also der ärztlichen Sorgfalt entspricht, einen Befund mit dem betreffenden Ergebnis weiterzuleiten, ist mittels rechtsmethodischer Auslegung vorzunehmen.¹⁰⁰ Präziser lässt sich auch formu-

⁹⁹ Dringlichkeit, Chance, Wahrscheinlichkeit, Risiko und Alternative sind die maßgeblichen Kategorien, innerhalb derer, häufig natürlich in Wechselwirkung zueinander, ärztliches Handeln stattfindet, ärztliche Entscheidungen getroffen und Empfehlungen abgegeben werden.

¹⁰⁰ Laufs/Kern/Rehborn/*Schmidt-Recla*, *ArztR-HdB* § 119 Rn. 4; so ist der BGH den Ausführungen des Sachverständigen nicht gefolgt, der die unterlassene Mitteilung eines Krebsbefundes an den Patienten als nicht grob fehlerhaft bewertet hat. Der Sachverständige hatte die Auffassung vertreten, dass dies im alltäglichen Behandlungsablauf vorkommen könne, BGH, *MedR* 2019, 66 (68).

lieren, dass die Frage, ob in einer bestimmten Behandlungssituation überhaupt eine Behandlungs- und Untersuchungspflicht besteht, eine vom Sachverständigen zu beantwortende Befundtatsache darstellt. Hingegen stellt die Frage, wie und mit welcher Sorgfalt der Patient hiervon zu unterrichten ist, eine rechtliche Wertung dar, die vom Gericht vorzunehmen ist.¹⁰¹ Diese rechtliche Bewertung bedarf, soweit die medizinischen Vorfragen sachverständig ermittelt worden sind, grundsätzlich keiner weiteren medizinwissenschaftlichen Klärung. Führt der Sachverständige etwa aus, dass ein EKG mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 90 % einen Herzinfarkt ausgewiesen hätte und aufgrund der sonstigen Symptomatik eine unverzügliche Krankenhauseinweisung erforderlich war, kann das Gericht einen groben Behandlungsfehler annehmen – und damit eine rechtliche Bewertung treffen –, auch wenn der Sachverständige eine solche Beurteilung nicht selbst vornimmt.¹⁰² Entscheidend ist, dass der Arzt die Befundtatsachen derart feststellt, dass das Gericht daran anknüpfend eine normative Bewertung hinsichtlich der ärztlichen Sorgfalt vornehmen kann. So wird in dem soeben genannten Beispielfall deutlich, dass die Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit das EKG einen Herzinfarkt ausgewiesen hätte, eine medizinische Beurteilung in Gestalt einer Befundtatsache darstellt. Ist diese Beurteilung getroffen, kann das Gericht daran anknüpfend eine eigene rechtliche Bewertung vornehmen, die im Beispielfall auf die Frage hinausläuft, ob die Verkennung eines mit 90%iger Wahrscheinlichkeit erkennbaren Herzinfarktes einen groben Behandlungsfehler darstellt. Allerdings muss sich das Gericht bei der rechtlichen Bewertung mit Ausführungen des Sachverständigen auseinandersetzen, die geeignet sind, eine andere Bewertung nahezulegen. Insbesondere im Bereich der Organisationspflichten können medizinische und rechtliche Beurteilungen unterschiedlich ausfallen. Demgemäß wird darauf hingewiesen, dass organisatorische Standards als „multidisziplinäre und multiprofessionelle Standards“ zu verstehen sind, die durch das Recht und innerhalb eines rechtlichen Rahmens mittels sachverständiger Beratung bestimmt werden.¹⁰³ Allerdings ist mit Blick auf organisatorische Pflichten darauf hinzuweisen, dass das Recht gegenüber dem medizinischen Sachverstand dominiert. Fragen der Krankenhausorganisation, der Arbeitszeiteinteilung, der lückenlosen Überwachung und der ärztlichen Arbeitsteilung sind im Zweifelsfall durch das Recht zu korrigieren, da sie dem Recht und damit einer eigenständigen, rechtlichen Wertung eher zugänglich sind.¹⁰⁴ Der medizinische Standard beschränkt sich damit nicht auf die reine Anwendung derjenigen Behandlungsmaßnahmen, die dem jeweils aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft und erprobten ärztlichen Erfahrung entsprechen. Das bereits angeführte

¹⁰¹ Laufs/*Katzenmeier*/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XII. Rn. 6.

¹⁰² BGH, NJW 1996, 1589 (1590).

¹⁰³ BeckOK BGB/*Katzenmeier*, BGB § 630a Rn. 153.

¹⁰⁴ BeckOK BGB/*Katzenmeier*, BGB § 630a Rn. 153; Spickhoff/*Greiner*, *Medizinrecht*, BGB § 839 Rn. 6.

Beispiel, ob die Pflicht einer Befundmitteilung zwischen Ärzten besteht, kann somit anhand der Ermittlung des medizinischen Standards beantwortet werden. Die Haftung für Organisationsfehler ist daher primär nach rechtlichen Maßstäben und nicht nach innermedizinischen Vorgaben zu beurteilen.¹⁰⁵ Diese Sichtweise deckt sich mit der prozessrechtlichen Verortung des medizinischen Standards auf der Rechtsfragenebene.¹⁰⁶ Geht es somit um die Frage, ob die Behandlungsseite zur Vornahme bestimmter organisatorischer Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten verpflichtet ist, handelt es sich grundsätzlich um eine auf medizinischem Wissen zu stützende, reine Rechtsfrage. Prozessrechtliche Konsequenzen hat dies auch insoweit, als der Patient das Bestehen der Organisationspflicht nicht explizit vortragen muss, sondern das Gericht *dabo tibi ius* eine solche Pflicht im Einzelfall bejahen kann. Exemplarisch ist dies anhand einer Entscheidung des OLG Hamm zu veranschaulichen.¹⁰⁷ Im Rahmen einer routinemäßigen Krebsuntersuchung ergab sich bei der Klägerin ein unklarer Befund, der sich noch nicht als bösartig bezeichnen ließ, aber abklärungsbedürftig war. Die Beklagte forderte die Klägerin postalisch mit einfachem Schreiben auf, sich erneut in der Praxis vorzustellen. Nachdem die Klägerin dieser Aufforderung nicht nachkam, erinnerte die Beklagte sie nicht erneut an die Erforderlichkeit der Terminwahrnehmung. Die Klägerin erachtete dies als fehlerhaft. Der Senat führt hierzu wie folgt aus:

„Der Sachverständige hat nach erneuter intensiver Befragung durch den Senat erklärt, dass die Patientinnen – auch in seiner Privatambulanz – standardmäßig nur bei Auffälligkeiten, etwa bei bösartigen Befunden angeschrieben bzw. an die Wahrnehmung von Terminen erinnert würden. Bei – wie hier vorliegenden – unklaren und nur kontrollbedürftigen Befunden wäre die Forderung nach einem solchen Nachfassen zu weitgehend. Diese Auffassung schließt sich der Senat auch in rechtlicher Hinsicht an.“¹⁰⁸

Die Beurteilung des Senats soll an dieser Stelle nicht bewertet werden. Allerdings sind die Ausführungen des Sachverständigen in den Blick zu nehmen, anhand derer sich anschaulich die Trennung zwischen medizinischem Sachverstand und juristischer Bewertung bei der Frage einer organisatorischen Pflichtverletzung vornehmen lässt. Unter diesem Gesichtspunkt tätigt der Sachverständige mitunter Ausführungen, die sich nicht mehr dem Kernbereich medizinischen Sachverstands zuordnen lassen, sondern vielmehr rein juristischer Natur sind. Allerdings erkennt der Senat dies, indem er darauf hinweist, dass er sich den Aus-

¹⁰⁵ So auch *Staudt*, Medizinische Richt- und Leitlinien im Strafrecht, S. 106. Missverständlich ist es jedoch, aus einer Dominanz rechtlicher Maßstäbe bei der Ermittlung organisatorischer Pflichten den Schluss zu ziehen, diese richteten sich nicht nach dem medizinischen Standard, so aber *Staudt*, S. 106. Denn die organisatorischen Pflichten werden gerade aus dem medizinischen Standard ermittelt.

¹⁰⁶ *Velten*, Der medizinische Standard, S. 89.

¹⁰⁷ OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753.

¹⁰⁸ OLG Hamm, BeckRS 2016, 12753.

fürungen des Sachverständigen „in rechtlicher Hinsicht“ anschließt. Die Frage, ob ein Befund weiterer Abklärung bedarf und in welchem Intervall die Abklärung durchzuführen ist, ist zwar dem Kernbereich medizinischen Sachverständnisses zuzuordnen. Steht jedoch auf dieser Grundlage fest, dass eine Abklärung unter medizinischen Gesichtspunkten geboten ist, kann sich – wie im vorliegenden Fall – die Frage anschließen, welche informatorischen Pflichten ärztlicherseits bestehen, um sicherzustellen, dass die gebotene Weiterbehandlung zeitnah durchgeführt wird. Diese Frage ist rein juristischer Natur. Sie knüpft zwar an medizinische Kenntnisse an und kann ohne diese nicht beantwortet werden, befindet sich jedoch ab dem Vorliegen der erforderlichen medizinischen Kenntnisse sichtbar innerhalb einer juristischen Bewertungssphäre. Die Beantwortung der Frage, ob oder wie oft ein Arzt verpflichtet ist, den Patienten an einen erforderlichen Behandlungstermin zu erinnern, wenn dieser trotz schriftlicher Terminerinnerung fernbleibt, erfordert keine medizinischen Kenntnisse. Diese Frage ist rein normativer Natur und kann unter Zugrundelegung der maßgeblichen Vorschriften des Behandlungsvertrages sowie des Deliktsrechts und deren rechtsmethodischer Interpretation beantwortet werden. Diese Fragestellung betrifft die rechtliche Abgrenzung der Verantwortungs- und Risikobereiche zwischen Arzt und Patient. Die Auflösung widerstreitender Interessen zwischen Arzt und Patient im Rahmen des medizinischen Standards fällt ausschließlich in den richterlichen Kompetenzbereich.¹⁰⁹ Deswegen weisen auch die Vertreter des Einheitsansatzes darauf hin, dass dieser allein für die Behandlungsfehlerhaftung gelten soll und die Frage der Verletzung von Organisationspflichten rein juristisch zu beurteilen sei.¹¹⁰ Die Frage, ob bei unklarer und unter medizinischen Gesichtspunkten erörterungsbedürftiger Befundung der Patient trotz vorangegangener Information fernmündlich oder postalisch zu kontaktieren ist, ist keine Frage, die dem Kernbereich ärztlicher Profession zuzuordnen ist. Erforderlich ist allerdings, dass die Notwendigkeit einer Weiterbehandlung durch den Sachverständigen überhaupt bejaht wird. Bei der Beantwortung dieser Frage dominiert sichtbar der medizinische Sachverständnis. Bejaht der Sachverständige das Erfordernis der Weiterbehandlung, obliegt es dem Gericht zu bestimmen, in welchem Umfang der Behandelnde verpflichtet ist, Anstrengungen zu unternehmen, die darauf gerichtet sind sicherzustellen, dass der Patient zur weiteren Behandlung erscheint. Dies geht auch aus der zutreffenden Formulierung des Senats hervor, wonach dieser sich den Ausführungen des Sachverständigen auch *in rechtlicher Hinsicht* anschließen. Allerdings sind die Ausführungen des Sachverständigen zur Frage einer Einbestellungspflicht nicht maßgebend. Allerdings kann der Sachverständige seine Einschätzung mitteilen, soweit er spezifische Kenntnisse zu organisatorischen Fragen hat, die dem Gericht eine konkretere Entscheidungsgrundlage bieten. Das Gericht

¹⁰⁹ Velten, Der medizinische Standard, S. 77 f.

¹¹⁰ Schmidt, Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht, 51 f.; Hart, in: Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht, 58 f.

kann den Sachverständigen daher zu seinen Erfahrungswerten betreffend organisatorische Fragen anhören. Beispielsweise kann der Sachverständige seine Auffassung mitteilen, inwieweit die unterlassene Weiterleitung eines bedrohlichen Befundes an den Patienten unter organisatorischen Gesichtspunkten einen groben Behandlungsfehler darstellt bzw. welche Gesichtspunkte aus dem organisatorischen Behandlungsalltag hierbei zu berücksichtigen sind.¹¹¹ Die normative Beurteilung dieser Ausführungen muss jedoch das Gericht treffen.¹¹² Hierbei ist allerdings erforderlich, dass der Sachverständige konkret mitteilt, auf welche Fakten er seine Einschätzung stützt und keinen neuen Tatsachenstoff in den Prozess einbringt. Ferner muss das Gericht konkret herausarbeiten, inwieweit es sich bei den vom Sachverständigen mitgeteilten Umständen um dessen normative Einschätzung handelt.¹¹³ Ferner kann sich im Einzelfall die Kompetenz des Sachverständigen auch auf organisatorische Fragen beziehen, soweit diese beispielsweise detailliertes Wissen hinsichtlich der Strukturen innerhalb des Krankenhausbetriebes betreffen, der bekanntermaßen durch einen hohen Grad an Arbeitsteiligkeit und dadurch bedingt eine hohe Komplexität gekennzeichnet ist. In diesem Bereich ist das Gericht verstärkt auf die Erkenntnisse des medizinischen Sachverständigen angewiesen, um einen Einblick in die internen Organisationsstrukturen zu erhalten und muss seine Entscheidung daher auf dessen Ausführungen stützen. Allerdings betrifft dies regelmäßig nicht die Einbestellungspflicht gegenüber dem Patienten. Beispielhaft für eine fehlerhafte Verortung der Frage einer ärztlichen Einbestellungspflicht innerhalb des Kompetenzbereichs des medizinischen Sachverständigen sind die nachfolgenden Ausführungen des OLG Koblenz:

„Wenn der Arzt den Patienten auf die Notwendigkeit einer erneuten Vorsorgeuntersuchung hinweist und ihm dafür einen Zeitkorridor nennt, gibt es keine rechtliche Pflicht den Patienten an die Terminswahrnehmung zu erinnern. Die Sachverständigen haben einen entsprechenden Standard auf der Grundlage von Empfehlungen, Leitlinien oder Richtlinien oder auch nur eine entsprechende Praxis nicht aufgezeigt.“¹¹⁴

Dem Senat ist im Ergebnis zuzustimmen. Dieses deckt sich mit der hier vertretenen Auffassung, wonach der Arzt bei vollständiger therapeutischer Aufklärung während des Behandlungstermins ohne Vorliegen neuer Befunde nicht verpflichtet ist, den Patienten erneut einzubestellen, da eine solche Pflicht den Charakter einer allgemeinen Terminerinnerungspflicht hätte und mit dem Leitbild vom mündigen Patienten nicht in Einklang zu bringen ist.¹¹⁵ Nicht zuzustimmen ist dem Senat jedoch, soweit er impliziert, dass eine entsprechende Pflicht erst einer

¹¹¹ Vgl. hierzu BGH, MedR 2019, 66 (68).

¹¹² BGH, MedR 2019, 66 (68).

¹¹³ Laufs/Kern/Rehborn/*Schmidt-Recla*, ArztR-HdB § 119 Rn. 4, der zugleich darauf hinweist, dass in Beweisbeschlüssen oftmals unzutreffend auch normative Fragestellungen an den Sachverständigen delegiert werden.

¹¹⁴ OLG Koblenz, NJOZ 2011, 907 (908).

¹¹⁵ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. c), d).

ärztlichen Praxis bedarf oder in den medizinischen Regelwerken niedergeschrieben sein muss. Vielmehr ist die ärztliche Einbestellungspflicht als normative Vorgabe ausschließlich unter rechtsmethodischer Auslegung der einschlägigen Vorschriften zu ermitteln. Will das Gericht wie im genannten Beispielfall der Einschätzung des Sachverständigen folgen, ist es erforderlich, dass konkret herausgearbeitet ist, aus welchen organisatorischen Gründen der Arzt nicht zur Einbestellung verpflichtet gewesen ist.

5. Fazit

Die Einbestellungspflicht ist einzelfallabhängig auf Grundlage medizinischen Sachverständes von der Rechtsprechung zu bestimmen. Während der Sachverständige die medizinischen Grundlagen in den Prozess einbringt, ist die Bejahung einer Einbestellungspflicht sowie ihre konkrete Ausgestaltung eine normative Wertung, die vom Gericht getroffen wird. Der Sachverständige kann hierzu vom Gericht angehört werden. Insbesondere im Bereich der Organisationspflichten ist es erforderlich, dass der Sachverständige seine Einschätzung in Gestalt eigener Erfahrungswerte mitteilt. Allerdings muss hierbei herausgearbeitet werden, inwieweit die vom Sachverständigen mitgeteilten Umstände lediglich dessen normative Auffassung wiedergeben, da die normative Beurteilung dem Gericht vorbehalten ist.

II. Passivlegitimation bei der Einbestellungspflicht

1. Problemstellung

Die Frage einer ärztlichen Einbestellungspflicht stellt sich nicht nur mit Blick auf ihre vertragsrechtliche Verortung. Sie ist auch relevant, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen dem Patienten und der Behandlungsseite nicht zustande kommt und daher eine vertragliche Einbestellungspflicht nicht ausgelöst wird. Dann stellt sich die Frage, wem die Einbestellungspflicht sowie ihre Verletzung haftungsrechtlich zuzurechnen ist. Dies geht mit der Vorfrage einher, wer Schuldner der Einbestellungspflicht ist. Beispielsweise ist die deliktsrechtliche Inanspruchnahme des behandelnden Arztes unter anderem bei einem Arzt erforderlich, der nur als Angestellter in einer Praxis oder einem Medizinischen Versorgungszentrum arbeitet, soweit vertragliche Beziehungen allein zwischen dem Patienten und dem Praxisinhaber zustande kommen.¹¹⁶ Daneben ist der Rückgriff auf deliktsrechtliche Haftungstatbestände in Fällen erforderlich, in denen aufgrund eines sog. totalen Krankenhausaufnahmevertrages ein Vertragsverhältnis nur zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger zustande kommt.¹¹⁷ Insgesamt stellt sich die Frage des deliktischen Rückgriffs somit bei Fehlen einer

¹¹⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 303.

¹¹⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 303.

vertraglichen oder quasivertraglichen Rechtsbeziehung oder bei Ansprüchen gegen den behandelnden Arzt, mit dem keine vertraglichen Beziehungen zustande gekommen sind.¹¹⁸ Insoweit wird im Schrifttum von einer „Schwerpunktverlagerung in Richtung des Vertragsrechts“ gesprochen.¹¹⁹ Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, der darauf hinweist, dass die deliktische Arzthaftung neben der vertraglichen Haftung möglicherweise an Bedeutung verlieren wird.¹²⁰ Allerdings betont der Gesetzgeber zugleich, dass die deliktischen Haftungstatbestände eine eigenständige Bedeutung in Fällen haben, in denen „einer Behandlung kein Behandlungsvertrag zugrunde liegt oder der Geschädigte keine vertraglichen Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag gegen denjenigen, der die Behandlung durchgeführt hat, geltend machen kann“¹²¹. In diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit eine Einbestellungspflicht aus den deliktsrechtlichen Tatbeständen ausgelöst wird. Insgesamt ist somit der Frage nachzugehen, wen der Patient im Falle einer verletzten Einbestellungspflicht haftungsrechtlich in Anspruch nehmen kann. Hierbei sind die in der Behandlungspraxis gängigen Behandlungs- und Vertragskonstellationen in den Blick zu nehmen.

2. Organhaftung

Bei der Zurechnung pflichtwidrigen Verhaltens ist auch bei Behandlungsfehlern eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Organhaftung gemäß §§ 31, 89 BGB möglich. § 31 BGB ist eine haftungszuweisende Norm, die ein haftungsbegründendes Verhalten voraussetzt.¹²² Eine Organstellung im Sinne dieser Norm liegt vor, wenn der für das Krankenhaus tätige Arzt Aufgaben wahrnimmt, die denen eines Vorstandes einer Gesellschaft oder eines Vereins mit Blick auf ihre Bedeutung, Selbstständigkeit und Repräsentationswirkung gleichstehen.¹²³ Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Arzt selbstständig in eigener Verantwortung die gesamte ärztliche und pflegerische Versorgung der Patienten für das Krankenhaus leitet.¹²⁴ Relevant wird die Organhaftung regelmäßig bei Behandlungsfehlern des Chefarztes.¹²⁵ Arbeitet der Chefarzt vollständig weisungsfrei, ist er haftungsrechtlich verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne von § 31 BGB.¹²⁶ Die Rechtsprechung stellt hierbei auch auf das Gewicht der Einfluss-

¹¹⁸ Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB § 102 Rn. 1.

¹¹⁹ Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB § 102 Rn. 1.

¹²⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

¹²¹ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

¹²² BGH NJW 1987, 1193 (1194); Laufs/Kern/Rehborn, ArztR-HdB § 103 Rn 13.

¹²³ OLG Koblenz, NJW 1990, 1534 (1534).

¹²⁴ OLG Koblenz, NJW 1990, 1534 (1534).

¹²⁵ BGH NJW 1972, 334; BGH, NJW 1980, 1901; BGH, NJW 1985, 2189; BGH, NJOZ 2003, 684.

¹²⁶ BGH, NJW 1980, 1901 (1902).

nahme ab.¹²⁷ Der Belegarzt ist daher grundsätzlich nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter. Allerdings kommt eine Organhaftung in Betracht, wenn der Belegarzt eine Pflichtverletzung begeht, die zugleich seinem Aufgabenfeld als Geschäftsführer zuzurechnen ist.¹²⁸ Im Falle einer fehlerhaften Einbestellung kommt es darauf an, inwieweit das Verhalten des Arztes, dem der Einbestellungsfehler unterlaufen ist, dem Krankenhaus zugerechnet werden kann. Werden die Behandlung und insbesondere die therapeutische Aufklärung vom weisungsfreitätigen Chefarzt durchgeführt, liegen die Voraussetzungen für eine Haftungszurechnung nach §§ 31, 89 BGB vor. Bei anderen Ärzten kommt im Rahmen der vertraglichen Haftung eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB in Betracht

3. Behandlung im Krankenhaus

a) Einbestellung beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag

Der totale Krankenhausaufnahmevertrag liegt üblicherweise bei der stationären Krankenhausbehandlung von Kassenpatienten vor.¹²⁹ Der Krankenhausträger verpflichtet sich gegenüber dem Patienten, alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Versorgung zu erbringen.¹³⁰ Bei diesem Vertragstypus bleiben die Ärzte verfassungsmäßig berufene Vertreter, Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen der Klinik.¹³¹ Der Patient erhält mit dem Krankenhausträger einen einzigen Schuldner, sodass es für ihn unbeachtlich ist, wer innerhalb der Krankenhausorganisation für seinen Gesundheitsschaden verantwortlich ist.¹³² Der Krankenhausträger haftet für Pflichtverletzungen des dort tätigen ärztlichen und nichtärztlichen Personals vertragsrechtlich nach den §§ 280, 278 BGB und deliktsrechtlich nach den §§ 31, 89, 823, 831 BGB.¹³³ Überträgt man diese Grundsätze zum totalen Krankenhausaufnahmevertrag auf die Einbestellungspflicht, ergeben sich keine Besonderheiten. Schuldner der Einbestellungspflicht ist in dieser Vertragskonstellation somit der Krankenhausträger. Unterlässt daher der zuständige Arzt die ordnungsgemäße Einbestellung des Patienten, ist die Verletzung der Einbestellungspflicht dem Krankenhausträger gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Der angestellte Arzt, der aufgrund eines privatrechtlichen Dienstvertrages mit dem Krankenhaus tätig wird, haftet gegenüber dem Patienten hingegen nach § 823 Abs. 1 BGB.¹³⁴ Auch in seiner Person wird

¹²⁷ OLG Koblenz, NJW 1990, 1534 (1534).

¹²⁸ OLG Frankfurt, NJOZ 2006, 166 (171).

¹²⁹ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 27.

¹³⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 18; MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 28.

¹³¹ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 120.

¹³² MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 29; Gutmann, in: FS Bergmann, S. 61.

¹³³ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 29; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 120.

¹³⁴ BGH, NJW 2000, 2741 (2742).

eine Einbestellungspflicht über das Deliktsrecht ausgelöst. Der behandelnde Arzt ist deliktsrechtlich gegenüber dem Patienten verpflichtet, alle Behandlungsmaßnahmen durchzuführen, die nach dem medizinischen Standard erforderlich sind, um die Gesundheit des Patienten zu wahren und wiederherzustellen.¹³⁵ Ergibt sich bei vertragsrechtlicher Betrachtung eine Einbestellungspflicht, gilt für die deliktische Haftung des Arztes nichts anderes. Die ärztliche Vertragshaftung knüpft an die Verletzung von Verhaltenspflichten an, die in gleicher Weise und mit demselben Inhalt den Schutz der Patientengesundheit bezwecken wie die Pflichten, deren Verletzung zur Haftung des Arztes nach dem Deliktsrecht führt.¹³⁶ Dies entspricht dem von der Rechtsprechung angestrebten Ziel, einen Gleichlauf zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung herzustellen, soweit dies methodisch möglich ist.¹³⁷ Deshalb sind die einen Arzt „aus dem Behandlungsvertrag treffenden Sorgfaltsanforderungen und die ihm aufgrund seiner Garantienstellung für die übernommene Behandlungsaufgabe deliktisch obliegenden Sorgfaltspflichten [...] insoweit identisch“.¹³⁸ Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass im Falle einer fehlerhaften Einbestellung der Vorwurf gegenüber dem Behandelnden in einem Unterlassen besteht. Da der Behandelnde zur Vornahme aller für den Behandlungserfolg erforderlichen Behandlungsmaßnahmen verpflichtet ist, ist es für die Annahme eines Behandlungsfehlers unbeachtlich, ob dessen Schwergewicht in der Vornahme einer fehlerhaften oder in dem Unterlassen einer gebotenen Heilmaßnahme zu sehen ist.¹³⁹ Festzuhalten ist somit, dass beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag der Krankenhausträger vertraglich sowie deliktisch und der behandelnde Arzt deliktisch für eine fehlerhafte Einbestellung des Patienten haften. Beim totalen Krankenhausvertrag mit Wahlarztvereinbarung bleibt der Krankenhausträger Vertragspartner des Patienten.¹⁴⁰ Dementsprechend hat der Krankenhausträger für Pflichtverletzungen des Wahlarztes nach §§ 613a, 280, 278 bzw. §§ 823, 31, 831 BGB ebenso einzustehen wie für solche der übrigen Krankenhausärzte und des Pflegepersonals.¹⁴¹ Darüber hinaus kommt zwischen dem Patienten und dem jeweiligen Wahlarzt ebenfalls ein Behandlungsvertrag nach § 630a BGB zustande.¹⁴² Für die Einbestellungspflicht hat dies zur Folge, dass der Patient sowohl den Krankenhausträger als auch den Wahlarzt im Falle einer fehlerhaften Einbestellung aus Vertrag und Delikt in Anspruch nehmen kann.

¹³⁵ BGH, NJW 2000, 2741 (2742); BGH, NJW 1989, 767 (768).

¹³⁶ BGH, NJW 1987, 705 (706); OLG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 458 (458); *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (21).

¹³⁷ *Laufs/Kern/Rehborn*, ArztR-HdB § 102 Rn. 1.

¹³⁸ BGH, NJW 1989, 767 (768).

¹³⁹ BGH, NJW 1989, 767 (768).

¹⁴⁰ BGH, NJW 1985, 2189 (2190).

¹⁴¹ *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 630a Rn. 37.

¹⁴² *Huster/Kaltenborn/Rehborn*, Krankenhausrecht, § 14 Rn. 97.

*b) Einbestellung beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag**aa) Problemstellung*

Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag stellt das Gegenmodell zum totalen Krankenhausaufnahmevertrag dar.¹⁴³ Er zeichnet sich in faktischer Hinsicht dadurch aus, dass der Belegarzt den Patienten zunächst ambulant behandelt und anschließend über eine stationäre Behandlung entscheidet.¹⁴⁴ Der Belegarzt und das Krankenhaus sind in dieser Konstellation regelmäßig räumlich und organisatorisch getrennt.¹⁴⁵ Es handelt sich daher um eine Fortsetzung des Behandlungsvertrages, den der Belegarzt und Patient bereits anlässlich der ambulant begonnenen Behandlung geschlossen haben.¹⁴⁶ Bei diesem Vertragstypus ist der Krankenhausträger gegenüber dem Patienten vertraglich nur zur Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen verpflichtet.¹⁴⁷ Hiervon erfasst sind Versorgungs- und Pflegeleistungen.¹⁴⁸ Der Krankenhausträger hat die für die Behandlung erforderlichen organisatorischen, apparativen und personellen Rahmenbedingungen zu schaffen, also die notwendige Grundstruktur bereitzustellen, innerhalb derer der Belegarzt seine Leistungspflichten gegenüber dem Patienten erfüllen kann.¹⁴⁹ Der Behandlungsvertrag wird hingegen ausschließlich mit dem Belegarzt geschlossen.¹⁵⁰ Dies hat zur Konsequenz, dass der Belegarzt grundsätzlich allein ein eigenes Fehlverhalten gemäß §§ 630a, 280, 823 Abs. 1 BGB und Pflichtverletzungen seiner Mitarbeiter nach den §§ 278, 831 BGB zu verantworten hat.¹⁵¹ Der Belegarzt ist somit auch verpflichtet, den Patienten ordnungsgemäß einzubestellen. Sind beispielsweise nach einer Krankenhausbehandlung engmaschige Kontrolluntersuchungen erforderlich, hat der Belegarzt den Patienten auf das Erfordernis dieser Untersuchungen vor dessen Entlassung aufzuklären.¹⁵² Der Krankenhausträger ist hingegen weder vertraglich noch deliktisch für

¹⁴³ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 33.

¹⁴⁴ Franzki/Hansen, NJW 1990, 737 (737).

¹⁴⁵ OLG Köln, VersR 2017, 101 (102).

¹⁴⁶ BGH, NJW 2737 (2741); OLG Stuttgart, NJOZ 2001, 523 (527 f.).

¹⁴⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 18; BGH, NJW 2005, 888 (889 f.); OLG Düsseldorf, MedR 2009, 285 (286).

¹⁴⁸ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 33; BGH, NJW 1995, 611 (613).

¹⁴⁹ OLG Karlsruhe, BeckRS 2001, 30180966; OLG Düsseldorf, MedR 2009, 285 (286).

¹⁵⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 18; OLG Koblenz, NJW 1990, 1534 (1534). Präziser lässt sich formulieren, dass der Patient auch mit dem Krankenhausträger hinsichtlich des Vertragstypus einen Behandlungsvertrag abschließt, dessen Leistungsumfang auf Seiten des Krankenhausträgers jedoch um die vom Belegarzt zu erbringenden Leistungen reduziert ist. Der Krankenhausträger schuldet dem Patienten dennoch eine organisatorische Krankenhausstruktur, die dem medizinischen Standard entspricht und haftet in diesem Bereich für etwaige Versäumnisse gegenüber dem Patienten.

¹⁵¹ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 34.

¹⁵² OLG Frankfurt, NJW-RR 2004, 1333 (1334).

Gesundheitsschäden verantwortlich, die der Belegarzt und dessen Hilfspersonal verursacht haben.¹⁵³ Allerdings ist die eindeutige Zuordnung bestimmter Pflichten und entsprechender Versäumnisse in der Praxis regelmäßig mit Schwierigkeiten verbunden. Grund hierfür ist, dass die rechtlich gewollte Vertragsaufspaltung sich vielfach nicht mit den faktischen Erfordernissen und Gegebenheiten der Behandlung deckt. So wird der Patient im Rahmen der belegärztlichen Krankenhausbehandlung ungeachtet der zunächst beabsichtigten Aufspaltung der Verträge oftmals von mehreren Ärzten behandelt¹⁵⁴, was regelmäßig dazu führen kann, dass entgegen der ursprünglichen Vertragsaufspaltung dennoch Ärzte aus dem Pflichtenkreis des Krankenhausträgers tätig werden, was zugleich dessen Haftung auslösen kann. Einige Beispiele mögen das Problemfeld veranschaulichen: Weist ein Belegarzt eine Patientin zur Durchführung einer Operation in ein Belegkrankenhaus ein, haftet der Belegarzt nicht für andere beim Krankenhausträger angestellte Ärzte, wenn diesen innerhalb ihres Fachgebiets Fehler bei der Befundauswertung unterlaufen, sofern diese nicht so deutlich sind, dass sie dem Belegarzt Anlass für Misstrauen geben.¹⁵⁵ Auf der anderen Seite trifft allein den Belegarzt die Haftung, wenn er verkennet, dass das Belegkrankenhaus für eine bestimmte Behandlungsmaßnahme nicht ausreichend ausgestattet ist, solange er den Krankenhausträger hiervon nicht in Kenntnis setzt.¹⁵⁶ Auch im Bereich der vertikalen Arbeitsteilung müssen die Verantwortungsbereiche regelmäßig voneinander abgegrenzt werden. So muss nach Auffassung des BGH ein Krankenhausträger im Rahmen seiner Organisationspflicht gegen eine Praxis einschreiten, bei welcher der Belegarzt dem Pflegepersonal des Belegkrankenhauses Aufgaben überlässt, welche die pflegerische Kompetenz übersteigen.¹⁵⁷ Informiert eine

¹⁵³ BGH, NJW 1995, 611 (613); MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 36.

¹⁵⁴ Dies können wiederum andere Belegärzte oder am Krankenhaus angestellte Ärzte sein.

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 483 (484). Der Senat lässt die Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, offen.

¹⁵⁶ OLG Oldenburg, MedR 2011, 592 (594). Dieses Beispiel zeigt anschaulich die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Verantwortungsbereichen von Krankenhausträger und Belegarzt. Geht man hypothetisch davon aus, dass der Belegarzt die unzureichende Ausstattung rechtzeitig erkannt und dem Krankenhausträger unverzüglich mitgeteilt hätte, jedoch aufgrund eines raschen Eintritts des Gesundheitsschadens keine rechtzeitige Verlegung in ein Spezialkrankenhaus mehr möglich gewesen wäre, würde eine Verantwortlichkeit des Belegarztes ausscheiden. Es käme dann allein eine Pflichtverletzung des Krankenhausträgers unter dem Aspekt des Organisationsverschuldens in Betracht, wenn der konkrete Mangel in der betreffenden Klinik eine Unterschreitung des allgemein anerkannten fachlichen Standards darstellt.

¹⁵⁷ BGH, NJW 1996, 2429 (2431). Es ging um die Überwachung eines CTG durch die Nachtschwester. Entgegen der voranstehenden Entscheidung des OLG Oldenburg nimmt der BGH selbst bei unterstellter Unkenntnis der durch den Belegarzt veranlassenen Praxis ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers an, begründet dies jedoch zugleich damit, dass es sich um eine länger andauernde Praxis gehandelt habe, welche der Krankenhausträger bei pflichtgemäßer Überwachung hätte in Erfahrung bringen können.

beim Krankenhausträger angestellte Hebamme den als Belegarzt tätigen Gynäkologen nicht rechtzeitig über einen auffälligen Befund, wird dem Krankenhausträger dieser Fehler zugerechnet, wenn die Hebamme nicht auf Weisung des Belegarztes hin tätig geworden ist.¹⁵⁸ Der Belegarzt haftet wiederum für Fehler der Hebamme, wenn er die Geburtsleitung übernommen hat und ihr bei Ausführung seiner Weisungen Fehler unterlaufen, auch wenn er zeitweilig abwesend ist.¹⁵⁹ Vor dem Hintergrund dieser Abgrenzungsfragen soll nachfolgend untersucht werden, nach welchen Kriterien die Verantwortungsbereiche beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag abgegrenzt werden und welche Folgen dies für die Einbestellungspflicht hat.

bb) Kriterien für die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche

Die Annahme erweiterter Pflichten des Krankenhausträgers über das durch die Vertragsaufspaltung beschränkte Pflichtenprogramm hinaus oder gar dessen Verpflichtung zur Erbringung der medizinisch erforderlichen Kernleistungen, wozu auch die Einbestellung als Bestandteil der therapeutischen Aufklärungspflicht anzusehen ist, bedarf einer besonderen Begründung anhand der jeweiligen Einzelfallumstände. Üblicherweise würde man zur Annahme erweiterter Pflichten einer Vertragspartei auf den entsprechenden Austausch von Willenserklärungen zwischen den Parteien abstellen. Allerdings ist der Behandlungsvertrag in besondere Maße dadurch geprägt, dass die Parteien regelmäßig keine konkreten Vereinbarungen zum Vertragsinhalt ausformulieren. Der konkrete Vertragsinhalt wird in aller Regel nicht sofort bei Vertragsabschluss vereinbart, sondern muss erst durch Untersuchungen ermittelt werden.¹⁶⁰ Zudem werden auch im Laufe der weiteren Behandlung regelmäßig keine ausdrücklichen Vereinbarungen getroffen, sondern die erforderlichen Behandlungsleistungen nach Aufklärung und Einwilligung des Patienten unmittelbar durchgeführt. Die medizinische Behandlung zeichnet sich ferner durch eine Vielzahl faktischer Handlungen aus, der nur wenige bis gar keine ausdrücklich getroffenen vertraglichen Abreden gegenüberstehen. Dies gilt besonders für die Behandlung im Krankenhaus, bei welcher der Patient regelmäßig zeitgleich oder nacheinander von einer Mehrzahl an Ärzten und medizinisch geschultem Personal behandelt wird. Stellt man für die Zuordnung entsprechender Pflichten allein auf ausdrücklich bekundete Willenserklärungen nach Aufnahme des Patienten im Krankenhaus ab, würde dies den faktischen Gegebenheiten nicht gerecht werden und die Interessen der Parteien nicht sachgerecht abbilden. Allerdings sind entsprechende Bekundungen zwischen Arzt und Patient bei der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zu berücksichtigen, da sich ihnen im

¹⁵⁸ BGH, NJW 2000, 2737 (2738).

¹⁵⁹ BGH, NJW 1995, 1611 (1612); OLG Karlsruhe, BeckRS 2001, 30180966; OLG Hamm, BeckRS 2010, 3280.

¹⁶⁰ BGH, NJW 2018, 3513 (3514).

Einzelfall ein rechtlich relevanter Inhalt entnehmen lässt. Erforderlich ist jedoch, dass diese Erklärungen ausdrücklich erfolgen und für den Patienten deutlich erkennbar ist, mit wem er einen Vertrag abschließt oder beendet.¹⁶¹ Maßgeblich für die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche sind außerdem die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Belegarzt und Krankenhausträger.¹⁶² Hierbei ist maßgeblich auf den individuellen Aufgabenbereich der beteiligten Akteure abzustellen.¹⁶³ Welche Aufgabe wiederum welchem an der Behandlung beteiligten Akteur zuzuordnen ist, muss letztlich anhand der Einzelfallumstände beurteilt werden. Kriterien zur Aufgabenzuordnung sind insbesondere das Fachgebiet des jeweils tätigen Arztes, etwaige Weisungen und Absprachen zwischen den Ärzten sowie zwischen Ärzten und dem nichtärztlichen Personal und die organisatorischen Anforderungen an die betreffende Klinik. Der Belegarzt ist grundsätzlich für diejenigen Behandlungsaufgaben verantwortlich, die in sein Fachgebiet fallen, während dem Krankenhausträger das Verhalten der anderen an der Behandlung beteiligten Ärzte zugerechnet wird, soweit diese beim Krankenhausträger angestellt sind.¹⁶⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Krankenhausträger aufgrund mangelnden Personals einen Arzt hinzuzieht, um die in der betreffenden Fachabteilung erforderlichen Untersuchungen vorzunehmen.¹⁶⁵ Für ein etwaiges Fehlverhalten des vom Krankenhausträger hinzugezogenen Arztes hat der Belegarzt dann nicht einzustehen. Das Verhalten des hinzugezogenen Arztes wird dem Krankenhausträger nach § 278 BGB zugerechnet.¹⁶⁶ Es stellt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn der Belegarzt einen beim Krankenhausträger angestellten Arzt hinzuzieht und der Grund hierfür rein medizinischer Natur ist, also nicht auf ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers zurückzuführen ist. In dieser Konstellation ist zur Abgrenzung der Pflichtenkreise auf die jeweiligen Fachgebiete abzustellen, innerhalb derer der jeweilige Arzt tätig wird. So haftet der Belegarzt für Ärzte, die auf seine Veranlassung hin in seinem Fachgebiet tätig werden, während der Krankenhausträger für Ärzte haftet, die nicht im Fachgebiet des Belegarztes tätig werden.¹⁶⁷ Weitere Kriterien können entsprechende Absprachen zwischen dem Belegarzt und anderen an der Behandlung beteiligten Ärzten sein. Bei der Einbestellungspflicht können sich Abgrenzungsprobleme er-

¹⁶¹ Beispielsweise muss für den Patienten deutlich erkennbar sein, dass es sich um einen gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag handelt, andernfalls kommt ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag zustande, so OLG Köln, VersR 2017, 101 (102).

¹⁶² Beispielsweise kann der Krankenhausträger mit dem Arzt vereinbaren, dass Angestellte des Krankenhauses, die bei den ärztlichen Leistungen mitwirken oder sie erbringen, Erfüllungsgehilfen des Belegarztes sind, BeckRS 2019, 34652.

¹⁶³ BGH, NJW 1991, 1539 (1539).

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 483 (484).

¹⁶⁵ BGH, NJW-RR 2014, 1051 (1053).

¹⁶⁶ BGH, NJW-RR 2014, 1051 (1053).

¹⁶⁷ OLG Düsseldorf, MedR 2009, 285 (286). Es sei denn, es handelt sich bei den hinzugezogenen Ärzten um Belegärzte.

geben, wenn der Grund für die Einbestellung außerhalb des Fachgebiets des behandelnden Belegarztes liegt oder dieser aus anderen Gründen nicht zur Einbestellung des Patienten in der Lage ist. Dies kann bei einem mehrtätigen Krankenhausaufenthalt etwa der Fall sein, wenn der Belegarzt ausschließlich für die Durchführung einer Operation an der Behandlung beteiligt ist und das Krankenhaus anschließend wieder verlässt, der Patient allerdings noch zur Nachsorge im Krankenhaus verweilt und nach dem Krankenhausaufenthalt weitere Behandlungsmaßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt erforderlich sind. Erkennt der Belegarzt, dass die Einbestellung nicht in sein Fachgebiet fällt oder er aus anderen Gründen hierzu nicht in der Lage ist, stellt sich die Frage, inwieweit die Einbestellungspflicht auf den Krankenhausträger übergeht. Der Krankenhausträger ist verpflichtet, die organisatorischen Strukturen für eine reibungslose Behandlung bereitzustellen.¹⁶⁸ Ist das Krankenhaus beispielsweise für die Betreuung von Geburtsvorgängen in einem frühen Schwangerschaftsstadium unzureichend ausgestattet, kann der Krankenhausträger verpflichtet sein diesem Umstand Rechnung zu tragen, indem die Patientinnen rechtzeitig in geeignete Spezialkrankenhäuser verwiesen werden.¹⁶⁹ Dies setzt allerdings voraus, dass der Krankenhausträger davon Kenntnis erlangt, dass in einer bestimmten Behandlungssituation eine Frühgeburt droht.¹⁷⁰ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es für den Krankenhausträger nicht zumutbar ist, jede Behandlungssituation und ihre Spezifika zu überblicken. Dies würde voraussetzen, dass das Krankenhaus verpflichtet wäre, sämtliche belegärztliche Aufnahmediagnosen zu überprüfen, was die Anforderungen an den Krankenhausträger überspannen würde.¹⁷¹ Deshalb obliegt es dem Belegarzt, nach der Aufnahmediagnose zu entscheiden, ob das Krankenhaus in sachlich-personeller Hinsicht für eine Behandlung nach dem medizinischen Standard ausgestattet ist.¹⁷² Diese Erwägungen sind auf Konstellationen übertragbar, bei denen der Belegarzt nicht ausreichend qualifiziert oder aus sonstigen in seiner Person liegenden Gründen nicht imstande ist, den Patienten für künftig erforderliche Behandlungsmaßnahmen einzubestellen. In diesem Fall hat der Krankenhausträger in aller Regel keine Kenntnis von den Besonderheiten der konkreten Behandlung, während der behandelnde Belegarzt die Behandlungssituation direkt vor Augen hat und damit näher an der Behandlung ist. In diesem Fall muss der Arzt den Krankenhausträger oder einen mitbehandelnden Arzt rechtzeitig informieren, damit qualifizierte Ärzte für die Einbestellung hinzugezogen werden oder der Patient rechtzeitig in ein geeignetes Krankenhaus überwiesen werden kann. Der Krankenhausträger ist daher nicht verpflichtet, die Qualifikation des

¹⁶⁸ *Deutsch*, NJW 2000, 1745 (1745).

¹⁶⁹ OLG Oldenburg, MedR 2011, 592 (594).

¹⁷⁰ OLG Oldenburg, MedR 2011, 592 (594).

¹⁷¹ OLG Oldenburg, MedR 2011, 592 (594).

¹⁷² OLG Düsseldorf, MedR 2011, 592 (593); OLG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 107 (108).

Belegarztes zu überprüfen.¹⁷³ In diesem Schnittstellenbereich ist daher bei Versäumnissen eine Haftung des Belegarztes anzunehmen. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Krankenhausträger Kenntnis davon erlangt, dass der Belegarzt für bestimmte Behandlungsmaßnahmen nicht qualifiziert bzw. aus sonstigen Gründen nicht imstande ist, die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen durchzuführen.¹⁷⁴ In diesem Fall lebt die Organisationspflicht des Krankenhausträgers wieder auf.¹⁷⁵ Er muss dann dafür Sorge tragen, dass ein geeigneter Arzt die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen vornimmt. Ist die Einbestellung des Patienten betroffen, muss der Krankenhausträger sicherstellen, dass er einen qualifizierten Arzt mit der Einbestellung des Patienten betraut, wenn der Grund für die Einbestellung außerhalb des Fachgebiets des Belegarztes liegt.

cc) Koordinierungspflichten bei arbeitsteiliger Behandlung

Abgrenzungsschwierigkeiten im koordinatorischen Bereich können jedoch auch im Bereich der horizontalen Arbeitsteilung entstehen, wenn der Belegarzt bereits von Beginn der Behandlung arbeitsteilig mit anderen Ärzten zusammenarbeitet, wie dies etwa bei operativen Eingriffen der Fall ist. Mit Blick auf die Einbestellung stellt sich auch hier die Frage, inwieweit der Belegarzt zur Einbestellung verpflichtet ist, wenn der Patient zu einer medizinischen Maßnahme einzubestellen ist, die außerhalb seines Fachgebiets liegt. Nach den üblichen Grundsätzen haftet der Belegarzt nicht für Fehlleistungen von Ärzten aus anderen Fachgebieten.¹⁷⁶ Grundsätzlich kommt es jedoch darauf an, ob ein Arzt aus dem Fachgebiet, in das die Einbestellung fällt, bereits während der belegärztlichen Behandlung beteiligt ist. Ist dies bereits vor der Entlassung des Patienten der Fall, trifft den Belegarzt keine Pflicht zur Einbestellung. Vielmehr kann der Belegarzt in diesem Fall darauf vertrauen, dass die Einbestellung vom mitbehandelnden Arzt ordnungsgemäß vorgenommen wird. Dies ergibt sich auch im Bereich der belegärztlichen Behandlung aus dem Vertrauensgrundsatz, wonach der Belegarzt davon ausgehen darf, dass die mitbehandelnden Ärzte ihre Behandlungsaufgaben richtig wahrnehmen.¹⁷⁷ Er darf daher grundsätzlich darauf vertrauen, dass die anderen an der Behandlung beteiligten Ärzte die in ihr Fachgebiet fallenden Behandlungsmaßnahmen ordnungsgemäß vornehmen.¹⁷⁸ Die Ärzte sind bei horizontaler Arbeitsteilung daher grundsätzlich nicht gehalten, sich ge-

¹⁷³ *Deutsch*, NJW 2000, 1745 (1747).

¹⁷⁴ *Deutsch*, NJW 2000, 1745 (1747).

¹⁷⁵ *Deutsch*, NJW 2000, 1745 (1747).

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 483 (484); OLG Düsseldorf, MedR 2009, 285 (286).

¹⁷⁷ OLG Düsseldorf, MedR 2009, 285 (287). Pflicht zur gefahrverhindernden Kontrolle in der postnarkotischen Phase trifft den Anästhesisten und nicht den operierenden Belegarzt.

¹⁷⁸ BGH, NJW 1991, 1539 (1539); OLG Naumburg, NJOZ 2005, 164 (169).

gegenseitig in ihrer Tätigkeit zu überwachen.¹⁷⁹ Etwas anderes gilt jedoch, wenn sich einem Arzt aufdrängen muss, dass einem anderen Arzt ein Fehler unterlaufen ist.¹⁸⁰ Dann muss der Arzt mit den mitbehandelnden Ärzten Rücksprache halten und etwaige Unklarheiten und Fehler beseitigen und zudem den Patienten über diese Umstände aufklären.¹⁸¹ Sind Ärzte desselben Fachgebiets an der Behandlung beteiligt und der Patient vor der Entlassung für einen künftigen Termin einzubestellen, stellt sich ebenfalls die Frage, wer für die Einbestellung verantwortlich ist. Geht man davon aus, dass in dieser Konstellation beide Ärzte fachlich zur Einbestellung des Patienten qualifiziert sind, handelt es sich um keine Frage der fachlichen Zuständigkeit, sondern vielmehr um die ordnungsgemäße Koordination der ärztlichen Tätigkeit. Sind bei einer arbeitsteiligen Behandlung auch koordinatorische Gesichtspunkte zu berücksichtigen, ist jeder Arzt verpflichtet, mit dem anderen Arzt sorgfaltsgemäß zu kommunizieren, um den reibungslosen Ablauf der Behandlung und die Versorgung des Patienten nach dem medizinischen Standard sicherzustellen.¹⁸² Ähnlich wie bei Konstellationen, in denen die Gefahren für den Patienten erst aufgrund einer Kombination ärztlicher Maßnahmen entstehen, besteht im Falle einer arbeitsteiligen Krankenhausbehandlung durch Ärzte desselben Fachgebiets das Risiko, dass jeder Arzt darauf vertraut, dass der andere Arzt die erforderlichen Behandlungs- bzw. Aufklärungsmaßnahmen vornimmt.¹⁸³ Das Risiko für den Patienten ist daher organisatorischer Natur und resultiert primär aus den Gefahren einer unzureichenden Abstimmung der Ärzte untereinander. Eine Anwendung des Vertrauensgrundsatzes ist in diesen Fällen daher abzulehnen.¹⁸⁴ Vielmehr bestehen im Rahmen der arbeitsteiligen Behandlung zwischen den beteiligten Ärzten gegenseitige Informationspflichten zum Schutze des Patienten.¹⁸⁵ Diese Grundsätze sind auch auf Fälle übertragbar, bei denen die Einbestellung in das Fachgebiet mehrerer an der Krankenhausbehandlung beteiligter Ärzte fällt, da hier potentiell die Gefahr besteht, dass jeder Arzt darauf vertraut, dass die Einbestellung durch die anderen Ärzte vorgenommen wird und sich kein Arzt für die Koordination des Behandlungsgeschehens und Aufklärung des Patienten verantwortlich sieht, während einem allein behandelnden Arzt für eine solche Annahme keine Grundlage vorliegt. Ärzte desselben Fachgebiets müssen sich daher untereinander abstimmen,

¹⁷⁹ BGH, NJW 1991, 1539 (1539).

¹⁸⁰ BGH, NJW 1989, 1536 (1538).

¹⁸¹ BGH, NJW 1989, 1536 (1538).

¹⁸² BGH, NJW 1999, 1779 (1781).

¹⁸³ Mit dieser Argumentation hat der BGH im sog. Thermokauter-Fall die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes verneint. Dort hat die Verwendung eines Thermokauters durch den Operateur und die zeitgleiche Zufuhr von Sauerstoff durch die Anästhesistin eine Flammenentwicklung verursacht, durch welche die Patientin geschädigt worden ist, BGH, NJW 1999, 1779.

¹⁸⁴ BGH, NJW 1999, 1779 (1780).

¹⁸⁵ BGH, NJW 1999, 1779 (1780).

um die ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung und Einbestellung des Patienten zu gewährleisten. Der Krankenhausträger hat hierzu allerdings die organisatorischen Rahmenbedingungen zu schaffen, indem er etwa Informationssysteme einrichtet, mittels derer die Ärzte insbesondere bei arbeitsteiligen Behandlungen und Schichtwechseln den jeweils aktuellen Stand der Behandlung und die erforderlichen Behandlungs- und Aufklärungsmaßnahmen erblicken können. Ferner kommt es häufiger vor, dass sich Belegärzte desselben Fachgebiets wechselseitig vertreten. In dieser Konstellation stellt sich ebenfalls die Frage der Haftungszuordnung. Auch hier kommt es in erster Linie auf die konkreten Vereinbarungen zwischen dem vertretenen Belegarzt und dem Patienten an. Grundsätzlich handelt der Vertreter eines Belegarztes lediglich als dessen Erfüllungsgehilfe.¹⁸⁶ Zwar besteht auch die Möglichkeit, dass der ursprüngliche Belegarzt den Vertrag mit dem Patienten beendet und ein selbstständiger Behandlungsvertrag mit einem anderen Belegarzt geschlossen wird, allerdings bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Vereinbarung mit dem Patienten, aus der sich die Vertragsbeendigung und neue Vertragsbeziehung für den Patienten deutlich erkennen lässt.¹⁸⁷

dd) Fazit

Beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag schuldet der Belegarzt dem Patienten die medizinische Behandlung, während der Krankenhausträger die apparativ-personelle Ausstattung zur Verfügung stellen muss. Der Belegarzt ist daher verpflichtet, den Patienten über erforderliche Behandlungsmaßnahmen aufzuklären und erforderlichenfalls einzubestellen. Dies gilt nicht, wenn die Behandlung arbeitsteilig erfolgt und der medizinische Grund für die Einbestellung in das Fachgebiet eines anderen Arztes fällt, der an der Behandlung beteiligt ist. In dieser Konstellation greift der Vertrauensgrundsatz ein und der Belegarzt muss nur die in sein Fachgebiet fallende Behandlung erbringen und darf darauf vertrauen, dass der zuständige Arzt im Rahmen seiner therapeutischen Aufklärungspflicht den Patienten ordnungsgemäß einbestellt. Lässt sich der ursprünglich behandelnde Belegarzt von einem anderen Belegarzt seines Fachgebiets vertreten, bleibt er dennoch aus dem Behandlungsvertrag mit dem Patienten verpflichtet, wenn er den Vertrag nicht durch eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Patienten beendet. Er bleibt in dieser Konstellation zur Einbestellung verpflichtet und muss sich Fehler des vertretenden Belegarztes zurechnen lassen.

4. Behandlung bei niedergelassenen Ärzten

Niedergelassene Ärzte, die den Patienten in ihrer Einzelpraxis ambulant behandeln, trifft eine Haftung für Behandlungsfehler aus § 280 BGB und delikts-

¹⁸⁶ BGH, NJW 2000, 2737 (2741); OLG Stuttgart, NJOZ 2001, 523 (526); *Franzki*, NJW 1990, 737 (742).

¹⁸⁷ BGH, NJW 2000, 2737 (2741); OLG Stuttgart, NJOZ 2001, 523 (527).

rechtlich aus § 823 Abs. 1 BGB.¹⁸⁸ Die Einbestellungspflicht trifft somit den niedergelassenen Arzt, mit dem der Patient einen Behandlungsvertrag schließt. Ferner wird dem niedergelassenen Arzt das fehlerhafte Verhalten seines gesamten Personals zugerechnet.¹⁸⁹ Der Urlaubsvertreter ist beispielsweise Erfüllungsgelhilfe des urlaubsabwesenden Arztes, wenn der Patient sich vom Vertreter behandeln lässt.¹⁹⁰ Erbringen mehrere niedergelassene Ärzte im Rahmen einer sogenannten Gemeinschaftspraxis Leistungen auf einem bestimmten Fachgebiet, handelt es sich im Regelfall um eine GbR.¹⁹¹ Die Mitinhaber haften auch dann als Gesamtschuldner für Behandlungsfehler, wenn die Behandlung nur von einem der Ärzte durchgeführt wird.¹⁹² Nach Auffassung des BGH ergibt sich aus der Interessenlage und der Verkehrsauffassung, dass der Patient bei der Behandlung in einer Gemeinschaftspraxis zu allen Praxisinhabern in vertragliche Beziehungen treten wolle, um ihm angebotenen Vorteile einer Gemeinschaftspraxis zu nutzen und in Anspruch zu nehmen.¹⁹³ Die gesamtschuldnerische Haftung der Ärzte ergibt sich aus der Zurechnung ärztlichen Handelns zur Gesellschaft gemäß § 31 BGB analog¹⁹⁴ sowie einer analogen Anwendung des § 128 HGB zur Begründung der persönlichen Haftung der übrigen Sozien.¹⁹⁵ Bestellt der behandelnde Arzt den Patienten daher fehlerhaft ein, trifft auch die anderen Sozien der Gemeinschaftspraxis eine persönliche Haftung. Anders zu beurteilen ist dies jedoch im Falle einer Praxisgemeinschaft, bei welcher die Ärzte unabhängig und parallel tätig sind und die Zusammenarbeit auf die gemeinsame Nutzung von Praxisräumen bzw. -einrichtungen und Personal beschränkt ist.¹⁹⁶ In diesen Fällen wird nur derjenige Mediziner Vertragspartner, bei dem sich der Patient in Behandlung begibt.¹⁹⁷ Dies hat zur Folge, dass die anderen Beteiligten der Praxisgemeinschaft nicht für Behandlungs- und Aufklärungsfehler des behandelnden Arztes haften.¹⁹⁸ Die Einbestellung des Patienten wird daher in diesen Fällen nur vom behandelnden Arzt geschuldet, den der Patient im Falle einer fehlerhaften Einbestellung in Anspruch nehmen kann. Bei einer Ärzte-GmbH kommt der Vertrag mit der Gesellschaft, aber nicht mit dem behandelnden Arzt zustande.¹⁹⁹ Die

¹⁸⁸ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 24.

¹⁸⁹ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 278 Rn. 35.

¹⁹⁰ BGH, NJW 2000, 2737 (2741).

¹⁹¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X, Rn. 3.

¹⁹² MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 25.

¹⁹³ BGH, NJW 2000, 2737 (2741); BGH, NJW 1999, 2731 (2734).

¹⁹⁴ BGH, NJW 2005, 2858 (2862); Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X, Rn. 4.

¹⁹⁵ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 25; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X, Rn. 4.

¹⁹⁶ Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, § 15 Rn. 14.

¹⁹⁷ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 26.

¹⁹⁸ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630a Rn. 26.

¹⁹⁹ Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X, Rn. 6.

Haftung ist daher auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, jedoch haftet der behandelnde Arzt deliktisch.²⁰⁰

5. Durchgangsäztliche Behandlung

Die Frage nach der Passivlegitimation stellt sich häufig bei Fehlern im Rahmen der durchgangsäztlichen Behandlung.²⁰¹ Der Durchgangsarzt entscheidet bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten für die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung, ob eine berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung einzuleiten ist und wie die Behandlung durchzuführen ist.²⁰² Bei fehlerhafter Behandlung des Durchgangsarztes kommt eine persönliche Haftung oder eine Haftung der Berufsgenossenschaft in Gestalt eines Amtshaftungsanspruchs in Betracht.²⁰³ Letzteres setzt allerdings voraus, dass der Behandlungsfehler dem Durchgangsarzt in Ausübung des öffentlichen Amtes gemäß Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB unterläuft.²⁰⁴ Der Durchgangsarzt wird auf Grundlage des Vertrags Ärzte/Unfallversicherungsträger tätig, in dessen Rahmen die Träger der Unfallversicherung ihre Pflichten aus § 34 Abs. 1 S. 1 SGB VII, die Sicherstellung der erforderlichen Heilbehandlung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, erfüllen.²⁰⁵ In dieser Funktion erfüllt der Durchgangsarzt hoheitliche Aufgaben und ist damit Beamter im Sinne von Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB.²⁰⁶ Probleme können sich jedoch bei der Frage ergeben, ob der Arzt in der jeweiligen Behandlungssituation in Ausübung des öffentlichen Amtes tätig geworden ist oder privatrechtlich die Behandlung übernommen hat. Diese Frage stellt sich vor allem bei vorbereitenden Maßnahmen, die der Entscheidung des Durchgangsarztes über die weitere Behandlung vorausgehen, wie dies etwa bei der Anamnese, Befunderhebung und Diagnosestellung der Fall ist.²⁰⁷ Hierzu wurden in Rechtsprechung und Literatur bisweilen verschiedene Ansätze zur Abgrenzung zwischen privatärztlicher Tätigkeit und hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung vertreten.²⁰⁸ Der BGH hat hierzu nunmehr entschieden, dass auch vorbereitende Maßnahmen in der Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgen, da sie unerlässliche Voraussetzung für die Frage

²⁰⁰ Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. X, Rn. 6.

²⁰¹ Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (17). Grundlegend zum durchgangsäztlichen Verfahren.

²⁰² BGH, *NJW* 2009, 993 (996); Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (18); Laufs/Kern/Rehborn, *ArztR-HdB* § 116 Rn. 27.

²⁰³ Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (19).

²⁰⁴ Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (19).

²⁰⁵ Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (19).

²⁰⁶ Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (19).

²⁰⁷ Laufs/Kern/Rehborn, *ArztR-HdB* § 116 Rn. 30; Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (19).

²⁰⁸ Überblick bei Jorzig/Glaubitz, *MedR* 2018, 17 (19 f.).

sind, ob eine allgemeine oder besondere Heilbehandlung erfolgen soll.²⁰⁹ Strittig war ferner, inwieweit der Durchgangsarzt für Fehler bei der Erstversorgung haftet. Überwiegend wurden Behandlungsfehler bei der Erstversorgung haftungsrechtlich dem Durchgangsarzt zugeordnet.²¹⁰ Der BGH hat jüngst eine persönliche Haftung des Durchgangsarztes bei der Erstversorgung entgegen seiner vormaligen Auffassung abgelehnt und der Ausübung eines öffentlichen Amtes zugerechnet.²¹¹ Der BGH begründet dies mit dem Umstand, dass der Durchgangsarzt „regelmäßig in engem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Entscheidung über das ‚Ob‘ und ‚Wie‘ der Heilbehandlung und der diese vorbereitenden Maßnahmen auch als Erstversorger tätig wird“²¹². Weiterhin werde die Erstversorgung in § 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII getrennt von der ärztlichen Behandlung benannt, was indiziere, dass an die Erstversorgung andere Rechtsfolgen geknüpft werden können.²¹³ Für die Einbestellungspflicht hat dies zur Folge, dass der Arzt für fehlerhafte Einbestellungen während der Erstversorgung oder im Rahmen von vorbereitenden Maßnahmen nicht passivlegitimiert ist. Anders zu beurteilen ist dies jedoch, wenn der Durchgangsarzt die weitere Behandlung übernimmt. Fehler bei der Einbestellung können sich jedoch in dieser Konstellation nur dann auswirken, wenn die Erstversorgung beendet ist und der Durchgangsarzt die Entscheidung über die weitere Behandlung getroffen hat. Bestellt der Durchgangsarzt den Patienten zuvor fehlerhaft ein und schlägt sich dies in einer späteren fehlerhaften Behandlung nieder, ist eine Passivlegitimation des Durchgangsarztes zu verneinen, da ihm andernfalls Behandlungsfehler zugerechnet werden, die ihm noch in einer Behandlungsphase unterlaufen sind, die in Ausübung eines öffentlichen Amtes stattgefunden hat.

E. Fehlerhafte Einbestellung und Beweislastumkehr

I. Fehlerhafte Einbestellung als Befunderhebungsfehler

1. Problemstellung

Der Gesetzgeber hat in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr bei einfachen Befunderhebungsfehlern normiert und knüpft damit an die vom BGH entwickelten Grundsätze an, die er mit dieser Vorschrift fortführen will.²¹⁴ Indessen stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich der Vorschrift und der Abgrenzung zwischen der Befunderhebungspflicht und der Pflicht zur therapeuti-

²⁰⁹ BGH, MedR 2017, 873 (875).

²¹⁰ BGH, NJW 1975, 589 (592); *Olzen/Kaya*, MedR 2010, 502 (504 f.).

²¹¹ BGH, MedR 2017, 873 (876).

²¹² BGH, MedR 2017, 873 (876).

²¹³ BGH, MedR 2017, 873 (877).

²¹⁴ BT-Drs. 17/10488 mit Bezugnahme auf BGH, NJW 2011, 2508; BGH, VersR 1999, 1282 (1284); BGH, VersR 1996, 633.

schen Aufklärung.²¹⁵ Diese ist von besonderer Relevanz, weil im Falle einer Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht eine Beweislastumkehr nur zu bejahen ist, wenn sich der Behandlungsfehler als grob darstellt, während bei der Befunderhebungspflicht auch ein einfacher Fehler die Beweislastumkehr auslösen kann.²¹⁶ Die Abgrenzung zwischen beiden Pflichten kann daher für den Prozessausgang entscheidungserheblich sein.²¹⁷ Die Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers ist zwischenzeitlich fast ähnlich relevant wie die Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers.²¹⁸ Aus diesem Grund ist die Abgrenzung zwischen Befunderhebungspflicht und therapeutischer Aufklärungspflicht für die Einbestellungspflicht bedeutsam, da eine Verortung innerhalb der Befunderhebungspflicht bereits dann zu einer Beweislastumkehr führen kann, wenn die unterlassene Einbestellung sich als einfacher Behandlungsfehler darstellt. Nachfolgend sollen daher zunächst die dogmatischen Grundlagen der Befunderhebungspflicht und ihr Anwendungsbereich erörtert werden. Anschließend wird unter Zugrundelegung der Rechtsprechung untersucht, wie die Befunderhebungspflicht von der therapeutischen Aufklärungspflicht abzugrenzen ist. Sodann werden die Konsequenzen für die Einbestellungspflicht dargestellt.

2. Befundbegriff

Eine Definition der Befunderhebungspflicht hat vom Begriff des Befundes auszugehen. Teilweise wird in der Literatur unter einem Befund „die Gesamtheit der durch einen Arzt festgestellten körperlichen und seelischen Erscheinungen eines Patienten“²¹⁹ verstanden. Der Befund setzt sich zum einen zusammen aus den Einzelfunden, die während der körperlichen Untersuchung durch Sinne und Hilfsmittel des Arztes erhoben werden und den klinischen Befund darstellen.²²⁰ Selbst ein kurzes Befragen des Patienten oder ein Blick auf die betreffende Wunde oder andere äußere Krankheitsanzeichen stellen bereits Befunderhebungsmaßnahmen dar.²²¹ Darüber hinaus stellen auch die Ergebnisse gerätegestützter Untersuchungsverfahren Befunde dar.²²² Medizinische Befunde sind daher die Ergebnisse der Beobachtung des Gesundheitszustands des Patienten, die in einem dafür vorgesehenen Verfahren erhoben worden sind.

²¹⁵ Nußstein, VersR 2016, 641 (641 ff.).

²¹⁶ Nußstein, VersR 2016, 641; Hausch, VersR 2003, 1489 (1489); Groß, in: FS Geiß, 2000, 429 (430); Nixdorf, VersR 1996, 160 (161).

²¹⁷ Nußstein, VersR 2016, 641 (643).

²¹⁸ Hausch, VersR 2003, 1489 (1489).

²¹⁹ Sundmacher, Befunderhebung, S. 1.

²²⁰ Sundmacher, Befunderhebung, S. 1.

²²¹ Nußstein, VersR 2015, 1094 (1095).

²²² Sundmacher, Befunderhebung, S. 1.

3. Dogmatische Herleitung der Befunderhebungspflicht

a) Materiell-rechtliche Begründungsansätze

Es ist allgemein anerkannt, dass der Arzt zur Erhebung von Befunden verpflichtet ist.²²³ Die dogmatische Herleitung dieser Pflicht wurde bislang jedoch nur geringfügig erörtert, es wird vielmehr vorausgesetzt, dass eine Pflicht des Arztes zur Befunderhebung besteht.²²⁴ An dieser Lage hat sich auch mit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes nichts geändert. Im Gesetz wird das Bestehen einer ärztlichen Befunderhebungspflicht lediglich in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB impliziert. Auch in der Gesetzesbegründung wird die Existenz einer ärztlichen Befunderhebungspflicht lediglich vorausgesetzt.²²⁵ Zur Herleitung dieser Pflicht existieren verschiedene Ansätze. Teilweise wird sie materiell-rechtlich innerhalb der Pflicht des Arztes zur ordnungsgemäßen Behandlung des Patienten verortet.²²⁶ Die Befunderhebung ist danach eine notwendige Voraussetzung für eine richtige Diagnose, die wiederum erforderlich ist, um die richtige Therapiewahl zu treffen.²²⁷ Nach dieser Lesart ist die Befunderhebungspflicht eine Hauptpflicht aus dem Behandlungsvertrag. Weitergehend wird die Auffassung vertreten, dass die Befunderhebungspflicht dogmatisch auch innerhalb der ärztlichen Berufsordnungen zu verorten ist.²²⁸ Begründet wird dies mit dem Umstand, dass die Herleitung der Befunderhebungspflicht aus dem Behandlungsvertrag nicht zu begründen vermag, weshalb der Arzt außerhalb vertraglicher Konstellationen zur Befunderhebung verpflichtet sei.²²⁹ Als Beispiel wird der Fall genannt, dass der Arzt bei einem bewussten Patienten eine Behandlung beginnt.²³⁰ Da in dieser Konstellation ein Vertrag zu verneinen sei, müsse die Befunderhebungspflicht ihren übergeordneten Grund in den ärztlichen Berufsordnungen finden. Darüber hinaus wird auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG zur Begründung der ärztlichen Befunderhebungspflicht herangezogen.²³¹ Hierbei werden zwei Argumentationsstränge angeführt. Zum einen sei die Befunderhebung notwendig, damit der Patient auf Grundlage eines objektivierbaren Befundes eine Entscheidung über die Einwilligung in einen Eingriff treffen kann und sein Selbstbestimmungsrecht dadurch gewahrt

²²³ BGH, NJW 1983, 333 (334); Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 477; Graf, *Beweislast*, S. 85; Nixdorf, *VersR* 1996, 160 (160); Nußstein, *VersR* 2015, 1095 (1095); Bischoff, in: FS Geiß, S. 345 (347); Groß, in: FS Geiß, S. 429 (432); Steffen, in: FS Brandner, S. 327 (328); Hausch, *VersR* 2003, 1489 (1489).

²²⁴ Sundmacher, *Befunderhebung*, S. 41.

²²⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 29, 30, 31.

²²⁶ Sundmacher, *Befunderhebung*, S. 42 f.

²²⁷ Graf, *Beweislast*, S. 85.

²²⁸ Sundmacher, *Befunderhebung*, S. 45.

²²⁹ Sundmacher, *Befunderhebung*, S. 43 f.

²³⁰ Sundmacher, *Befunderhebung*, S. 43.

²³¹ BGH, *VersR* 1989, 514 (516); Sundmacher, *Befunderhebung*, S. 45.

bleibt.²³² Die Erhebung objektifizierbarer Befunde als Grundlage der Diagnose sei daher Voraussetzung für eine vollständige Selbstbestimmungsaufklärung.²³³ Zum anderen wird die Auffassung vertreten, dass die Befunderhebung, als notwendige Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Dokumentation der Behandlung, auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten zurückzuführen sei.²³⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH dient die Pflicht zur Befunderhebung, ähnlich wie die Dokumentationspflicht, der Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Patienten.²³⁵ Die Befunderhebung ist daher erforderlich, damit überhaupt eine Dokumentation stattfinden kann.²³⁶ Die Befunderhebungspflicht ist dadurch auch auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten zurückzuführen.²³⁷ Ferner wird zur Herleitung der ärztlichen Befunderhebungspflicht auch eine Beweisschaffungspflicht des Arztes angeführt. Allerdings kann eine solche Pflicht allenfalls eine Nebenpflicht sein und ist daher nicht geeignet, die Befunderhebungspflicht dogmatisch zu begründen.²³⁸

b) Prozessuale Begründungsansätze

Neben der materiell-rechtlichen Verortung der Befunderhebungspflicht wird die ärztliche Befunderhebungspflicht auch aus prozessualen Erwägungen hergeleitet.²³⁹ Nach dieser Lesart ist die Befunderhebungspflicht als „(vor)prozessuale Beweissicherungspflicht in Form einer Beweismittelschaffungspflicht“²⁴⁰ zu verstehen. Abgeleitet wird diese Pflicht aus der Verpflichtung der Parteien, im Prozess bei der Sammlung des Streitstoffes mitzuwirken.²⁴¹ Als maßgebliches Argument wird ins Feld geführt, dass es keinen Unterschied mache, ob die gegnerische Partei bereits vor oder erst nach Beginn des Prozesses einen Beweis vereitelt, da das Resultat in beiden Fällen dasselbe sei, was zu einer Vorwirkung der prozessualen Aufklärungspflicht führe.²⁴² Ferner könne eine prozessuale Aufklärungspflicht ohne eine entsprechende vorprozessuale Aufklärungspflicht unterlaufen werden oder ins Leere laufen.²⁴³ Gegen diesen Ansatz wird jedoch überzeugend ins Feld geführt, dass das Prozessrecht dem materiellen Recht diene, während dies umgekehrt nicht der Fall sei.²⁴⁴ Als Hauptargument wird

²³² Sundmacher, Befunderhebung, S. 46.

²³³ Sundmacher, Befunderhebung, S. 45 f.

²³⁴ Sundmacher, Befunderhebung, S. 46.

²³⁵ BGH, NJW 1987, 1482 (1483).

²³⁶ Sundmacher, Befunderhebung, S. 47.

²³⁷ Sundmacher, Befunderhebung, S. 47.

²³⁸ Sundmacher, Befunderhebung, S. 49.

²³⁹ Ausf. Sundmacher, Befunderhebung, S. 49–55.

²⁴⁰ Sundmacher, Befunderhebung, S. 50.

²⁴¹ Sundmacher, Befunderhebung, S. 54.

²⁴² Stürner, Aufklärungspflicht, S. 155 ff.

²⁴³ Stürner, Aufklärungspflicht, S. 155 f.

²⁴⁴ Sundmacher, Befunderhebung, S. 52 f.

angeführt, dass die Beweismittelpflicht nur so weit reiche, wie tatsächlich Beweismittel vorhanden sind.²⁴⁵ Hingegen sei eine Partei prozessual nicht verpflichtet, mehr an Beweismitteln zu beschaffen als tatsächlich vorhanden ist.²⁴⁶

c) Bewertung

Der Verortung der Befunderhebungspflicht innerhalb der materiell-rechtlichen Behandlungspflicht des Arztes ist zuzustimmen. Zu begründen ist dies insbesondere damit, dass der Gesetzgeber die Befunderhebungspflicht in den bürgerlich-rechtlichen Pflichten zum Behandlungsvertrag voraussetzt und damit zu erkennen gibt, dass diese Pflicht innerhalb der ärztlichen Behandlungspflicht als notwendige Vorstufe einer ordnungsgemäßen Therapie zu verorten ist. Allerdings bestehen Bedenken gegen eine Verortung innerhalb der ärztlichen Berufsordnungen, da der Gesetzgeber sich der verbindlichen Kodifizierung der Befunderhebungspflicht selbst angenommen hat. Bei einer faktischen Behandlungsübernahme folgt die ärztliche Pflicht zur Befunderhebung ohnehin aus der Garantstellung, die mit der deliktsrechtlichen Pflicht zur ordnungsgemäßen Behandlung einhergeht.²⁴⁷ Diese setzt wiederum eine ordnungsgemäße Befunderhebung voraus. Fehlt es an einem Behandlungsvertrag, folgt die Befunderhebungspflicht des Arztes somit aus seiner deliktsrechtlichen Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst, die mit den vertraglichen Pflichten des Arztes identisch ist.²⁴⁸ Die Befunderhebungspflicht ist damit innerhalb der vertraglichen und deliktischen Pflicht des Arztes zur kunstgerechten Behandlung des Patienten zu verorten, weil sie eine notwendige Vorstufe zur Durchführung der sachgerechten Therapie und damit letztlich einen notwendigen Bestandteil der medizinischen Behandlung darstellt. Da die Befunderhebungspflicht bereits aus dem einfachen Recht hergeleitet werden kann, ist ein Rückgriff auf verfassungsrechtliche Erwägungen nicht erforderlich.²⁴⁹

4. Voraussetzungen der Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB

Die Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB setzt voraus, dass der Behandelnde es unterlässt, eine medizinisch indizierte Befunderhebung rechtzeitig zu erheben oder zu sichern. Soweit dieser Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis zu Tage gefördert hätte, welches Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben, und das Unterlassen solcher Maßnahmen sich als grob feh-

²⁴⁵ *Sundmacher*, Befunderhebung, S. 54.

²⁴⁶ *Sundmacher*, Befunderhebung, S. 54.

²⁴⁷ BGH, NJW 1989, 767 (768); BGH, NJW 1989, 1538 (1539).

²⁴⁸ BGH, NJW 1989, 767 (768).

²⁴⁹ *Sundmacher*, Befunderhebung, S. 55.

lerhaft dargestellt hätte, wird vermutet, dass der Befunderhebungsfehler für den Gesundheitsschaden des Patienten ursächlich war. Die Besonderheit der Regelung liegt darin, dass auch ein einfacher Behandlungsfehler in Form einer Verletzung der Befunderhebungspflicht zu einer Kausalitätsvermutung zugunsten des Patienten führen kann.²⁵⁰ Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB liegt nach der ganz überwiegenden Rechtsprechung vor, wenn die Befunderhebung mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % ein positives Befundergebnis erbracht hätte.²⁵¹ Dadurch unterscheidet sich die hinreichende Wahrscheinlichkeit nicht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.²⁵² Der BGH hat sich noch nicht explizit geäußert, gibt jedoch implizit zu erkennen, dass er sich dieser Auffassung anschließt.²⁵³ Schließlich muss sich die Nichtreaktion auf dieses Befundergebnis als grob fehlerhaft darstellen und grundsätzlich geeignet sein, einen Gesundheitsschaden der eingetretenen Art verursacht zu haben. Der Gesetzgeber knüpft hierbei an die vom BGH entwickelten Grundsätze zur generellen Geeignetheit an.²⁵⁴ Die generelle Geeignetheit setzt nicht voraus, dass eine bestimmte Wahrscheinlichkeit des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden besteht.²⁵⁵ Es genügt, wenn der hypothetische Behandlungsfehler generell geeignet ist, den konkreten Gesundheitsschaden zu verursachen.²⁵⁶ Allerdings kann die Beweislastumkehr auch entfallen, wenn dem Arzt der Nachweis gelingt, dass eine Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden völlig unwahrscheinlich ist.²⁵⁷

5. Dogmatische Begründung und Kritik

Zur dogmatischen Begründung der Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler werden unterschiedliche Ansätze vertreten.²⁵⁸ Der BGH be-

²⁵⁰ Nixdorf, VersR 1996, 160 (161k); Sundmacher, Befunderhebung, S. 101.

²⁵¹ OLG Oldenburg, VersR 2017, 1084 (1085); OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1375 (1378); OLG Brandenburg, BeckRS 2012, 10031; OLG Celle, VersR 2009, 500 (502); OLG München, MedR 2007, 361 (363); OLG Köln, VersR 2004, 247 (247); OLG Dresden, VersR 2004, 648 (649); Nußstein, VersR 2016, 641 (643); ders., VersR 2015, 1094 (1094); BeckOK BGB/Katzenmeier, BGB § 630h Rn. 85.; zust. Franzki, unter Hinweis auf die Wahrscheinlichkeitsschwelle zum hinreichenden Tatverdacht, Franzki, Der Behandlungsvertrag, S. 184. a. A. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2008, 539 (540) hinreichende Wahrscheinlichkeit auch unter 50 %. Teilweise wird auch eine Wahrscheinlichkeit von 51 % verlangt, OLG Celle, Ur. v. 15.4.2013, Az. 1 U 26/12 (unveröffentlicht), zit. nach Franzki, Der Behandlungsvertrag, S. 184.

²⁵² OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1375 (1378); OLG Köln, VersR 2004, 247 (247); Franzki, Der Behandlungsvertrag, S. 184.

²⁵³ BGH, NJW 2014, 688 (689).

²⁵⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 31 unter Hinweis auf BGH, NJW 2011, 2508 f.

²⁵⁵ BGH, NJW 2011, 2508 f.; Groß, in: FS Geiß, S. 429 (430).

²⁵⁶ BGH, NJW 2011, 2508 (2509); BGH, NJW 1988, 2949 (2950).

²⁵⁷ BGH, NJW 2011, 2508 (2509); BGH, NJW 1988, 2949 (2950).

²⁵⁸ Ausf. Überblick bei Sundmacher, Befunderhebung, S. 79–95.

gründet diese Beweislastumkehr mit den daraus resultierenden, „erheblichen Aufklärungsschwierigkeiten hinsichtlich des Kausalverlaufs“²⁵⁹. Die unterlassene Befunderhebung verhindere „die Entdeckung des wahrscheinlich gravierenden Befunds und eine entsprechende Reaktion darauf mit der Folge, dass hierdurch das Spektrum der für die Schädigung des Patienten in Betracht kommenden Ursachen besonders verbreitert oder verschoben wird“²⁶⁰. Dadurch lasse sich nach der Behandlung nicht feststellen, welches Ergebnis sich bei der gebotenen Befunderhebung ergeben hätte, sodass offen bleibt, ob der Arzt den Befund richtig gedeutet hätte, ob und welche Maßnahmen aufgrund des Befundes hätten eingeleitet werden müssen und ob sie sich positiv auf den Gesundheitszustand des Patienten ausgewirkt hätten.²⁶¹ Befunde sind daher für die Feststellung eines Behandlungsfehlers und den Nachweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden unerlässlich.²⁶² Im Kern ist anerkannt, dass der Grund für die Beweislastverlagerung vornehmlich in einer Interessenabwägung zu sehen ist, in deren Rahmen Billigkeitserwägungen Rechnung zu tragen ist.²⁶³ Dies ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des BGH, der darauf hinweist, dass für die Rechtfertigung einer Beweislastumkehr zugunsten des Patienten bei einem einfachen Behandlungsfehler maßgeblich sei, „inwieweit es [...] die Billigkeit erfordert, ihm Erleichterungen bei der Beweisführung zukommen zu lassen“²⁶⁴. Der Patient soll daher durch die Beweislastumkehr so gestellt werden, wie er stünde, wenn der Arzt den Befund ordnungsgemäß erhoben und gesichert hätte.²⁶⁵ Jedoch ist die Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler zugleich Gegenstand intensiver Kritik, die hier nicht abschließend zu behandeln ist und daher nachfolgend zusammengefasst dargestellt werden soll.²⁶⁶ Teilweise wird bereits die Zulässigkeit einer Beweislastumkehr zugunsten des Patienten bei einem einfachen Befunderhebungsfehlers verneint.²⁶⁷ Hierzu wird insbesondere angeführt, dass das Beweismaß der hinreichenden Wahrscheinlichkeit der ZPO fremd und vom BGH sowie vom Gesetzgeber zudem nicht definiert worden sei.²⁶⁸ Zudem stünden dem Arzt nach der Rechtsprechung selbst bei einem groben Behandlungsfehler zumindest Entschuldigungs-

²⁵⁹ BGH, NJW 2011, 2508 (2508).

²⁶⁰ BGH, NJW 2011, 2508 (2508), Rn. 7; *Groß*, in: FS Geiß, S. 429 (435).

²⁶¹ *Müller*, NJW 1997, 3049 (3053).

²⁶² *Hausch*, VersR 2003, 1489 (1489).

²⁶³ BGH, NJW 1996, 1589 (1590); *Hausch*, VersR 2003, 1489 (1494); *Groß*, in: FS Geiß, S. 429 (430); *Sundmacher*, Befunderhebung, S. 82.

²⁶⁴ BGH, NJW 1996, 1589 (1590).

²⁶⁵ BGH, NJW 1999, 862 (863).

²⁶⁶ Siehe hierzu ausf. *Sundmacher*, Befunderhebung, S. 105–173.

²⁶⁷ *Hausch*, VersR 2003, 1489 (1496).

²⁶⁸ *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (280 f.); *Hausch*, VersR 2003, 1489 (1492); *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 183 f.

und Rechtfertigungsmöglichkeiten offen.²⁶⁹ Bei der Beweislastumkehr im Falle eines einfachen Befunderhebungsfehlers wird jedoch an einen fiktiven groben Behandlungsfehler des Arztes angeknüpft, den dieser nicht entkräften könne.²⁷⁰ Dadurch werde der Arzt gegenüber der Beweislastverteilung bei einem groben Behandlungsfehler benachteiligt.²⁷¹ Ferner unterlasse der Arzt die Befunderhebung häufig deshalb, weil er eine vertretbare Diagnose gestellt habe oder sich seiner Diagnose sicher gewesen sei und daher keinen Anlass für eine weitere Befunderhebung gesehen habe.²⁷² Bei einer fehlerhaften Diagnose liege jedoch ein Diagnoseirrtum vor, der nach der Rechtsprechung nur restriktiv als Behandlungsfehler bewertet werde.²⁷³ Bei einer ex-post Betrachtung durch den Sachverständigen drohe die Gefahr, dass der Sachverständige das Vorgehen des Arztes als Befunderhebungsfehler einordne, wodurch die restriktive Annahme eines Diagnosefehlers unterlaufen werde.²⁷⁴ Um den Vorwurf eines Befunderhebungsfehlers zu vermeiden, sehe sich der Arzt daher zu einer umfassenden Diagnostik veranlasst, wodurch eine überdiagnostische Defensiv-Medizin entstehe, die mit Risiken für den Patienten, Belastungen der Arzt-Patienten-Beziehung sowie steigenden Ausgaben im Gesundheitssektor einhergehe.²⁷⁵ Schließlich bestünden auch dogmatische Bedenken, weil der BGH entgegen seiner eigenen Rechtsprechung bei der Beweislastumkehr im Falle einer fehlerhaften Befunderhebung an den ärztlichen Fehler selbst anknüpfe.²⁷⁶ Eine dogmatische oder sachliche Begründung für die Beweislastumkehr bei einer versäumten Befunderhebung stehe daher nach wie vor aus.²⁷⁷ Allerdings wird demgegenüber auch die Auffassung vertreten, dass die Anforderungen des BGH an eine Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler zu hoch seien.²⁷⁸

6. Bewertung

Mit Blick auf die kritischen Stimmen zur Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler muss zunächst dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Gesetzgeber die Beweislastumkehr nunmehr im BGB kodifiziert hat. Es ist daher etwa unschädlich, dass die ZPO den Begriff der hinreichen-

²⁶⁹ Hausch, VersR 2003, 1489 (1493) unter Bezugnahme auf BGH, NJW 2000, 2741 (2742).

²⁷⁰ Hausch, VersR 2003, 1489 (1493).

²⁷¹ Hausch, VersR 2003, 1489 (1493).

²⁷² Hausch, VersR 2003, 1489 (1493); ders., MedR 2012, 231 (237 f.).

²⁷³ BGH, NJW 1996, 1589 (1590); BGH, NJW 1995, 778 (778); Hausch, VersR 2003, 1489 (1493).

²⁷⁴ Hausch, MedR 2012, 231 (231); ders., VersR 2003, 1489 (1494).

²⁷⁵ Hausch, VersR 2003, 1489 (1496); Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604 f.); Ramm, GesR 2011, 513 (517).

²⁷⁶ Hausch, VersR 2003, 1489 (1495).

²⁷⁷ Hausch, VersR 2003, 1489 (1495).

²⁷⁸ Giesen, JZ 1990, 1053 (1062).

den Wahrscheinlichkeit nicht kennt bzw. nicht näher definiert, da dieser nun gesetzlich in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB geregelt ist. Zu konzedieren ist, dass der Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit problematisch ist, da der Gesetzgeber diese nicht näher definiert hat. Allerdings wird von der überwiegenden Rechtsprechung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ab einem Wahrscheinlichkeitsgrad von mehr als 50 % angenommen.²⁷⁹ Damit liegt eine zahlenmäßige Definition vor. Hausch schlägt vor, anstatt der hinreichenden eine überwiegende Wahrscheinlichkeit vorauszusetzen, räumt jedoch zugleich ein, dass Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einer überwiegenden und nicht überwiegenden Wahrscheinlichkeit in Kauf zu nehmen seien.²⁸⁰ Diese Argumentation enthält daher einen Widerspruch, da dieser Vorschlag die Problematik der Abgrenzung der verschiedenen Wahrscheinlichkeitsgrade nicht löst, sondern lediglich verschiebt. Anhand der Argumentation von Hausch wird vielmehr deutlich, dass die Abgrenzung einer Wahrscheinlichkeit im Einzelfall stets mit Unwägbarkeiten behaftet ist, was nicht auf den Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit zurückzuführen ist, sondern darauf beruht, dass die Frage einer Wahrscheinlichkeit letztlich eine normative Wertung darstellt²⁸¹, welche einer schematischen Betrachtung nicht zugänglich ist. Der BGH weist auf diesen Umstand ausdrücklich hin.²⁸² Zudem handelt es sich hierbei um eine Kritik, die lediglich die konkrete Ausgestaltung der Beweislastregel betrifft, aber ihre Legitimation dem Grunde nach nicht in Frage stellt.²⁸³ Ferner hat sich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausführlich mit dem Diagnoseirrtum auseinandergesetzt²⁸⁴ und trotzdem eine Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler bejaht. Das Argument einer drohenden Defensivmedizin ist daher vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Willens abzulehnen, zumal angeführt werden kann, dass durch die Möglichkeit einer Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB der Arzt zu einer sorgfältigen Befunderhebung angehalten wird, was mit der Präventionsfunktion des Patientenrechtegesetzes in Einklang steht.²⁸⁵ Nicht von der Hand zu weisen ist, dass der Arzt sich gegen den Vorwurf eines fiktiven groben Behand-

²⁷⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter E. I. 4.

²⁸⁰ Hausch, VersR 2003, 1489 (1496).

²⁸¹ Harder, Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler, S. 83; ähnl. Menne-meyer, der sich ausführlich mit der Argumentation Hausch's auseinandersetzt: „Unterschiedliche (vertretbare) Beurteilungen desselben Sachverhalts durch verschiedene Instanzen gehören zum Juristenalltag. Das Problem, dass manchmal durchaus Fehlbeurteilungen und Begründungsdefizite festzustellen sind, ist ein allgemeines Problem jeglicher Rechtsprechung. Mit der Tauglichkeit von Abgrenzungsformeln, die je nach Komplexität der zu beurteilenden Lebenssachverhalte notwendigerweise unscharf sein müssen und kein einzelfallbezogenes Ergebnis vorgeben können, hat dies nichts zu tun.“ Menne-meyer, in: FS Bergmann, S. 145 (154).

²⁸² BGH, NJW 1996, 1589 (1590).

²⁸³ Ähnl. Sundmacher, Befunderhebung, S. 140.

²⁸⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 31.

²⁸⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 59.

lungsfehlers nicht zur Wehr setzen kann. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass der fiktive grobe Behandlungsfehler zur Herbeiführung des eingetretenen Gesundheitsschadens grundsätzlich geeignet sein muss und der Patient dies beweisen muss. Hiergegen kann der Arzt sich zum einen zur Wehr setzen. Zum anderen kann eine Beweislastumkehr entfallen, wenn der Patient in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler zur Unaufklärbarkeit des Behandlungsgeschehens beigetragen hat.²⁸⁶ Insgesamt ermöglicht § 630h Abs. 5 S. 2 BGB daher eine sachgerechte Beweislastverteilung, die die Beweisnot des Patienten sowie das Interesse des Arztes vor übermäßiger beweisrechtlicher Schlechterstellung gleichermaßen berücksichtigt und daher den Interessen beider Parteien gerecht wird.²⁸⁷ Jedoch bestehen nach wie vor ungeklärte Abgrenzungsfragen, die nachfolgend zu erörtern sind.

7. Abgrenzung zwischen Befunderhebungspflicht und therapeutischer Aufklärungspflicht

a) Fehlender Dringlichkeitshinweis als Befunderhebungsfehler

aa) Untersuchungsfrage

Bevor der Arzt einen Befund erhebt, weist er den Patienten im Regelfall auf das Erfordernis und eine etwaige Dringlichkeit dieser Befunderhebung hin. Der Befunderhebung geht somit regelmäßig eine Aufklärung voraus bzw. ist mit dieser verknüpft. Dies gilt insbesondere bei einer zeitlich gestreckten Behandlung, da der Arzt durch eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherstellen muss, dass der Patient den erforderlichen Termin zur Befunderhebung wahrnimmt. Unterbleibt ein entsprechender Hinweis und wird der Befund dadurch nicht erhoben, stellt sich die Frage, ob die unvollständige oder gänzlich fehlende Aufklärung über das Erfordernis der Befunderhebung innerhalb der Befunderhebungspflicht des Arztes oder der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten ist. Diese Frage ist von hoher praktischer Relevanz, weil die Verortung des genannten Aufklärungselements innerhalb der Befunderhebungspflicht dazu führt, dass bereits ein einfacher Befunderhebungsfehler die Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB auslösen kann, wohingegen eine dogmatische Verortung innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht nur dann gemäß § 630h Abs. 5 S. 1 BGB zu einer Beweislastumkehr führen, wenn der Aufklärungsfehler als grob zu bewerten ist.²⁸⁸ Die genannte Frage stellt sich vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung und der dadurch ausgelösten Diskussion.²⁸⁹

²⁸⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 31; OLG München, MedR 2006, 174 (176).

²⁸⁷ Harder, Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler, S. 73.

²⁸⁸ Jaeger, MedR 2016, 433 (433).

²⁸⁹ BGH, NJW 2018, 621; BGH, MedR 2016, 431; KG, BeckRS 2015, 120217; OLG Hamm, MedR 2016, 64; OLG Köln, VersR 2015, 1173; OLG Oldenburg, BeckRS

bb) Lösung der Rechtsprechung: Abgrenzung nach Schwerpunkten

Die Rechtsprechung löst die aufgezeigte Problematik anhand einer Schwerpunkt Betrachtung. Das OLG Köln hatte sich mit einem Fall auseinanderzusetzen, in welchem der behandelnde Arzt einen Herzinfarktiskopatienten zwar auf das Erfordernis einer Befunderhebung hingewiesen, ihn aber nicht über die Dringlichkeit dieser aufgeklärt hat.²⁹⁰ In diesem Zusammenhang hat sich dem Senat die Frage gestellt, ob das Fehlen eines Dringlichkeitshinweises als Befunderhebungsfehler oder als therapeutischer Aufklärungsfehler zu qualifizieren ist. Das OLG hat die Revision mit der Begründung zugelassen, dass sich diese Frage in einer Vielzahl von Fällen stellen kann und höchstrichterlich nicht geklärt ist.²⁹¹ Es vertritt hierzu die Auffassung, dass bei einem fehlenden Hinweis auf die Dringlichkeit der Befunderhebung der Schwerpunkt des Behandlungsfehlers in einer unzureichenden therapeutischen Aufklärung liegt.²⁹² In einem solchen Fall komme eine Beweislastumkehr nur bei einem groben Behandlungsfehler in Betracht. Eine Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers komme nur dann in Betracht, wenn der Arzt den Patienten erst gar nicht auf die grundsätzliche Erforderlichkeit einer Befunderhebung hinweist.²⁹³ Das OLG begründet seine Auffassung maßgeblich mit der Erwägung, dass der Arzt dem Patienten bei einer Befunderhebung typischerweise erläutert, was zu tun sei und der Patient dadurch an der Befunderhebung mitwirkt. Als Beispiel nennt der Senat das Reichen des Arms zur Blutentnahme oder den Gang zum Ultraschall. In diesem Fall stelle sich die Erläuterung durch den Arzt als notwendiger Teil der Befunderhebung dar. Dies gilt nach Auffassung des Senats jedoch nicht für die Aufklärung über die Dringlichkeit der Befunderhebung. Diese könne regelmäßig durchgeführt werden, ohne dass es spezieller Erläuterungen durch den Arzt bedarf, sodass derartige Erklärungen schwerpunktmäßig innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten seien.²⁹⁴ Zudem begründet das OLG seinen Standpunkt mit der teleologischen Erwägung, dass bei einem Hinweis auf das Erfordernis diagnostischer Maßnahmen und dem bloßen Fehlen einer Aufklärung über deren Dringlichkeit die Beweisschwierigkeiten auch aus der Sphäre des Patienten entstammen, die Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler ihren Grund aber darin habe, dass nur der Arzt für die Unauf-

2016, 10889, Rn. 43; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.05.2017, Az.: 7 U 32/17, juris, Rn. 22. *Nußstein*, VersR 2016, 641; *Finn*, MedR 2016, 69 und *Jaeger*, MedR 2016, 433 sowie der Aufsatz von *Martis/Winkhart*, MDR 2017, 925 (929); *Sommerfeld*, VersR 2018, 1491.

²⁹⁰ OLG Köln, VersR 2015, 1173. Ähnlich gelagert ist ein Fall des OLG Hamm, MedR 2016, 64.

²⁹¹ OLG Köln, BeckRS 2014, 22480, Rn. 47.

²⁹² OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

²⁹³ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

²⁹⁴ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

klärbarkeit des Behandlungsgeschehens verantwortlich sei.²⁹⁵ Der BGH pflichtet diesem Standpunkt bei.²⁹⁶ Allerdings fällt die Begründung vergleichsweise knapp aus.²⁹⁷ Er bestätigt die Auffassung des OLG Köln mit der Begründung, dass im Falle des bloßen Fehlens eines Dringlichkeitshinweises der Vorwurf ärztlichen Fehlverhaltens schwerpunktmäßig grundsätzlich „nicht in der unterblieben Befunderhebung als solcher, sondern in dem Unterlassen von Warnhinweisen zum Zwecke der Sicherstellung des Behandlungserfolgs“²⁹⁸ liegt. In einer aktuellen Entscheidung bestätigt der BGH seine Auffassung mit identischer Begründung und lehnt damit die anderslautende Auffassung des KG ab.²⁹⁹ In dem betreffenden Sachverhalt hatte die beklagte Ärztin es versäumt, die Patientin auf die Dringlichkeit einer weiteren Befunderhebung hinzuweisen. Das KG begründet seine Auffassung mit der Erwägung, dass die Befunderhebung aufgrund des unzureichenden Hinweises verzögert erfolgt ist, was im Ergebnis einem Unterlassen der gebotenen Befunderhebung gleichkommt.³⁰⁰ Nachfolgend wird die dargestellte Linie der Rechtsprechung unter Darstellung der gegenwärtigen Auffassungen im Schrifttum beleuchtet.

cc) Kritik am Lösungsansatz der Rechtsprechung

Die dargestellte Auffassung der Rechtsprechung erfährt intensive Kritik.³⁰¹ Nußstein hat sich mit den Entscheidungen des BGH und des OLG Köln auseinandergesetzt und gelangt zu dem Schluss, dass § 630h Abs. 5 S. 2 BGB „auf jede der Befunderhebung dienende, sie vorbereitende oder nur faktisch ermöglichende vorbereitende Aufklärung“³⁰² anzuwenden sei. Nußstein stützt seine Auffassung auf teleologische Gesichtspunkte. Jede Aufklärung, die der Befunderhebung aus rechtlichen oder faktischen Gründen vorausgehe, erfolge letztlich zu dem Zweck, die gebotene Befunderhebung durchzuführen.³⁰³ Die therapeutische Aufklärung diene hingegen nicht der Ermöglichung einer Befunderhebung.³⁰⁴ Sie erfolge aus dem Grund, dass der Patient in die Lage versetzt werde, durch die Anpassung seiner Lebensführung den Behandlungserfolg sicherzustellen.³⁰⁵ Vor diesem Hintergrund sei der Lösungsansatz der Rechtsprechung, die therapeutische Aufklärungspflicht von der Befunderhebungspflicht anhand des Schwer-

²⁹⁵ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

²⁹⁶ BGH, MedR 2016, 431.

²⁹⁷ Jaeger, MedR 2016, 433 (433).

²⁹⁸ BGH, MedR 2016, 431 (432).

²⁹⁹ BGH, NJW 2018, 621 (622) Rn. 15; KG, BeckRS 2015, 120217, Rn. 11.

³⁰⁰ KG, BeckRS 2015, 120217, Rn. 11.

³⁰¹ Nußstein, VersR 2016, 641; Finn, MedR 2016, 69; Sommerfeld, VersR 2018, 1491.

³⁰² Nußstein, VersR 2016, 641 (643).

³⁰³ Nußstein, VersR 2016, 641 (642).

³⁰⁴ Nußstein, VersR 2016, 641 (642).

³⁰⁵ Nußstein, VersR 2016, 641 (642).

punktes des Behandlungsfehlers abzugrenzen, ungeeignet.³⁰⁶ Dies sei darauf zurückzuführen, dass Schwerpunkt Betrachtungen grundsätzlich mit der Schwäche behaftet seien, dass die Schwerpunkte zur Herbeiführung des gewünschten Ergebnisses beliebig gesetzt werden könnten.³⁰⁷ Sommerfeld vertritt ebenfalls die Auffassung, dass die genannte Schwerpunkt Betrachtung der Rechtsprechung nicht einleuchtend sei. Im Gegensatz zum Arzt sei der Patient nicht in der Lage, die Dringlichkeit der Befunderhebung selbstständig zu ermitteln. Der zeitliche Aspekt sei daher wesentlicher Bestandteil der Befunderhebung.³⁰⁸

dd) Bewertung und Lösungsansatz

Bei der Abgrenzung der Befunderhebungspflicht von anderen ärztlichen Pflichten muss berücksichtigt werden, dass die vom BGH entwickelte Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler die Gefahr einer Ausufahrung in sich trägt.³⁰⁹ Der BGH ist daher seit der Entwicklung dieser Beweislastsonderregel zugleich um ihre Eingrenzung bemüht.³¹⁰ Die Gefahr der Ausufahrung wird gerade mit Blick auf die vorliegende Problematik deutlich. Verortet man sämtliche Aufklärungsbestandteile, die mit der Befunderhebung in einem irgend gearteten Zusammenhang stehen, innerhalb der Befunderhebungspflicht, führt dies zu einer sichtbaren Ausweitung der Beweislastumkehr bei einfachen Behandlungsfehlern. Dies könnte letztlich zur Folge haben, dass die Regelbeweislast des Patienten in einer Vielzahl von Fällen aufgehoben wird, was mit dem Grundgedanken des § 630h BGB nicht zu vereinbaren ist. Der Gesetzgeber weist darauf hin, dass der Anspruchssteller nach dem Grundgedanken dieser Norm die Voraussetzungen seines Anspruchs darzulegen und zu beweisen hat, und den Patienten daher grundsätzlich die Beweislast für den Behandlungsfehler, den Schaden und die Kausalität zwischen diesen beiden Voraussetzungen trifft.³¹¹ In der Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, dass sich bei einer Beweislastumkehr bei einem Befunderhebungsfehler „deutlich vereinfachte Möglichkeiten“ zur Anspruchsdurchsetzung für den Patienten ergeben, was mit der Gefahr einer Aushöhlung der Regelbeweislast einhergehen könne.³¹² Diese Erwägungen sind daher bei der Ermittlung des Anwendungsbereichs des § 630h

³⁰⁶ Nußstein, VersR 2016, 641 (642).

³⁰⁷ Nußstein, VersR 2016, 641 (642).

³⁰⁸ Sommerfeld, VersR 2018, 1491 (1492).

³⁰⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 478; Nixdorf, VersR 1996, 160 (161); Hausch, VersR 2003, 1489 (1490).

³¹⁰ Nixdorf, VersR 1996, 160 (161); Hausch, VersR 2003, 1489 (1490); BeckOK BGB/Katzenmeier, § 630h Rn. 84.

³¹¹ BT-Drs. 17/10488, S. 27 f.

³¹² OLG Köln, VersR 2004, 247 (247 f.). Mit dieser Erwägung begründet der Senat, dass der Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eine mindestens 50 %ige Wahrscheinlichkeit voraussetzt.

Abs. 5 S. 2 BGB zu berücksichtigen, sodass die pauschale Anwendung der Beweislastumkehr auf jegliche mit der Befunderhebung in Zusammenhang stehende Aufklärung abzulehnen ist. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob die auf eine Befunderhebung gerichtete Aufklärung innerhalb der Befunderhebungspflicht zu verorten ist. Hierbei muss zugunsten der Rechtsprechung berücksichtigt werden, dass auch den Patienten eine Mitverantwortlichkeit für die unterlassene Befunderhebung treffen kann. Daher kann nicht angeführt werden, dass jede auf die Befunderhebung gerichtete Aufklärung innerhalb des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zu verorten ist, weil das Unterlassen der Befunderhebung ausschließlich aus der Sphäre des Behandelnden stamme.³¹³ Gegen eine Verortung der Dringlichkeit innerhalb der Befunderhebungspflicht spricht ferner, dass die Dringlichkeit der Behandlung bereits als behandlungswesentlicher Umstand innerhalb des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB normiert ist. Jedoch ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Pflicht materiell-rechtlich innerhalb einer bestimmten Vorschrift normiert ist, aber die Verletzung dieser Pflicht beweisrechtliche Konsequenzen zeitigt, die innerhalb einer anderen Vorschrift geregelt sind. Die Frage, ob die fehlende Aufklärung über die Dringlichkeit einen Befunderhebungsfehler darstellt, bemisst sich daher an § 630h Abs. 5 S. 2 BGB. Der Wortlaut dieser Vorschrift spricht dafür, dass der Hinweis auf die Dringlichkeit der Befunderhebung ebenfalls innerhalb der Befunderhebungspflicht zu verorten ist. Die Vorschrift setzt voraus, dass der Arzt es unterlässt, einen Befund *rechtzeitig* zu erheben oder zu sichern.³¹⁴ Der Hinweis auf die Dringlichkeit einer Befunderhebung erfolgt jedoch gerade um sicherzustellen, dass der Befund rechtzeitig erhoben wird. Ist ein Befund innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erheben, ist der bloße Hinweis auf das Erfordernis der Befunderhebung für den Patienten meist unzureichend. Spaltet man daher die Aufklärung über den erforderlichen Zeitpunkt der Befunderhebung vom eigentlichen Vorgang der Befunderhebung ab, wird dies der Befunderhebungspflicht des Arztes nicht gerecht.³¹⁵ Dies gilt insbesondere, wenn Befunde innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erhoben werden müssen und die Behandlung zeitlich gestreckt ist. Ferner kann der Patient als medizinischer Laie ohne einen entsprechenden Hinweis nicht selbstständig erschließen, dass die Befunde innerhalb eines bestimmten Zeitraums erhoben werden müssen.³¹⁶ Gerade aus diesem Grund ist der Arzt verpflichtet, den Patienten auf die Dringlichkeit der Befunderhebung und den gebotenen Zeitraum hinzuweisen. Nur mit einem solchen Hinweis ist sichergestellt, dass der Patient die erforderlichen Informationen kennt, um bei der gebotenen Befunderhebung mitzuwirken, indem er diese rechtzeitig wahrnimmt. Ferner hat der Gesetzgeber einer gleichrangigen Mitver-

³¹³ So aber wohl *Nußstein*, VersR 2016, 641 (642 f.).

³¹⁴ *Sommerfeld*, VersR 2018, 1491 (1492).

³¹⁵ *Sommerfeld*, VersR 2018, 1491 (1492).

³¹⁶ So auch *Sommerfeld*, VersR 2018, 1491 (1492); siehe zu dieser Argumentation die Ausführungen in Kap. 5 D. II. 2.

antwortlichkeit des Patienten für die unterlassene Befunderhebung bereits dadurch Rechnung getragen, dass er eine Anwendung des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB in diesen Fällen ausgeschlossen hat.³¹⁷ Dadurch hat der Gesetzgeber Fälle, in denen eine Beweislastumkehr wegen eines Patientenmitverschuldens ausgeschlossen sein kann, bereits berücksichtigt. Das Argument, wonach eine unterlassene Befunderhebung auch in der Sphäre des Patienten zu verorten ist, kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen, zumal den Patienten bei fehlendem Dringlichkeitshinweis ohnehin kein Mitverschuldensvorwurf trifft. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Rechtsprechung offenbar bestrebt ist, den Anwendungsbereich des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB einzugrenzen, um dessen Ausuferung zu vermeiden. Allerdings ist dies abzulehnen, wenn der Arzt den Patienten nicht auf die Dringlichkeit und den medizinisch gebotenen Zeitpunkt oder Zeitraum der Befunderhebung hinweist. Die Aufklärung über die Dringlichkeit einer Befunderhebung ist daher ebenfalls innerhalb der Befunderhebungspflicht zu verorten, mit der Folge, dass der Anwendungsbereich des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB bei Fehlen eines entsprechenden Hinweises eröffnet ist.

ee) Fazit

Die fehlerhafte Einbestellung des Patienten stellt einen Befunderhebungsfehler dar, wenn der Arzt den Patienten nicht über das Erfordernis oder die Dringlichkeit der Befunderhebung aufklärt. Erforderlich ist somit eine Aufklärung darüber, dass die Befunderhebung überhaupt geboten ist und in welchem Zeitraum sie durchgeführt werden muss, sowie der Hinweis auf die drohenden Gefahren, wenn der Befund verzögert erhoben wird. Zu begründen ist dies maßgeblich damit, dass der Patient nicht eigenständig die Dringlichkeit sowie die möglichen Gefahren einer verzögerten Befunderhebung erkennen kann und das Fehlen eines solchen Hinweises dazu führen kann, dass der Patient die Befunderhebung nur verzögert oder überhaupt nicht wahrnimmt.

b) Unterlassene Veranlassung der Befunderhebung als Befunderhebungsfehler

Vielfach ist der Arzt selbst nicht in der Lage, beim Patienten einen bestimmten Befund zu erheben. So wird der Hausarzt den Patienten regelmäßig an einen Facharzt überweisen, damit dieser die erforderlichen Befunde erhebt. In dieser Konstellation ist der Befund somit faktisch von einem anderen Behandelnden zu erheben. Daher stellt sich die Frage, ob den Behandelnden, der den Patienten lediglich zur Befunderhebung an einen anderen Arzt überweist, rechtlich überhaupt eine Befunderhebungspflicht treffen kann. Die Pflicht des behandelnden Arztes erstreckt sich darauf, den Patienten auf das Erfordernis der Befunderhe-

³¹⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

bung hinzuweisen und gegebenenfalls über ihre Dringlichkeit aufzuklären. Diese Fallgestaltung lag auch dem bereits dargestellten Urteil des OLG Köln zugrunde.³¹⁸ Daher stellt sich die Frage, ob die fehlerhafte Veranlassung einer Befunderhebung, beispielsweise durch eine unvollständige oder fehlende Aufklärung, auch dann geeignet ist, die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB auszulösen, wenn die Befunderhebung von einem anderen Behandelnden durchzuführen ist. Diese Frage ist im Schrifttum bislang nicht erörtert worden. Sie ist jedoch von hoher praktischer Relevanz. So hatte das OLG Oldenburg über die Frage zu entscheiden, ob es einen Befunderhebungsfehler darstellt, wenn der Hausarzt den Patienten nicht zum Zwecke einer Befunderhebung an einen Facharzt überweist.³¹⁹ Der beklagte Hausarzt hatte den Patienten nach Überzeugung des Senats nicht auf das Erfordernis einer Darmspiegelung hingewiesen, wodurch ein Karzinom erst mit einjähriger Verzögerung diagnostiziert worden ist. Nach Auffassung des Senats ist es unbeachtlich, dass der beklagte Arzt selbst nicht imstande gewesen ist, den Befund zu erheben. Kläre der Arzt den Patienten nicht darüber auf, dass ein Befund überhaupt zu erheben ist, stehe dies einem Befunderhebungsfehler gleich.³²⁰ Der Senat recurriert hierbei auf ein Urteil des OLG Köln, welches einen Befunderhebungsfehler mit beweisrechtlicher Konsequenz bejaht hat, nachdem der beklagte Chefarzt es unterlassen hatte, den ebenfalls beklagten, konsiliarisch hinzugezogenen Neurologen nach unklarer Diagnostik zu weiteren Befunderhebungsmaßnahmen und einer eindeutigen Diagnose zu drängen oder einen anderen Facharzt hinzuzuziehen.³²¹ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob diese Rechtsauffassung mit Blick auf § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zutreffend ist. Bei reiner Wortlautbetrachtung ist dies zu verneinen. Der Wortlaut stellt auf die unterlassene Erhebung des Befundes ab, aber nicht auch auf die unterlassene Veranlassung einer Befunderhebung. Die Gesetzesbegründung bietet zur Beantwortung dieser Frage keine Anhaltspunkte. Sie spricht lediglich von der „den Behandelnden treffende[n] Befunderhebungs- oder Befund-sicherungspflicht“³²², woraus kein Schluss auf Umfang und Grenzen der Befunderhebungspflicht gezogen werden kann. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass in einer Vielzahl von Fällen die Erhebung der gebotenen Befunde erst mittels einer Überweisung an einen Facharzt sichergestellt werden kann, der über die erforderlichen Gerätschaften verfügt. Zu diesem Zweck sieht § 24 Abs. 4 Nr. 1 BMV-Ä die Möglichkeit der Überweisung an einen anderen Facharzt vor. Knüpft man die Entstehung einer Befunderhebungspflicht daher an die rechtliche oder technische Möglichkeit des jeweiligen Behandelnden, die erforderlichen Befunde

³¹⁸ OLG Köln, VersR 2015, 1173. Hierauf weist auch Jaeger hin, siehe *Jaeger*, MedR 2016, 433.

³¹⁹ OLG Oldenburg, MedR 2011, 163.

³²⁰ OLG Oldenburg, MedR 2011, 163 (166).

³²¹ OLG Köln, NJW-RR 2003, 1031 (1031 f.).

³²² BT-Drs. 17/10488, S. 31.

auch tatsächlich zu erheben, läuft die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB in einer Vielzahl von Fällen leer. Sie würde im Kern nur noch dann Anwendung finden können, wenn der Patient in einer Einrichtung behandelt wird, die über die erforderlichen Gerätschaften zur Befunderhebung verfügt. Darüber hinaus wäre die Anwendbarkeit des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB von der Zufälligkeit abhängig, ob der Patient sich bei einem Arzt in Behandlung befindet, der über die zur Befunderhebung erforderlichen Untersuchungsgeräte verfügt. Dadurch würden identische Aufklärungselemente – in beweisrechtlich entscheidungserheblicher Weise – unterschiedlich dogmatisch verortet. Schließlich würden dadurch Ärzte schlechter gestellt, die über eine umfangreichere medizinische Ausstattung verfügen. Der Gesetzgeber hat daher nicht explizit dem Umstand Rechnung getragen, dass sich das Bedürfnis einer Beweislastumkehr wegen einer einfach fehlerhaften Befunderhebung auch dann stellen kann, wenn ein behandelnder Arzt die Befunderhebung zwar nicht selbst vornehmen kann, den Patienten jedoch über ihre Notwendigkeit und Dringlichkeit aufklären muss. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass eine fehlerhafte Einbestellung als Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zu qualifizieren ist, wenn der Arzt den Patienten nicht über das Erfordernis und die Dringlichkeit der Befunderhebung aufklärt, auch wenn er mangels der erforderlichen Untersuchungsgeräte die Befunderhebung ohnehin nicht selbst vorgenommen hätte.

*c) Unterlassene Auswertung von Befunden
als Befunderhebungsfehler*

Erhebt ein Arzt einen Befund, wertet diesen aber nicht rechtzeitig aus, stellt sich ebenfalls die Frage, ob die unterlassene Auswertung des Befundes als Befunderhebungsfehler im Sinne des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zu qualifizieren ist. Es handelt sich auf den ersten Blick um unterschiedliche Problemkomplexe, allerdings liegt der Schwerpunkt in beiden Fällen in einer unterlassenen Mitteilung an den Patienten, wodurch sich der Behandlungsverlauf verzögert. Das OLG Hamburg hat sich mit der Frage befasst, ob eine unterlassene Befundauswertung als Befunderhebungsfehler mit der Folge einer Beweislastumkehr zu beurteilen ist.³²³ In dem betreffenden Sachverhalt haben die behandelnden Ärzte das Blutbild der Klägerin erst mit mehrtägiger Verzögerung ausgewertet. Eine sofortige Auswertung des Blutbildes hätte zur Absetzung eines Medikaments führen müssen, welches die Klägerin eingenommen hat.³²⁴ Der Senat sieht die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers als erfüllt. Er begründet dies maßgeblich mit der Erwägung, dass sich der Patient in dieser Situation hinsichtlich des Kausalitätsnachweises in derselben Beweisnot befindet wie dies bei einer gänzlich unterlassenen Befunderhebung

³²³ OLG Hamburg, Urt. v. 13.08. 2004 – Az. 1 U 5/04 –, juris, Rn. 11.

³²⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 13.08. 2004 – Az. 1 U 5/04 –, juris, Rn. 12.

der Fall ist.³²⁵ Diese Auffassung stößt auf Widerhall.³²⁶ Zwar wird konzediert, dass es für die Behandlung und das Behandlungsergebnis keinen Unterschied macht, ob der Befund erst gar nicht erhoben oder nicht ausgewertet wird.³²⁷ Allerdings wird gegen eine Beweislastumkehr angeführt, dass der Patient sich gerade nicht in derselben Beweisnot befindet, wie im Falle einer gänzlich unterlassenen Befunderhebung.³²⁸ Bei einer lediglich verzögerten Auswertung steht der Befund im Prozess als Beweismittel zur Verfügung.³²⁹ Deshalb bestehe auch nicht dieselbe Beweisnot wie sie im Falle einer gänzlich unterlassenen Befunderhebung besteht.³³⁰ Dieser Auffassung liegt insgesamt die Prämisse zugrunde, dass der BGH die Beweiserleichterung bei einem einfachen Befunderhebungsfehler aus der Beweisnot herleitet, die dem Patienten spezifisch während des Haftungsprozesses wiederfährt, wenn der Befund dort nicht als Beweismittel zur Verfügung steht.³³¹ Im Kern stellt sich die Frage, ob die Beweislastumkehr wegen eines einfachen Behandlungsfehlers ihren Grund darin hat, dass der Befund während eines Haftungsprozesses nicht zur Verfügung steht, oder der Normzweck des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB auch dann erfüllt ist, wenn der Befund bereits während der Behandlung nicht oder nur verspätet zur Verfügung steht bzw. zwar ausgewertet wird, aber dem Patienten nicht rechtzeitig mitgeteilt wird. Für die letztgenannte Sichtweise einer medizinischen Betrachtung streitet der Umstand, dass der Patient im Falle eines verspätet ausgewerteten oder ihm nicht rechtzeitig mitgeteilten, aber während des Prozesses zur Verfügung stehenden Befundes, der ein reaktionspflichtiges Ereignis zutage fördert, schlechter gestellt wird, als ein Patient, bei dem der Befund überhaupt nicht erhoben worden ist. Im Ergebnis steht der Patient daher beweisrechtlich besser, wenn der Arzt umfassende Nachlässigkeit bei der Befunderhebung an den Tag legt, indem er die gebotene Befunderhebung gänzlich unterlässt.³³² Dieses auf den ersten Blick unsachgerecht anmutende Ergebnis ist jedoch für die Beweislastsonderregeln des § 630h Abs. 5 BGB charakteristisch, was dadurch belegt wird, dass ein Patient im Falle eines einfachen Behandlungsfehlers beweisrechtlich schlechter steht als ein Patient, dem ein grober Behandlungsfehler widerfährt.³³³ Gegen die letzt-

³²⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 13.08. 2004 – Az. 1 U 5/04 –, juris, Rn. 11.

³²⁶ Ramm, GesR 2011, 513 (514).

³²⁷ Ramm, GesR 2011, 513 (514).

³²⁸ Ramm, GesR 2011, 513 (514).

³²⁹ Ramm, GesR 2011, 513 (514).

³³⁰ Ramm, GesR 2011, 513 (514).

³³¹ Ramm, GesR 2011, 513 (514).

³³² Sommerfeld, VersR 2018, 1492 (1493), allerdings zu der Frage, inwieweit ein fehlender Dringlichkeitshinweis einen Befunderhebungsfehler begründet.

³³³ Eine ähnliche Erwägung findet sich bei Taupitz, der darauf hinweist, dass die vollständige Aufklärung durch den Arzt für den Patienten einen negativen Beigeschmack haben kann, indem es zu einem Mitverschulden oder vollständigen Anspruchs-

genannte Auffassung streitet auch der Wortlaut, der die Beweislastumkehr nur für den Fall anordnet, dass es der Behandelnde unterlässt, einen erforderlichen Befund rechtzeitig zu *erheben*. Zwar wurde voranstehend festgestellt, dass ein Befunderhebungsfehler auch dann vorliegt, wenn der Arzt es versäumt, die erforderliche Befunderhebung bei einem anderen Arzt zu veranlassen, worin bei strenger Betrachtung auch eine Überdehnung des Wortlauts gesehen werden kann, wenn man diesen dahingehend deutet, dass er sich stets nur auf die Person des jeweiligen Behandelnden bezieht. Allerdings besteht ein signifikanter Unterschied zu den Fällen, in denen der Befund deshalb nicht vorliegt, weil der Arzt den Patienten nicht auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Befunderhebung hingewiesen hat. In diesen Fällen liegt letztlich auch im Prozess der erforderliche Befund nicht vor, ist also zu keinem Zeitpunkt *erhoben* worden, während der Befund in Fällen der vorliegenden Art sowohl erhoben als auch ordnungsgemäß gesichert worden ist und damit im Prozess als Beweismittel zur Verfügung steht. Zudem wird mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH deutlich, dass der Grund für die Beweiserleichterung bei einem einfachen Befunderhebungsfehler in der spezifischen Beweisnot des Patienten zu sehen ist, wenn der Befund im Prozess nicht als Beweismittel zur Verfügung steht. Der BGH hat die verzögerte Kontrolle der Kapazität eines Herzschrittmachers einem Befunderhebungsfehler gleichgestellt und eine Beweiserleichterung bejaht.³³⁴ Als Begründung führt der BGH an, dass der Arzt „wegen des Fehlens des sonst als Beweismittel zur Verfügung stehenden Untersuchungsergebnisses die Beweisführung in einem späteren Haftpflichtprozess“ vereitelt oder zumindest erschwert.³³⁵ Damit stellt der BGH nicht auf das Fehlen des Befundergebnisses während der Behandlung ab, sondern verdeutlicht vielmehr, dass die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr bei einem Befunderhebungsfehler erst dann vorliegen, wenn der Befund im Haftungsprozess nicht zur Verfügung steht. Die von Ramm dargestellte, prozessuale Betrachtungsweise verdient daher grundsätzlich Zuspruch. Allerdings gilt dies nur unter Einschränkungen. Verliert der Befund infolge der verzögerten Auswertung aufgrund biologisch-physiologischer Veränderungen an Validität, steht der Patient letztlich genauso als wenn der Befund gar nicht erhoben worden wäre.³³⁶ Dann liegt ein Befundsicherungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB vor. Allerdings weist der BGH in zustimmungswürdiger Weise darauf hin, dass die Reichweite der Beweislastumkehr wegen eines einfachen Behandlungsfehlers nicht schematisch, sondern nach der Lage des Einzelfalles zu bestimmen ist³³⁷, sodass

ausschluss führen kann, was aber einem mündigen Patienten letztlich zuzumuten ist, Taupitz, in: „Waffen-Gleichheit“, S. 67 (72).

³³⁴ BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

³³⁵ BGH, NJW 2004, 1871 (1872).

³³⁶ Für diese Frage kommt es entscheidend auf die Ausführungen des Sachverständigen an.

³³⁷ BGH, NJW 1996, 1589 (1590).

im Einzelfall ein anderes Ergebnis vorzugswürdig erscheinen kann. Schließlich hält dieses Ergebnis auch den Billigkeitserwägungen stand, mit denen der BGH die Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers begründet. Die unterlassene Auswertung während eines akuten Behandlungsgeschehens kann sich im Einzelfall als grober Behandlungsfehler darstellen. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn der Patient sich in stationärer Krankenhausbehandlung befindet, da sich den Ärzten aufgrund der dauerhaften Anwesenheit des Patienten die Auswertung der erhobenen Befunde aufdrängen muss. Dafür spricht auch, dass andernfalls Wertungswidersprüche zu besorgen sind, da nach der Rechtsprechung bereits dann ein grober Behandlungsfehler vorliegen kann, wenn der Arzt ausgewertete Befunde auch ohne Patientenkontakt nicht zur Kenntnis nimmt.³³⁸

*d) Unterlassene Mitteilung von Befundergebnissen
als Befunderhebungsfehler*

Es besteht die Möglichkeit, dass der Arzt dem Patienten bereits ausgewertete Befunde nicht oder nicht rechtzeitig mitteilt und in dessen Folge Gesundheitsschäden beim Patienten eintreten. Es stellt sich daher die Frage, ob im Allgemeinen auch der unterlassene Hinweis auf ein Befundergebnis als Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zu qualifizieren ist. Diese Frage stellt sich auch Blick auf die fernkommunikative Einbestellungs- und Befundmitteilungspflicht. Verortet man auch die unterlassene Mitteilung von Befundergebnissen innerhalb des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB, kann der Patient unter erleichterten Beweisvoraussetzungen seinen Anspruch durchsetzen. Die Frage, ob eine unterlassene Einbestellung zur Mitteilung eines auffälligen Befundes einen Befunderhebungsfehler mit der Folge einer Beweislastumkehr darstellt, hat der BGH bejaht, ohne dies jedoch näher zu begründen.³³⁹ Allerdings spricht bereits der Wortlaut gegen eine solche Interpretation der Vorschrift, der eine Beweislastumkehr lediglich bei unterlassener Erhebung der erforderlichen Befunde vorsieht. Ferner legitimiert sich § 630h Abs. 5 S. 2 BGB dadurch, dass der Arzt durch die unterlassene Befunderhebung oder Befundsicherung dem Patienten im Nachgang an die Behandlung den ihm obliegenden Kausalitätsbeweis zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden erschwert.³⁴⁰ Teilt der Arzt dem Patienten das Ergebnis der Befunderhebung nicht mit, sichert dieses jedoch und kann es jederzeit vorle-

³³⁸ OLG Koblenz, BeckRS 2017, 127879, Rn. 18.

³³⁹ BGH, NJW 2014, 74 (76 f.). An dieser Stelle treten Unstimmigkeiten innerhalb der Rechtsprechung des BGH zutage, da dieser einen Befunderhebungsfehler verneint, wenn der Befund erst gar nicht erhoben wird, weil der Arzt nicht auf die Dringlichkeit der Befunderhebung hinweist, jedoch einen Befunderhebungsfehler bejaht, wenn der Befund bereits erhoben, dem Patienten aber nicht mitgeteilt wird. Allerdings bejaht der BGH zugleich einen groben Behandlungsfehler, sodass die Annahme einer Beweislastumkehr im Ergebnis zutreffend erfolgt.

³⁴⁰ BGH, NJW 1987, 1482 (1483).

gen, sind die genannten teleologischen Voraussetzungen nicht erfüllt. Im Unterschied zu den Fällen, bei denen der Arzt den Patienten bereits zur Befunderhebung unzureichend einbestellt, handelt es sich bei der Einbestellung nach ordnungsgemäß erfolgter Befunderhebung um eine rein informatorische Maßnahme. Der Vorgang der Befunderhebung ist zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig abgeschlossen. Es geht also nur noch darum, dem Patienten den Befund und dessen medizinische Bedeutung mitzuteilen, um auf dieser Grundlage die weiteren Behandlungsmaßnahmen in die Wege zu leiten. Die Bejahung eines Befunderhebungsfehlers würde vor diesem Hintergrund zu einer intensiven Ausweitung dieser Beweislastsonderregel führen und ihrem Ausnahmecharakter nicht mehr gerecht werden. In dieser Konstellation liegt daher eine Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht vor, die einen einfachen Behandlungsfehler darstellt. Im Kern handelt es sich um dieselben Erwägungen, die bereits bei der unterlassenen oder verzögerten Auswertung erhobener Befunde zur grundsätzlichen Verneinung einer Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB führen. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass im Regelfall ein grober Behandlungsfehler anzunehmen sein wird, wenn der Arzt dem Patienten ein auffälliges Befundergebnis nicht mitteilt.³⁴¹ Der Anwendungsbereich des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB ist in dieser Konstellation jedoch nicht eröffnet.

II. Fehlerhafte Einbestellung als grober Behandlungsfehler

1. Problemstellung

Betrachtet man die einschlägige Rechtsprechung zur Einbestellungspflicht, wird erkennbar, dass die Gerichte in einigen Fällen nicht dabei verbleiben, eine fehlerhafte Einbestellung als einfachen Behandlungsfehler zu bewerten, sondern in der unterlassenen Einbestellung zugleich einen groben Behandlungsfehler sehen.³⁴² Dies gilt sowohl für Fälle, in denen der Arzt es versäumt, den Patienten noch während des Behandlungstermins einzubestellen, als auch dann, wenn der Arzt eine fernkommunikative Einbestellung des Patienten versäumt. Es stellt sich allerdings die Frage, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit eine unterlassene Einbestellung als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren ist. Nachstehend soll daher untersucht werden, inwieweit allgemeingültige Kriterien entwickelt werden können, bei deren Vorliegen eine fehlerhafte oder unterlassene Einbestellung als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren ist. Darüber hinaus ist zu untersuchen, welcher Beurteilungsumfang dem Sachverständigen bei der Bewertung einer verletzten Einbestellungspflicht als grober Behandlungsfehler zukommt.

³⁴¹ BGH, NJW 2018, 3382 (3383); BGH, NJW 1989, 2318 (2319).

³⁴² BGH, MedR 2019, 66; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1544; OLG Saarbrücken, BeckRS 2005, 00356; OLG Düsseldorf, BeckRS 2004, 11340.

2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des groben Behandlungsfehlers

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH liegt ein grober Behandlungsfehler 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.³⁴³ Der Gesetzgeber greift in der Gesetzesbegründung auf diese Formel zurück.³⁴⁴ Auf die subjektive Seite kommt es hingegen nicht an, sodass ein grober Behandlungsfehler auch dann vorliegen kann, wenn dem Arzt subjektiv kein schwerer Vorwurf zu machen ist.³⁴⁵ Nach § 630h Abs. 5 BGB wird die Ursächlichkeit des groben Behandlungsfehlers für die eingetretene Verletzung vermutet, wenn der Fehler auch nur grundsätzlich geeignet ist, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der eingetretenen Art herbeizuführen. Es ist nicht erforderlich, dass der Fehler den Schaden nahelegt oder wahrscheinlich macht.³⁴⁶ Jedoch ist eine Beweislastumkehr auch bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers ausgeschlossen, wenn jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist.³⁴⁷ Die Beweislastumkehr bezieht sich im Regelfall nur auf die haftungsbegründende Kausalität und erstreckt sich damit nicht auf Sekundärschäden im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität.³⁴⁸

3. Kritik an der Beweislastumkehr

Trotz verschiedентlicher Begründungsversuche wird die Auffassung vertreten, dass eine überzeugende dogmatische Begründung der Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler bislang nicht gelungen ist.³⁴⁹ Genauso wie bei der Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers, ist anerkannt, dass die Kausalitätsvermutung zugunsten des Patienten letztlich auf Billigkeitserwägungen zurückzuführen ist, die auf der einen Seite einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen der Gefährlichkeit ärztlicher Tätigkeit sowie der

³⁴³ BGH, NJW 1998, 1780 (1781); BGH, NJW 1993, 2376 (2377); BGH, NJW 2011, 3342 Rn. 10; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 442; *Groß*, in: FS Geiß, S. 429 (433).

³⁴⁴ BT-Drs. 17/10488 S. 30.

³⁴⁵ NJW 2011, 3342 Rn. 12; NJW 2003, 2311; MüKoBGB/*Wagner*, BGB § 630h Rn. 93; *Graf*, Beweislast, S. 99.

³⁴⁶ BGH, MedR 2004, 561 (562); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 444.

³⁴⁷ BGH, MedR 2005, 226 (227); BGH, MedR 2004, 561 (562); BGH, NJW 2004, 2011 (2013); BGH, NJW 1997, 796 (797).

³⁴⁸ BGH, NJW 2014, 688 (690) Rn. 32; BGH, NJW 2013, 3094 (3095) Rn. 12; BGH, NJW 2008, 1381 (1382).

³⁴⁹ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 462; *Ehlgen*, Proportionalhaftung, S. 169 „Begründungsdefizit“; *Hausch*, VersR 2003, 1489 (1495).

häufig schwierigen Beweissituation des Patienten Rechnung tragen soll.³⁵⁰ Auf der anderen Seite wird eingeräumt, dass die Beweislastumkehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers die widerstreitenden Interessen im Prozess in befriedigender Weise harmonisiert, da sie die Beweisschwierigkeiten des Patienten mildert, dabei jedoch zugleich die Belange des Arztes in den Blick nimmt.³⁵¹ Ein Großteil der Kritik hat sich ferner darauf bezogen, dass die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung eine eigenständige Beweislastsonderregel geschaffen habe.³⁵² Diese Kritik dürfte sich mit der Kodifizierung des groben Behandlungsfehlers erübrigen haben.

4. Ermittlung bei der Einbestellungspflicht

Die Frage, ob eine unterlassene Einbestellung des Patienten als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren ist, stellt sich sowohl hinsichtlich der fehlerhaften fernkommunikativen Einbestellung des Patienten als auch hinsichtlich der fehlerhaften Einbestellung während des Behandlungstermins. An einen groben Behandlungsfehler ist insbesondere zu denken, wenn der Arzt dem Patienten eine Diagnose nicht mitteilt. In diesem Fall liegen dem Arzt sichere Erkenntnisse über den Gesundheitszustand des Patienten vor, sodass im Regelfall zugleich die erforderlichen therapeutischen Maßnahmen bekannt sind und eingeleitet werden können. Ziel jeder Befunderhebung ist eine Diagnose, auf deren Grundlage die erforderlichen therapeutischen Maßnahmen eingeleitet werden können. Teilt der Arzt dem Patienten daher eine Diagnose nicht mit, bleibt der Behandlungsverlauf unterbrochen, bis der Patient von der Diagnose erfährt. Der Informationsfluss bleibt daher gestört, und nur der Arzt kann sicherstellen, dass der Patient von der Diagnose erfährt. Zugleich nimmt der Arzt dann sehenden Auges eine Gefährdung des Patienten in Kauf, wenn die verzögerte Therapie mit weiteren Gesundheitsschäden verbunden sein kann und für den Arzt keine Anhaltspunkte vorliegen, dass der Patient auf andere Weise unverzüglich von der Diagnose Kenntnis erlangt.³⁵³ Die unterlassene oder verzögerte Mitteilung einer Diagnose kann daher im Einzelfall durch ein grobes Fahrlässigkeitselement geprägt sein, durch welches das ärztliche Handeln schlechterdings nicht mehr verständlich erscheint. Jedoch kann die unterlassene Mitteilung einer Diagnose auch darauf beruhen,

³⁵⁰ BVerfG, NJW 1979, 1925 (1927); BGH, NJW 1980, 1033; OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 49; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 467; *Hausch*, VersR 2003, 1489 (1495). Der frühere Richter am BGH, *Walter Dunz*, formulierte hierzu prägnant: „Die einzig ehrliche Begründung dafür ist die, dass bei ärztlichen Pflichtwidrigkeiten von erheblichem Gewicht die Beweislast dem Patienten billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.“ *Dunz*, Zivilrechtliche Arzthaftung, S. 30; so auch OLG Köln, BeckRS 2000, 14545, Rn. 49.

³⁵¹ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 459.

³⁵² *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 460.

³⁵³ Ähnl. BGH, MedR 2019, 66 (68).

dass der Arzt die Diagnose selbst nicht zur Kenntnis genommen hat, etwa weil ihm bei anderen Ärzten ausgewertete Befunde nicht zur Kenntnisnahme vorgelegt werden. In diesem Fall liegt jedoch ein grober Organisationsfehler vor.³⁵⁴ Allerdings kann nicht angenommen werden, dass jede unterlassene oder verzögerte Mitteilung einer Diagnose einen groben Behandlungsfehler begründet. Vielmehr kommt es darauf an, inwieweit das Erkrankungsbild des Patienten bei verzögerter Behandlung zu weiteren Gesundheitsschäden führen kann. Ein Blick in die einschlägige Rechtsprechung verdeutlicht, dass die unterlassene Einbestellung des Patienten bei Vorliegen einer Diagnose im Regelfall als grob fehlerhaft bewertet wird. Allerdings kann bei der Frage, ob eine unterlassene Diagnosemitteilung als grob fehlerhaft zu bewerten ist, nicht außer Acht gelassen werden, mit welchen konkreten Gefahren die Diagnose für die Gesundheit des Patienten verbunden ist. Ein grober Behandlungsfehler kommt daher auch in Betracht, wenn zwar keine Diagnose vorliegt, das Ergebnis der Befunderhebung jedoch Auffälligkeiten aufweist, die auch auf eine lebensgefährliche Erkrankung hinweisen und daher dringend abklärungsbedürftig sind. Dies gilt auch, wenn der Befund zwar keine Aussagekraft hinsichtlich einer lebensgefährlichen Erkrankung zulässt, diese jedoch auch nicht ausgeschlossen ist.³⁵⁵ Unter diese Fallgruppe sind insbesondere Fälle zu fassen, bei denen ein Krebsverdacht im Raum steht. Liegt kein konkreter Krebsverdacht vor, kann es dennoch einen groben Behandlungsfehler darstellen, wenn der Arzt die Patientin nicht auf die Möglichkeit einer von der einschlägigen Leitlinie vorgesehenen Vorsorgeuntersuchung hinweist, soweit es der Patientin ersichtlich auf eine umfassende Vorsorge ankommt.³⁵⁶ Ferner kann bei akuter Lebensgefahr bereits die unterlassene sofortige Überweisung in die notfallärztliche Behandlung als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren sein, soweit der Sachverständige zu dem Ergebnis gelangt, dass bei dem Erkrankungsbild des Patienten ein weiteres Zuwarten nicht dem medizinischen Standard entsprochen hat und daher unverzüglich eine notfallärztliche Behandlung bzw. stationäre Krankenhausbehandlung hätte veranlasst werden müssen. Die fehlerhafte Einbestellung trotz Anhaltspunkte für eine lebensgefährliche Erkrankung ist daher im Regelfall als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren. In der Literatur wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung bei der Beurteilung eines Behandlungsfehlers als grob regelmäßig darauf abstellt, ob der Behandlungsfehler mit erheblichen gesundheitlichen Gefahren für den Patienten verbunden sein kann.³⁵⁷ Ein grober Behandlungsfehler kommt ferner in Betracht, wenn die ausgewerteten Befunde unter Zugrundelegung des medizinischen Standards den Schluss zulassen, dass die Gefahr eines dauerhaften Gesundheitsscha-

³⁵⁴ OLG Koblenz, BeckRS 2017, 127879, Rn. 18.

³⁵⁵ BGH, NJW 1988, 2298 (2299).

³⁵⁶ OLG Hamm, MedR 2014, 103 (104).

³⁵⁷ Hausch, Der grobe Behandlungsfehler, S. 447.

dens droht und der Behandelnde dennoch davon absieht, den Patienten unverzüglich einzubestellen, nachdem die maßgeblichen Befunde ausgewertet worden sind. Auch bei dieser Fallgruppe kommt es maßgeblich darauf an, inwieweit der Sachverständige das Risiko eines dauerhaften Gesundheitsschadens auf Grundlage der Befundergebnisse bejaht. Maßgeblich ist insbesondere der Wahrscheinlichkeitsgrad, mit dem der betreffende auffällige Befund auf eine Erkrankung deuten lässt.

5. Beurteilungsumfang des Sachverständigen bei der Einbestellungspflicht

Zur Ermittlung des groben Behandlungsfehlers muss das Gericht mit dem medizinischen Sachverständigen zusammenwirken.³⁵⁸ Allerdings handelt es sich bei der Frage, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, „um eine juristische Wertung, die nicht der Sachverständige, sondern das Gericht aufgrund der ihm unterbreiteten Tatsachen zu treffen hat“³⁵⁹. Das Gericht darf daher die Beurteilung des Sachverständigen nicht unkritisch seiner Entscheidung zugrunde legen.³⁶⁰ Insbesondere das Merkmal der Grobheit ist nach juristischen Maßstäben zu bewerten, die das Gericht auf der einen Seite dem Sachverständigen erläutern muss.³⁶¹ Auf der anderen Seite muss die Bewertung der Behandlung als grob fehlerhaft von der Einschätzung des Sachverständigen ausgehen und darf nicht entgegen dessen fachlichen Ausführungen bejaht werden.³⁶² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, in welchem Umfang das Gericht die Ausführungen des Sachverständigen bei der Beurteilung einer fehlerhaften Einbestellung als grober Behandlungsfehler zugrunde zu legen hat. Diese Frage stellt sich insbesondere mit Blick auf die Sonderstellung der Einbestellungspflicht, die teilweise Elemente beinhaltet, welche einer rein juristischen Bewertung zugänglich sind.³⁶³ Liegt dem Arzt beispielsweise nach einem Behandlungstermin ein bedrohlicher Befund vor, muss der Sachverständige konkret darlegen, auf welche gesundheitlichen Gefahren dieser Befund nach medizinischem Standard deutet und welche medizinischen Maßnahmen in welchem Zeitraum zu erbringen sind. Bei diesen Fragen kommt dem Sachverständigen unbestrittenermaßen eine Deutungshoheit zu. Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob und in welchem Zeitraum eine Kontrolluntersuchung durchzuführen ist. Jedoch gilt dies nicht für die Frage, wie dringlich der Arzt den Patienten aufklären muss. Hierbei handelt es sich um Fragen, welche die kommunikative Ausgestaltung der ärztlichen Aufklärung

³⁵⁸ BGH, NJW 1997, 798 (799); *Ernst*, in: FS Bergmann, S. 22.

³⁵⁹ BGH, NJW 1996, 1589 (1590).

³⁶⁰ BGH, VersR 2009, 1406 (1407); *Ernst*, in: FS Bergmann, S. 22.

³⁶¹ BGH, VersR 2009, 1406 (1407); *Ernst*, in: FS Bergmann, S. 22.

³⁶² BGH, VersR 2009, 1406 (1408); BGH, VersR 2008, 644 (645).

³⁶³ Siehe hierzu auch die Ausführungen unter D. I. 4.

betreffen. Diese Fragen sind einer rein rechtlichen Betrachtung und Beurteilung zugänglich. Die Beantwortung dieser Fragen bedarf daher keiner spezifisch medizinischen Sonderkenntnisse. Dies gilt auch für die Frage, ob der Arzt verpflichtet ist, den Patienten über den bedrohlichen Befund zu benachrichtigen.³⁶⁴ Dies schränkt den Beurteilungsumfang des Sachverständigen ein. Jedoch sind die Ausführungen hinsichtlich spezieller organisatorischer Fragen bei der Bewertung des Behandlungsfehlers zu berücksichtigen. Insbesondere bei komplexen Fragestellungen, die konkrete Kenntnisse hinsichtlich spezifischer organisatorischer Abläufe innerhalb des Krankenhauses oder der betreffenden medizinischen Einrichtung erfordern, ist das Gericht auf die Sachkunde des Sachverständigen angewiesen, um überhaupt einen Eindruck von den entscheidungsrelevanten Tatsachen zu erhalten. Allerdings gilt dies im Regelfall nicht für die Einbestellungspflicht, da diese keinen Ablauf betrifft, der sich innerhalb einer medizinischen Einrichtung zuträgt, sondern gerade deshalb entsteht, weil der Kontakt zwischen Arzt und Patient eine zeitlich-räumliche Zäsur erfährt.

6. Fazit

Die fehlerhafte Einbestellung des Patienten kann einen groben Behandlungsfehler darstellen. Insbesondere bei Vorliegen einer Diagnose oder auffälligen Befunden liegt ein grober Behandlungsfehler nahe. Allerdings handelt es sich um eine Einzelfallwertung, bei der auch berücksichtigt werden muss, mit welchen Gesundheitsgefahren die Diagnose oder der auffällige Befund einhergehen können. Deuten Befunde oder gar eine Diagnose auf eine schwerwiegende oder gar lebensgefährliche Erkrankung hin, stellt die fehlerhafte Einbestellung des Patienten im Regelfall einen groben Behandlungsfehler dar. Anders als bei originär medizinischen Fragestellungen ist der Beurteilungsumfang des Sachverständigen bei Organisationsfehlern dahingehend eingeschränkt, dass er lediglich die notwendigen medizinischen Grundlagen zur Beurteilung des Organisationsfehlers darzulegen hat. Das Gericht trifft auf dieser Grundlage eine eigenständige normative Wertung, die sich nicht mit derjenigen des Sachverständigen decken muss.³⁶⁵

³⁶⁴ Beispielfaust BGH, MedR 2019, 66.

³⁶⁵ So beurteilt der BGH die fehlende Weiterleitung eines bedrohlichen Befundes durch eine Hausärztin entgegen der Ausführungen des Sachverständigen als grob fehlerhaft: „Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung – den Ausführungen des Sachverständigen bei seiner Anhörung folgend – zugrunde gelegt, dass ein grober Behandlungsfehler ausscheide, wenn ein solcher Fehler unter den gegebenen Umständen im alltäglichen Ablauf passieren könne. Dabei hat es berücksichtigt, dass der Kl. sich zum Zeitpunkt der Übersendung des zweiten Arztbriefs bereits seit fünf Monaten nicht mehr bei der Bekl. vorgestellt hatte. Auf diese Umstände kommt es indes bei der Frage, ob ein Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist, nicht an. Dass Fehler vorkommen (können), sagt nichts darüber aus, ob sie objektiv nicht mehr verständlich sind.“ BGH, MedR 2019, 66 (68).

III. Fehlerhafte Einbestellung als voll beherrschbares Risiko aus § 630h Abs.1 BGB

1. Fragestellung

Mit der Vorschrift des § 630h Abs.1 BGB hat der Gesetzgeber das von der Rechtsprechung entwickelte Institut des voll beherrschbaren Risikos kodifiziert.³⁶⁶ Danach wird ein Behandlungsfehler und damit eine Pflichtverletzung vermutet, wenn ein Gesundheitsschaden durch eine Gefahr verursacht worden ist, die dem Herrschafts- und Organisationsbereich der Behandlungsseite zuzuordnen ist, soweit die Risiken aus diesem Gefahrenbereich für die Behandlungsseite voll beherrschbar sind.³⁶⁷ Im Rahmen dieser Untersuchung wurde bereits festgestellt, dass auch die Einbestellung des Patienten, insbesondere jedoch die Mitteilung neuartiger Befunde, innerhalb des Organisationsbereichs der Behandlungsseite zu verorten sind. Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Einbestellung des Patienten als voll beherrschbares Risiko zu qualifizieren ist.

2. Anwendungsbereiche der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat verschiedene Fallgruppen herausgearbeitet, die den typischen Anwendungsbereich des voll beherrschbaren Risikos wiedergeben. Klassische Anwendungsbereiche sind danach Infektionen durch Hygienemängel³⁶⁸, ordnungswidriger Transport³⁶⁹ oder unsachgemäße Lagerung des Patienten³⁷⁰ sowie Verletzungen durch defekte medizinische Apparaturen.³⁷¹ Bei Betrachtung dieser Fallgruppen wird deutlich, dass es sich bei den realisierten Risiken um solche handelt, die spezifisch medizinischer Eigenart sind. Ihre Vernachlässigung kann demnach ohne weitere Zwischenschritte zu einem Gesundheitsschaden beim Patienten führen. Die Einbestellung des Patienten ist ein rein informatorischer Akt mit organisatorischer Zielsetzung. Sie kann den genannten Fallgruppen daher nicht zugeordnet werden. Zwar kann angeführt werden, dass der BGH als voll beherrschbares Risiko die „Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens“³⁷² benennt und der Gesetzgeber dies auch aufgreift.³⁷³ Bei der Weiterführung dieses Gedankens kann angeführt werden, dass auch die Einbestellung des Patienten letztlich der Organisation und Koordination der Be-

³⁶⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 28; BGH, VersR 1991, 1058 (1059); BGH, NJW 1995, 1618.

³⁶⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

³⁶⁸ BGH, NJW 1982, 699; BGH, NJW 1978, 1683.

³⁶⁹ BGH, NJW 1991, 1540 (1541).

³⁷⁰ BGH, NJW 1984, 1403; 1995, 1618.

³⁷¹ BGH, NJW 1984, 1400 (1401); BGH, NJW 1975, 2245 (2246).

³⁷² BGH, NJW 1991, 1540 (1541).

³⁷³ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

handlung dient. Mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung können jedoch nur interne Krankenhausabläufe gemeint sein, die sich im Verhältnis zwischen Ärzten und Pflegepersonal abspielen. Der Gesetzgeber knüpft nicht nur allgemein an die Grundsätze der Rechtsprechung an, sondern weist gesondert darauf hin, dass die von der Rechtsprechung zum voll beherrschbarem Risiko entwickelten Fallgruppen gesetzlich geregelt werden sollen.³⁷⁴ Die weiteren Erwägungen des Gesetzgebers enthalten keine Anhaltspunkte für eine weitergehende Interpretation des voll beherrschbaren Risikos, welches über die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinausgeht. Auf Grundlage der Rechtsprechung kann § 630h Abs. 1 BGB daher nicht auf eine fehlerhafte Einbestellung angewendet werden.

3. Teleologische Auslegung

Die Verortung der Einbestellungspflicht innerhalb des voll beherrschbaren Risikobereichs ist allenfalls unter teleologischen Gesichtspunkten denkbar. Der Gesetzgeber begründet die Vorschrift mit der besonderen Schutzbedürftigkeit des Patienten, dem die internen Vorgänge aus dem Organisations- und Gefahrenbereich der Behandlungsseite regelmäßig unbekannt bleiben.³⁷⁵ In der Gesetzesbegründung wird weitergehend darauf hingewiesen, dass sich der Patient darauf verlassen können muss, der Behandelnde werde alles Erforderliche unternehmen, um ihn von mit der Behandlung verbundenen typischen Gefahren zu schützen.³⁷⁶ Die fehlerhafte Einbestellung oder Mitteilung eines nachträglich ausgewerteten Befundes stellt zwar ein typisches Risiko der Behandlung dar. Jedoch setzt das Merkmal des voll beherrschbaren Risikos nach dem Willen des Gesetzgebers voraus, dass das betreffende Risiko nach dem Erkennen mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.³⁷⁷ Dies ist jedoch bei der fehlerhaften Einbestellung des Patienten nicht der Fall. Das Fernbleiben des Patienten von einem erforderlichen Behandlungstermin ist nicht als Risiko zu qualifizieren, dessen Ursprung ausschließlich in der Sphäre der Behandlungsseite zu verorten ist. Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Fehlerquellen einer zeitlich gestreckten Behandlung sowohl auf Seiten des Behandelnden als auch des Patienten liegen.³⁷⁸ Da es sich bei der Einbestellung um einen kommunikativen Akt handelt, besteht ferner stets das Risiko eines Missverständnisses. Dies kann zwar durch die Behandlungsseite verursacht werden. Jedoch besteht auch die Möglichkeit, dass das Missverständnis durch Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit des Patienten verursacht wird. In diesem Fall handelt es sich jedoch bereits um kein Risiko, das für die Behandlungsseite stets erkennbar ist. Der Gesetzgeber schränkt den Anwendungsbereich des

³⁷⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

³⁷⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

³⁷⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

³⁷⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

³⁷⁸ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 1 D. IV.

§ 630h Abs. 1 BGB ferner ein, wenn eine Disposition des Patienten diesen für das betreffende Risiko besonders anfällig macht, wodurch dem Behandelnden die Möglichkeit der vollen Beherrschbarkeit entzogen wird. Wenn dies jedoch bereits für körperliche Dispositionen gilt, auf die der Patient keinen Einfluss hat, muss dies umso mehr für das Fernbleiben des Patienten gelten, welches dieser selbstständig beeinflussen kann. Entscheidend ist jedoch, dass die Einbestellung des Patienten innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten ist. Die gleichzeitige Verortung innerhalb des § 630h Abs. 1 BGB kann vom Gesetzgeber schwerlich gewollt sein, da der Anwendungsbereich der Vorschrift andernfalls eine deutliche Ausweitung erfährt, indem sie letztlich auch auf andere Aufklärungspflichten anzuwenden wäre. Dieses Ergebnis findet sich auch vereinzelt in der Rechtsprechung wieder. In einem Sachverhalt des OLG Koblenz hatte der Kläger eine Beweislastumkehr auf eine fehlerhafte Einbestellung unter dem Gesichtspunkt des voll beherrschbaren Risikos gestützt. Dies verneint der Senat und führt hierzu an, dass diese Beweislastsonderregel auf Fälle zu beschränken ist, „in denen ärztliche Handlungen oder Unterlassungen schadensauslösend gewesen sein können, die sich dem Einblick des geschädigten Patienten entziehen und sich in einem von der anderen Seite kontrollierten Bereich abgespielt haben“³⁷⁹. Nach diesen Ausführungen ist die Einbestellung des Patienten kein Umstand, der sich ausschließlich innerhalb der Risikosphäre der Behandlungsseite abspielt.

4. Fazit

Die Einbestellung des Patienten ist nicht innerhalb des § 630h Abs. 1 BGB zu verorten. Anhand der Regelungssystematik und des gesetzgeberischen Willens ist festzustellen, dass für eine Anwendung des § 630h Abs. 1 BGB über die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinaus kein Raum verbleibt.

IV. Einbestellung und Dokumentationspflicht

1. Problemstellung

Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift des § 630h Abs. 3 BGB Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten normiert, wenn der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme nicht in der Patientenakte dokumentiert oder die Patientenakte nicht aufbewahrt. In diesem Fall wird vermutet, dass der Behandelnde diese Maßnahme nicht getroffen hat. Da die Beweislast für eine unterlassene oder fehlerhafte Einbestellung beim Patienten liegt, wird nachfolgend untersucht, inwieweit ein nicht dokumentierter Einbestellungshinweis die Vermutungswirkung des § 630h Abs. 3 BGB auslöst. Zudem ist zu untersuchen, welche beweisrechtliche Wirkung einer entsprechenden Dokumentation zukommt.

³⁷⁹ OLG Koblenz, BeckRS 2013, 15716.

2. Einbestellung als dokumentationspflichtiger Umstand

Die Verortung einer nicht dokumentierten Einbestellung innerhalb des § 630h Abs. 3 BGB setzt voraus, dass es sich bei der Einbestellung des Patienten um einen dokumentationspflichtigen Umstand handelt. Der Gesetzgeber hat hierzu in § 630f Abs. 2 S. 1 BGB einen nicht abschließenden Katalog formuliert.³⁸⁰ Darin benennt er unter anderem die Aufklärung als dokumentationspflichtigen Umstand. Da die Einbestellung des Patienten innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht des Arztes zu verorten ist, spricht der Wortlaut dafür, dass der Arzt verpflichtet ist, einen erteilten Einbestellungshinweis zu dokumentieren. Zwar ist nicht jeder beliebige Aufklärungsgesichtspunkt von der Dokumentationspflicht umfasst.³⁸¹ Allerdings ist die Einbestellung des Patienten als wesentlicher Aufklärungsbestandteil zu betrachten, da die ordnungsgemäße Einbestellung des Patienten eine vielfach notwendige Bedingung für eine lückenlose und erfolgreiche Fortsetzung der Behandlung ist. Eine andere Auffassung vertritt das OLG Koblenz, welches den Hinweis auf eine Wiedervorstellung nicht als dokumentationspflichtigen Umstand erachtet hat. Zur Begründung führt der Senat an, dass eine extensive Interpretation der Dokumentationspflicht im Bereich der therapeutischen Aufklärung die Regelbeweislust konterkarieren.³⁸² Anders als bei der Eingriffsaufklärung müsse es im Bereich der therapeutischen Aufklärung bei der Beweislast des Patienten verbleiben, sodass eine Dokumentationspflicht nur hinsichtlich dringend indizierter Behandlungsmaßnahmen anzunehmen sei.³⁸³ Der Senat stützt sich hierbei auf ein Urteil des OLG München, welches die Auffassung vertritt, „dass das Anraten einer Wiedervorstellung bei andauerndem Schmerz keinen dokumentationspflichtigen Vorgang darstellt“.³⁸⁴ Nach Auffassung des OLG ist ein solcher Vermerk für den Verlauf der weiteren Behandlung nicht bedeutsam. Sie würde allenfalls die Beweisposition des Arztes im Haftungsprozess verbessern.³⁸⁵ Diese Auffassung kann nicht auf Behandlungen übertragen werden, die nach dem Patientenrechtegesetz zu beurteilen sind. Das OLG München geht ausdrücklich davon aus, dass die Dokumentationspflicht nicht der Beweissicherung dient.³⁸⁶ Zwar dient die Dokumentation der Behandlung in erster Linie therapeutischen Belangen.³⁸⁷ Jedoch wird nach dem Willen des Gesetzgebers mit der Dokumentation auch die faktische Beweissicherung im

³⁸⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 26; MüKoBGB/Wagner, BGB § 630 f. Rn. 6.

³⁸¹ OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816, Rn. 14.

³⁸² OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816, Rn. 14.

³⁸³ OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816, Rn. 14.

³⁸⁴ OLG München, BeckRS 2011, 12873.

³⁸⁵ OLG München, BeckRS 2011, 12873; OLG München, BeckRS 2007, 06665.

³⁸⁶ OLG München, BeckRS 2011, 12873.

³⁸⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 25; BGH, NJW 1978, 2337 (2339); OLG Koblenz, NJW-RR 2016, 539 (540); OLG München, NJW-RR 1995, 85 (89); Katzenmeier, Arzthaftung, S. 473; Wendt, Ärztliche Dokumentation, S. 211; Fiekas, MedR 2016, 32 (34).

Falle eines Behandlungsfehlervorwurfs bezweckt.³⁸⁸ Darüber hinaus ist auch der Wortlaut dahingehend zu deuten, dass die Aufklärung zu dokumentieren ist. Ferner spricht der Hauptzweck der Dokumentation, die Wahrung therapeutischer Belange, für eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Einbestellung. Anhand dieser hat ein anderer Arzt die Möglichkeit zu überprüfen, welche letzte Empfehlung der Arzt dem Patienten vor der Beendigung eines Behandlungstermins oder Krankenhausaufenthaltes mitgegeben hat. Fehlt etwa in der Dokumentation ein entsprechender Hinweis, liegt für den Arzt zumindest ein Anhaltspunkt vor, dass der Patient fernkommunikativ einzubestellen ist, wenn er nicht von selbst zur weiteren Behandlung erscheint. Immerhin konzidiert auch das OLG Koblenz, dass in bestimmten Konstellationen der Einbestellungshinweis zu dokumentieren ist. Die Beschränkung auf dringend indizierte Behandlungsmaßnahmen überzeugt jedoch nicht, zumal eine Einbestellung im Regelfall nur dann erfolgen muss, wenn die Behandlung in einem bestimmten Zeitraum fortzusetzen ist, da andernfalls Gesundheitsschäden zu befürchten sind. Problematisch an diesem Abgrenzungskriterium ist jedoch, dass es die Dokumentationspflicht nicht präzise konturiert. Dieses Problem kann jedoch gelöst werden, wenn man die Dokumentationspflicht auf sämtliche Fälle erstreckt, in denen der Arzt den Patienten zur weiteren Behandlung einbestellen muss, soweit eine konkrete Behandlungsmaßnahme oder Untersuchung indiziert ist. Dementsprechend vertritt das OLG Oldenburg entgegen der voranstehend dargestellten Judikatur die Auffassung, dass der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Kontrolluntersuchung zu dokumentieren ist.³⁸⁹ Das OLG Hamm vertritt ebenfalls implizit die Auffassung, dass die Empfehlung zu einer dringlichen Befunderhebung zu dokumentieren ist und zieht aus ihrem Fehlen den Schluss, dass eine entsprechende Empfehlung nicht erfolgt ist.³⁹⁰ Auch einem Urteil des OLG München lässt sich entnehmen, dass der Hinweis auf eine erforderliche Wiedervorstellung einen dokumentationspflichtigen Umstand darstellt.³⁹¹ Der Senat begründet seine Überzeugung von einem unzureichenden Einbestellungshinweis unter anderem damit, dass dieser nicht dokumentiert sei.³⁹² Die Rüge einer fehlerhaften Aufklärung wird ferner zunehmend als Substitut für einen potentiellen, aber nicht nachweisbaren Behandlungsfehler

³⁸⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 26; *Bayer*, Ärztliche Dokumentationspflicht, S. 40 ff., der jedoch von einer eingeschränkten Beweissicherungsfunktion ausgeht; a. A. Katzenmeier, der eine gezielte Beweissicherungsabsicht des Gesetzgebers für den Haftungsprozess verneint, aber darauf hinweist, dass die Dokumentation die Beweisführung des Patienten im Prozess oftmals erst ermöglicht, BeckOK BGB/*Katzenmeier*, § 630 f. Rn. 5; so auch *Fiekas*, MedR 2016, 32 (34).

³⁸⁹ OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1054 (1054). Der Senat schließt sich damit der Auffassung der Sachverständigen an, die ebenfalls eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Einbestellung des Patienten bejahen haben.

³⁹⁰ OLG Hamm, NJOZ 2019, 1415 (1417).

³⁹¹ OLG München, MedR 2006, 174 (177).

³⁹² OLG München, MedR 2006, 174 (177).

verwendet.³⁹³ Eine Beweisvorsorge durch Dokumentation entsprechender Hinweise an den Patienten trägt daher auch prozessökonomischen Erfordernissen Rechnung.³⁹⁴ Dies gilt insbesondere für die Einbestellung des Patienten. Ein Blick auf die einschlägigen Entscheidungen verdeutlicht, dass die Feststellung, ob ein entsprechender Hinweis erfolgt ist, regelmäßig anhand der entsprechenden Dokumentation erfolgt.³⁹⁵ Anhand der Rechtsprechung ist somit belegbar, dass die Frage einer ordnungsgemäßen Einbestellung ein typisches Beweisproblem zwischen Arzt und Patient darstellt. Diese Typizität ist neben den therapeutischen Belangen ein zusätzlicher Umstand, der es rechtfertigt, die Einbestellung des Patienten als dokumentationspflichtigen Umstand zu qualifizieren. Ferner stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch ein fernkommunikativer Einbestellungsversuch zu dokumentieren ist. Dafür spricht der Umstand, dass die Einbestellung des Patienten auch in dieser Konstellation innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten und damit vom Wortlaut des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB erfasst ist. Zu dieser Ansicht gelangt man sogar dann, wenn man die teilweise vertretene Auffassung zugrunde legt, dass der Arzt zur Dokumentation aus Beweissicherungszwecken erst dann verpflichtet ist, wenn für ihn regelwidrige Vorgänge im Behandlungsablauf erkennbar werden.³⁹⁶ Im Regelfall ist die fernkommunikative Einbestellung nur dann erforderlich, wenn der Patient nicht zur weiteren Behandlung erscheint, obwohl deren Fortsetzung medizinisch indiziert ist. Bleibt der Patient der Behandlung fern, liegt ein erster Anhaltspunkt für einen regelwidrigen Behandlungsverlauf vor, der konkreten Anlass zu einer Beweissicherung gibt, da die Behandlung bei Fernbleiben des Patienten nicht fortgesetzt werden kann. Der Arzt ist daher verpflichtet, die Einbestellung des Patienten zu dokumentieren.

3. Folgen für die Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB

Voranstehend wurde aufgezeigt, dass die Einbestellung des Patienten als dokumentationspflichtiger Umstand gemäß § 630f Abs. 2 S. 1 BGB zu qualifizieren ist. § 630h Abs. 3 BGB nimmt ausdrücklich auf die fehlende Dokumentation eines solchen Umstandes Bezug und knüpft hieran eine Vermutungswirkung dahingehend an, dass die betreffende Maßnahme nicht vorgenommen worden ist. Dokumentiert der Arzt die Einbestellung somit nicht, wird vermutet, dass er den Patienten nicht ordnungsgemäß einbestellt hat. Allerdings darf die Beweislast für eine ordnungsgemäße Einbestellung nicht dem Arzt aufgebürdet werden. Ihm muss daher auch im Falle einer versäumten Dokumentation die Möglichkeit of-

³⁹³ *Spickhoff*, NJW 2016, 1633 (1637).

³⁹⁴ *Bayer*, Ärztliche Dokumentationspflicht, S. 45.

³⁹⁵ OLG Hamm, BeckRS 2018, 7527, Rn. 25; OLG München, BeckRS 2015, 00127, Rn. 24; OLG Koblenz, NJW-RR 2016, 539 (540); OLG Hamm, BeckRS 2014, 22457, Rn. 55; OLG Hamm, BeckRS 2013, 10383.

³⁹⁶ Diese Auffassung vertritt *Bayer*, Ärztliche Dokumentationspflicht, S. 45.

fenstehen, die Vermutungswirkung zu widerlegen.³⁹⁷ Der BGH weist hinsichtlich der Aufklärung darauf hin, dass an das Fehlen der Dokumentation keine allzu große Beweisskepsis geknüpft werden darf.³⁹⁸ Zwar verschlechtert sich die Beweissituation des Arztes gegenüber der Ausgangsbeweislast des Patienten, wenn er die Einbestellung nicht dokumentiert. Allerdings ist dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der dargestellten methodischen Sachlage vorzugswürdig. Zudem ist zu beachten, dass dem Arzt stets die Möglichkeit einer Dokumentation offensteht, während dies auf Seiten des Patienten nicht der Fall ist. Zudem verbessert der Arzt mit einer entsprechenden Dokumentation seine Beweislage erheblich. Dokumentiert der Arzt eine Maßnahme, kommt ihr der volle Beweiswert zu.³⁹⁹ Nach der Rechtsprechung ist daher einer ordnungsgemäßen und vertrauenswürdigen Dokumentation Glauben zu schenken.⁴⁰⁰

4. Beurteilungsumfang des Sachverständigen

Auch bei der Dokumentation der Behandlung stellt sich die Frage, inwieweit der Umfang der dokumentationspflichtigen Umstände vom medizinischen Sachverständigen zu bestimmen ist. Hinsichtlich der Einbestellung des Patienten ist die Fragestellung dahingehend zu konkretisieren, ob eine Pflicht zur Dokumentation der Einbestellung vom Gericht abzulehnen ist, wenn der Sachverständige eine solche verneint. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass es vorrangig Aufgabe der Medizin sei, Standards zur Dokumentation zu entwickeln, wozu es im Zweifelsfall der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf.⁴⁰¹ Methodisch wird hierzu in erster Linie auf den Wortlaut des § 630f Abs. 2 S. 1 verwiesen, der eine Dokumentationspflicht nur hinsichtlich solcher Maßnahmen vorsieht, die aus *fachlicher Sicht* für die Behandlung wesentlich sind.⁴⁰² Ferner hat der BGH darauf hingewiesen, dass eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten sein kann.⁴⁰³ Allerdings existieren auch Stimmen, die einer Deutungshoheit des medizinischen Sachverständigen hinsichtlich der Dokumentationspflicht kritisch gegenüberstehen.⁴⁰⁴ Als Argument wird angeführt, dass eine Entwertung der Dokumentationspflicht und ihres Schutzzwecks zu besorgen sei, wenn man die Beurteilung über ihren Umfang dem Verpflichteten überlässt.⁴⁰⁵ Mit Blick auf die Einbestellung des Patienten

³⁹⁷ BGH, NJW 2014, 1527 (1528); OLG Koblenz, BeckRS 2017, 124816, Rn. 16.

³⁹⁸ BGH, NJW 2014, 1527 (1528).

³⁹⁹ OLG Naumburg, NJOZ 2012, 2068 (2069).

⁴⁰⁰ BGH, NJW 1978, 1681 (1682); OLG Koblenz, NJW-RR 2016, 539 (540).

⁴⁰¹ BeckOK BGB/*Katzenmeier*, § 630f, Rn. 12.

⁴⁰² BeckOK BGB/*Katzenmeier*, § 630f, Rn. 12.

⁴⁰³ BGH, NJW 1993, 2375 (2376).

⁴⁰⁴ *Bender*, VersR 1997, 918 (920).

⁴⁰⁵ *Bender*, VersR 1997, 918 (920).

ten wurde bereits festgestellt, dass diese nach Auffassung medizinischer Sachverständiger als dokumentationspflichtiger Umstand erachtet worden ist.⁴⁰⁶ Jedoch können andere Sachverständige eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Einbestellung verneinen. Dies wäre jedoch vor dem Hintergrund der Rechtseinheitlichkeit problematisch, da ein und dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich beantwortet werden würde. Dies bedeutet nicht nur Ungewissheiten für den prozessierenden Patienten. Zugleich könnte keine einheitliche und rechtssichere Linie für die Ärzteschaft entwickelt werden, zumal die Einbestellung des Patienten eine typisierbare Pflicht darstellt. Ferner ist die Einbestellung des Patienten ohnehin nur dann zu dokumentieren, wenn die Anwendung medizinischer Maßnahmen erforderlich ist. Steht allerdings auf Basis medizinisch-sachverständiger Ausführungen fest, dass bestimmte medizinische Maßnahmen beim Patienten erforderlich gewesen sind, wird dem Erfordernis der fachlichen Beurteilung und damit dem Wortlaut des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB genüge getan. Es wurde bereits festgestellt, dass die Einbestellungspflicht zwar auf Grundlage medizinischen Sachverständnisses ermittelt werden muss, aber eine juristische Bewertung folgt, nachdem die medizinischen Beurteilungsgrundlagen dem Gericht vorliegen.⁴⁰⁷ Für die Dokumentationspflicht kann daher nichts anderes gelten. Ferner ist eine Auslegung anhand des Wortlautes mit Problemen behaftet. Das Merkmal der fachlichen Sicht spiegelt sich nicht gänzlich im restlichen Normtext des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB wieder. Dieser zählt zwar eine Reihe originär medizinischer Umstände auf. Allerdings zeigt die Aufzählung der Aufklärung als dokumentationspflichtiger Umstand, dass über das Merkmal der fachlichen Sicht hinaus auch schwerpunktmäßig rechtlich relevante Umstände dokumentationspflichtig sein können. Auch nach der Auffassung des BGH ist die Dokumentation der Behandlung aus medizinischer Sicht regelmäßig nicht erforderlich.⁴⁰⁸ Folgt man diesem Standpunkt, gelangt man zu einem Widerspruch innerhalb des Wortlautes. Da die konkrete Benennung der Aufklärung gegenüber dem Merkmal der fachlichen Sicht ein spezielleres Tatbestandsmerkmal ist, liegt es nahe, dessen Geltung gegenüber dem allgemeinen Merkmal der fachlichen Sicht den Vorrang einzuräumen. Handelt es sich bei der Aufklärung jedoch um einen Umstand, der aus medizinischer Sicht nicht erforderlich ist, muss die Frage, ob spezifische Aufklärungselemente der Dokumentationspflicht unterliegen, vorwiegend als juristische Frage bewertet werden.

5. Fazit

Die Einbestellung des Patienten ist ein dokumentationspflichtiger Umstand im Sinne des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB. Versäumt der Arzt die Dokumentation der Einbestellung, wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass er den Patienten

⁴⁰⁶ OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1054. Siehe hierzu die Ausführungen unter V. 2.

⁴⁰⁷ Siehe hierzu die Ausführungen unter D. I. 4.

⁴⁰⁸ BGH, NJW 2014, 1527 (1528).

nicht einbestellt hat. Dem Arzt verbleibt die Möglichkeit, die Vermutung zu widerlegen. Die Qualifikation der Einbestellung als dokumentationspflichtiger Umstand bedarf im Prozess keiner sachverständigen Bestätigung. Es handelt sich um eine juristische Wertung, die allerdings auf Grundlage der sachverständig ermittelten medizinischen Tatsachen getroffen wird.

V. Behandlungsverweigerung

1. Problemstellung

Bei Betrachtung der einschlägigen Rechtsprechung zur Einbestellungspflicht wird eine Verknüpfung mit dem Phänomen der Behandlungsverweigerung erkennbar. Es besteht die Möglichkeit, dass ein Patient nach ordnungsgemäßigem Hinweis auf die Notwendigkeit der Weiterbehandlung seine Mitwirkung verweigert. Tritt anschließend ein Gesundheitsschaden ein, stellt sich die Frage, wie die Behandlungsverweigerung sich auf den Pflichtenkatalog des Arztes auswirkt, aber auch, welche beweisrechtlichen Folgen mit einer behaupteten Behandlungsverweigerung einhergehen. Nachfolgend soll daher das Phänomen der Behandlungsverweigerung in Bezug auf die therapeutische Aufklärung untersucht werden. Hierbei wird neben der dogmatischen Verortung der Behandlungsverweigerung die Frage der Beweislast erörtert.

2. Voraussetzungen und dogmatische Verortung

Die Behandlungsverweigerung im hier verstandenen Sinne ist dadurch gekennzeichnet, dass der Patient ausdrücklich die Durchführung einer erforderlichen und vom Arzt vorgeschlagenen Befunderhebung oder Therapiemaßnahme verweigert.⁴⁰⁹ Sie ist abzugrenzen von dem Fall, in welchem der Patient lediglich einem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt, ohne zuvor erkennen zu geben, dass er seine Einwilligung in die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen verweigert. In diesem Fall besteht zwar die Möglichkeit, dass der Patient der weiteren Behandlung gerade deshalb fernbleibt, weil er die Durchführung weiterer Behandlungsmaßnahmen verweigert. Allerdings ist das Fernbleiben des Patienten im Regelfall auf andere Gründe zurückzuführen.⁴¹⁰ Die Annahme einer Behandlungsverweigerung in diesen Konstellationen wäre daher bereits mit der Typizität des Behandlungsgeschehens nicht zu vereinbaren. Hinzu kommt, dass die Behandlungsverweigerung unter bestimmten Umständen zugleich zu einer Vertragsbeendigung führen kann. Würde man das bloße Fernbleiben des Patienten jedoch als Behandlungsverweigerung qualifizieren, misst man dem Schweigen des Patienten einen weitreichenden rechtlichen Bedeutungsgehalt zu, da mit der Beendigung des Behandlungsvertrages grundsätzlich die Pflichten des Arztes erlä-

⁴⁰⁹ Spickhoff/*Greiner*; Medizinrecht, BGB § 839 Rn. 146.

⁴¹⁰ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 C. III. 3. c).

schen. Aus diesem Grund sind im Zweifel hohe Anforderungen an die Annahme einer Behandlungsverweigerung zu stellen. Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechung wider. Verweigert der Patient die Durchführung der erforderlichen und vorgeschlagenen therapeutischen Maßnahmen, ist der Arzt zu eindringlichen Schutz- und Warnhinweisen verpflichtet, um die Verweigerung des Patienten zu überwinden.⁴¹¹ Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der dogmatischen Verortung der Behandlungsverweigerung.

a) Mitverschulden

Die Rechtsprechung verortet die Behandlungsverweigerung teilweise innerhalb des Mitverschuldens.⁴¹² Das OLG Schleswig weist etwa darauf hin, dass die Behandlungsverweigerung innerhalb des Mitverschuldens zu verorten sei, wenn der Vorwurf des Patienten gegenüber dem Arzt gerade darin bestehe, eine bestimmte Behandlungsmaßnahme unterlassen zu haben.⁴¹³ Allerdings ist diese Sichtweise nur zutreffend, wenn der Arzt den Patienten nach der Behandlungsverweigerung unvollständig über die Indikation und Dringlichkeit der Behandlungsmaßnahme sowie die möglichen Gefahren ihres Unterbleibens unterrichtet hat. In dieser Konstellation verletzt der Arzt auf der einen Seite seine therapeutische Aufklärungspflicht. Auf der anderen Seite besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass den Patienten in Folge der Behandlungsverweigerung ein Mitverschulden trifft. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arzt dem Patienten einen Rat erteilt, den er vollständig befolgen kann, beispielsweise bei einem Hinweis auf den Zeitpunkt einer erforderlichen Kontrolluntersuchung. Auch wenn der Arzt erkennbar ohne weitere Unterbrechung noch im selben Termin eine Behandlungsmaßnahme durchführen möchte, ist ein Mitverschulden des Patienten in geringem Umfang anzunehmen, wenn er die Durchführung der Maßnahme verweigert. Zu begründen ist dies damit, dass der Patient grundsätzlich von der Sinnhaftigkeit ärztlicher Empfehlungen ausgehen muss.⁴¹⁴ Insofern wird auf die Ausführungen zum Mitverschulden des Patienten verwiesen.

b) Lösungsansatz: Vertragsbeendigung

Klärt der Arzt den Patienten hingegen vollständig therapeutisch über die erforderliche Behandlungsmaßnahme auf, kann die Behandlungsverweigerung unter Umständen zugleich zu einer Beendigung des Behandlungsvertrages führen. Im Falle einer vollständigen therapeutischen Aufklärung liegt bereits kein Behandlungsfehler vor, sodass bereits keine Grundlage für ein Patientenmitverschulden

⁴¹¹ OLG Koblenz, NJW-RR 2016, 539 (541), Rn. 31; OLG Oldenburg, MedR 2011, 163 (165); siehe hierzu auch die Ausführungen in Kap. 2 C. III. 3. c) dd).

⁴¹² OLG Schleswig, NJW 2002, 227.

⁴¹³ OLG Schleswig, NJW 2002, 227.

⁴¹⁴ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

vorliegt. Des Weiteren muss es dem Arzt möglich sein, sich von seinen Pflichten gegenüber dem Patienten zu befreien, wenn dieser jegliche Mitwirkung an der weiteren Behandlung verweigert. Allerdings müssen an eine Vertragsbeendigung strenge Anforderungen gestellt werden. Diese kann nur bei vollständiger Aufklärung des Patienten angenommen werden. Ferner kann nicht bereits die Verweigerung einer einzelnen Behandlungsmaßnahme als Wille zur Beendigung des gesamten Vertrages gedeutet werden. Ist ein Patient etwa wegen verschiedener Beschwerdebilder oder Erkrankungen in Behandlung und verweigert lediglich die Durchführung einer bestimmten Behandlungsmaßnahme, kann nicht eine Vertragsbeendigung angenommen werden, wenn auch andere Behandlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen und der Patient möglicherweise bereit ist, diese durchführen zu lassen, etwa weil diese mit geringeren Risiken behaftet sind. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Patient die einzige medizinisch indizierte Behandlungsmaßnahme verweigert und andere Behandlungsmaßnahmen nicht als gleichwertige Alternativen zu qualifizieren sind. Weist der Arzt den Patienten hierauf hin, führt die Verweigerung des Patienten zugleich zur Beendigung des Vertrages hinsichtlich desjenigen Beschwerdebildes, dem der Arzt mit der Behandlungsmaßnahme diagnostisch oder therapeutisch nachgehen und entgegenwirken wollte. Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn dem Arzt nach der Behandlungsverweigerung zuvor erhobene Befunde vorliegen, deren Ergebnis auf eine neue Sachlage schließen lässt, die eine Behandlung noch dringlicher erscheinen lassen. Insoweit gelten die Ausführungen im zweiten Kapitel entsprechend.⁴¹⁵ Für die Einbestellungspflicht hat dies zur Folge, dass den Arzt mit Beendigung des Behandlungstermins keine weiteren Pflichten gegenüber dem Patienten treffen und er somit auch nicht dazu verpflichtet ist, ihn erneut einzubestellen, wenn zwischenzeitlich keine neuen Befunde vorliegen.

3. Beweislast und Dokumentationspflicht

Die Behandlungsverweigerung wirft beweisrechtliche Fragen auf. Ist die betreffende Behandlungsmaßnahme unstrittig unterblieben und trägt der Arzt vor, dass er den Patienten über das Erfordernis der Maßnahme aufgeklärt und der Patient ihre Durchführung verweigert hat, bestreitet die Behandlungsseite das Vorliegen eines Behandlungsfehlers.⁴¹⁶ Der Patient muss somit beweisen, dass er entgegen des Vortrages der Behandlungsseite seine Bereitschaft zur Durchführung der Maßnahme bekundet hat.⁴¹⁷ Lässt sich die Frage der Behandlungsverweigerung nicht aufklären, geht sie somit zulasten des Patienten.⁴¹⁸ Allerdings erachtet die ständige Rechtsprechung die Behandlungsverweigerung als doku-

⁴¹⁵ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 C. III. 3. cc).

⁴¹⁶ Spickhoff/*Greiner*, Medizinrecht, BGB § 839 Rn. 146.

⁴¹⁷ Spickhoff/*Greiner*, Medizinrecht, BGB § 839 Rn. 146.

⁴¹⁸ Spickhoff/*Greiner*, Medizinrecht, BGB § 839 Rn. 146.

mentationspflichtigen Umstand und nimmt daher eine Beweiserleichterung zugunsten des Patienten an, wenn der Arzt die Behandlungsverweigerung nicht dokumentiert.⁴¹⁹ Bei Betrachtung der einschlägigen Rechtsprechung werden zugleich dogmatische Begründungsansätze erkennbar. Das OLG Bamberg begründet die Dokumentationspflicht im Falle einer Behandlungsverweigerung etwa mit dem Umstand, dass sich die Dokumentationspflicht auf die „wesentlichen Elemente der Behandlung, insbesondere die Aufklärung“⁴²⁰ erstreckt. Überträgt man diesen Begründungsansatz auf die neue Gesetzeslage, ist die Behandlungsverweigerung als Bestandteil des Aufklärungsgesprächs bereits am Wortlaut des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB festzumachen. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber sich mit Aufklärung nicht lediglich auf die Mitteilung medizinischer Informationen im engeren Sinne beschränkt, sondern in den Aufklärungsvorgang auch eine etwaige Reaktion des Patienten einbeziehen wollte. Zu belegen ist dies mit dem Umstand, dass der Gesetzgeber auch die Einwilligung des Patienten in § 630f Abs. 2 S. 1 BGB aufzählt, die ebenfalls eine rechtserhebliche Reaktion des Patienten darstellt. Ferner stellt sich die Verweigerung des Patienten in eine medizinisch indizierte Maßnahme als Auffälligkeit dar, die den Beginn eines regelwidrigen Behandlungsverlaufes markiert. Ab diesem Zeitpunkt besteht eine Dokumentationspflicht auch aus Gründen der Beweissicherung.⁴²¹

4. Fazit

Klärt der Arzt den Patienten unvollständig therapeutisch auf, ist die Weigerung des Patienten zur Durchführung der Behandlungsmaßnahme dogmatisch innerhalb des Mitverschuldens zu verorten. Bei vollständiger therapeutischer Aufklärung ist die Behandlungsverweigerung zugleich als Vertragsbeendigung hinsichtlich derjenigen Erkrankung zu interpretieren, die mit der verweigerten Maßnahme behandelt werden sollte, soweit andere Behandlungsmethoden nicht in Betracht kommen. Eine ärztliche Aufklärungspflicht besteht in dieser Konstellation jedoch dann, wenn nachträglich neue Befunde ausgewertet werden, die die vermutete Bedrohungslage bestätigen.

VI. Patientenmitverschulden und Beweislastumkehr

1. Problemstellung

Trifft den Patienten im Rahmen der Behandlung ein Mitverschulden, stellt sich die Frage, ob eine Beweislastumkehr gerechtfertigt ist. Anlass hierzu gibt unter anderem die Gesetzesbegründung zum Patientenrechtegesetz. Nach dem Willen

⁴¹⁹ BGH, NJW 1987, 1482 (1482); OLG Zweibrücken, NJW-RR 2008, 537 (538); OLG Bamberg, NJW-RR 2005, 1266 (1267).

⁴²⁰ OLG Bamberg, NJW-RR 2005, 1266.

⁴²¹ *Bayer*, Ärztliche Dokumentationspflicht, S. 44 f.

des Gesetzgebers soll eine Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 BGB ausscheiden, wenn der Patient durch sein Verhalten eine selbstständige Komponente zur Vereitelung des Behandlungserfolgs gesetzt und dadurch in gleicher Weise wie der Arzt durch den groben Behandlungsfehler die Nichtaufklärbarkeit des Behandlungsgeschehens verursacht hat.⁴²² Allerdings ist dogmatisch noch nicht abschließend geklärt, ob und wie eine etwaige Versagung der Beweislastumkehr zu begründen ist, wenn den Patienten ein Mitverschulden trifft.⁴²³ Die Thematik ist insgesamt wenig ergründet. Sie ist auch für die Einbestellungspflicht relevant. Eine Verletzung der Einbestellungspflicht kann auch einen Befunderhebungsfehler darstellen und wird mit gewisser Häufigkeit als grober Behandlungsfehler qualifiziert.⁴²⁴ Trifft den Patienten nun im Falle einer fehlerhaften Behandlung ein Mitverschulden, stellt sich die Frage, ob eine grob fehlerhafte Verletzung der Einbestellungspflicht dennoch zu einer Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten führt. Nachfolgend soll daher zunächst auf die Auswirkungen des Patientenmitverschuldens auf die Beweislastumkehr eingegangen und anschließend in den Blick genommen werden, inwieweit sich das Patientenmitverschulden auf die Beweislastumkehr bei einer grob fehlerhaften Einbestellung auswirkt.

2. Mitverantwortlichkeit beim groben Behandlungsfehler

a) Linie der Rechtsprechung

Der Gesetzgeber greift in der genannten Erwägung zum Ausschluss der Beweislastumkehr beim Mitverschulden des Patienten auf die Grundsätze der Rechtsprechung zurück. Diese verneint eine Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler, wenn den Patienten in gleicher Weise wie den Arzt eine Verantwortlichkeit dafür trifft, dass das Behandlungsgeschehen nicht mehr aufgeklärt werden kann.⁴²⁵ Diese Rechtsprechung geht auf ein Urteil des KG zurück.⁴²⁶ Dieses verneint eine Beweislastumkehr bei einem groben Behandlungsfehler, wenn die Behandlung einer Erkrankung erfordert, dass mehrere gleichrangige Komponenten beachtet werden und der Patient durch schuldhaftes Verhalten die ärztliche Behandlung konterkariert, indem er etwa eine solche gleichrangige Komponente vereitelt.⁴²⁷ In dem betreffenden Sachverhalt hatte der Patient wiederholt die ärztliche Anordnung zur Ruhigstellung und Hochlagerung seines entzündeten Arms missachtet. Der Senat begründet seine Auffassung damit, dass ein

⁴²² BT-Drs. 17/10488, S. 31.

⁴²³ Gerecke, MedR 2010, 689 (692).

⁴²⁴ Siehe hierzu die Ausführungen unter E. I. und II.

⁴²⁵ BGH, NJW 2004, 427 (428); BGH, NJW 2004, 2011 (2013); OLG Hamm, BeckRS 2018, 6924, Rn. 33; OLG Saarbrücken, RDG 2015, 182 (184); OLG Braunschweig, BeckRS 1997, 11826, Rn. 29; KG, BeckRS 1990, 222, Rn. 31.

⁴²⁶ KG, BeckRS 1990, 222.

⁴²⁷ KG, BeckRS 1990, 222, Rn. 31.

gleichschweres Fehlerverhalten des Patienten durch Missachtung ärztlicher Hinweise den groben Behandlungsfehler des Arztes neutralisiert und es deshalb nicht geboten ist und auch nicht billig wäre, dem Arzt in einer solchen Konstellation dennoch die Beweislast aufzuerlegen.⁴²⁸ Daher müsse es bei der Regelbeweislast bleiben und der Patient die Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden nachweisen.⁴²⁹ Allerdings existieren auch Entscheidungen, die in eine andere Richtung deuten. Das OLG Köln hat eine Beweislastumkehr wegen grob fehlerhaft unterlassener Diagnostik und Therapie bei einer arteriellen Verschlusskrankheit bejaht und zugleich ein Mitverschulden des Patienten in Höhe von einem Viertel angenommen, weil der Patient entgegen ärztlicher Empfehlungen und in Kenntnis der Schädlichkeit des Rauchens nicht hiervon Abstand genommen hat.⁴³⁰ Allerdings setzt sich das OLG mit den dargestellten Grundsätzen zum Ausschluss der Beweislastumkehr bei Mitverantwortlichkeit des Patienten auseinander. Es verneint jedoch deren Anwendung, weil es bereits an Behandlungsbemühungen des beklagten Arztes zur Bekämpfung der Erkrankung fehlt, sodass sich die Frage einer Zuwiderhandlung gegen solche Maßnahmen erst gar nicht stellt.⁴³¹ Das LG Mainz hat ebenfalls einen groben Behandlungsfehler bejaht und zugleich den Mitverschuldensanteil des Klägers mit einem Drittel bewertet, weil dieser Behandlungstermine nachlässig wahrgenommen und die Durchführung erforderlicher Voruntersuchungen verweigert habe.⁴³² Allerdings geht das LG in seinen Urteilsgründen nicht auf die dargestellte Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bei Mitverantwortlichkeit des Patienten ein, sodass von einer Einzelfallentscheidung auszugehen ist, in welcher das Gericht um einen sachgerechten Ausgleich bemüht war. Das LG betont, dass der Kläger zu Beginn der Behandlung erst elf Jahre alt gewesen ist.⁴³³ Im Ergebnis verneint die ständige Rechtsprechung eine Beweislastumkehr, wenn das Mitverschulden des Patienten genauso schwer wiegt wie der grobe Behandlungsfehler. Dies gilt auch im Rahmen der Beweislastumkehr wegen fehlerhafter Befunderhebung nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB. Das OLG Köln verneint eine Beweislastumkehr, wenn die unterlassene Befunderhebung auch durch die fehlerhafte Mitwirkung des Patienten verursacht worden ist.⁴³⁴ Das OLG Saarbrücken hat trotz eines Befunderhebungsfehlers eine Beweislastumkehr verneint, weil der Patient „durch das Nichtwahrnehmen von Kontrollterminen den Heilungsverlauf erheblich gefährdet“⁴³⁵ hat.

⁴²⁸ KG, BeckRS 1990, 222, Rn. 33.

⁴²⁹ KG, BeckRS 1990, 222, Rn. 33.

⁴³⁰ OLG Köln, VersR 1997, 1102 (1103).

⁴³¹ OLG Köln, VersR 1997, 1102 (1103).

⁴³² LG Mainz, BeckRS 2003, 17432, Rn. 32.

⁴³³ LG Mainz, BeckRS 2003, 17432, Rn. 28.

⁴³⁴ OLG Köln, VersR 2015, 1173 (1174).

⁴³⁵ OLG Saarbrücken, RDG 2015, 182 (184).

b) Kritik an der Rechtsprechung

Die dargestellte Rechtsprechung stößt auf Kritik.⁴³⁶ Es wird darauf hingewiesen, dass der Begriff der gleichrangigen Komponente wenig aussagekräftig und unbestimmt ist.⁴³⁷ Insgesamt erscheine die Versagung der Beweislastumkehr als Pönalisierung des Patienten für seine mangelhafte Mitwirkung.⁴³⁸ Ferner wird eingewandt, dass der grobe Behandlungsfehler nach Auffassung der Rechtsprechung vorrangig die Kausalitätsfrage betreffe.⁴³⁹ Das Fehlverhalten des Patienten sei jedoch keine Frage der Kausalität, sondern ein Fall des Mitverschuldens im Rahmen des § 254 BGB. Versage man daher eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität aufgrund des Patientenmitverschuldens, würden Fragen miteinander vermengt, die im Haftungsaufbau voneinander zu trennen sind.⁴⁴⁰ Darüber hinaus führe die Berücksichtigung des Patientenmitverschuldens bei der Frage der Beweislastumkehr zu dem Folgeproblem, wer in höherem Ausmaß die Nichtaufklärung des Behandlungsverlaufs verursacht hat.⁴⁴¹ Im Kern erfolge die Berücksichtigung des Patientenmitverschuldens bei der Beweislastumkehr daher ersichtlich aus Billigkeitserwägungen, denen es an einer tragfähigen Begründung mangle. Daher sei die fehlende Patientenmitwirkung nicht auf der Kausalitäts- und Beweisebene, sondern im Rahmen einer etwaigen Anspruchsminderung nach § 254 BGB zu erörtern.⁴⁴²

3. Stellungnahme und Lösungsansatz

Die dargestellte Kritik ist nicht von der Hand zu weisen. Es entspricht ferner der herrschenden Auffassung, dass bereits die Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers lediglich auf Billigkeitserwägungen beruht und andere Begründungsversuche nicht von Erfolg gekrönt sind.⁴⁴³ Nichts anderes kann gelten, wenn dem Patienten die Kausalitätsvermutung versagt wird, weil er seine Mitwirkungsobliegenheiten schuldhaft verletzt hat. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 630h Abs. 5 BGB ausdrücklich eingeschränkt wissen will, wenn der Patient in gleicher Weise wie der Arzt die Nichtaufklärbarkeit des Behandlungsgeschehens verursacht hat.⁴⁴⁴ Es muss daher Anwendungsfälle geben, in denen bei fehlerhafter Mitwir-

⁴³⁶ *Schärtl*, NJW 2014, 3601 (3604); *Gerecke*, MedR 2010, 689 (694).

⁴³⁷ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (694).

⁴³⁸ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (694).

⁴³⁹ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (694).

⁴⁴⁰ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (694).

⁴⁴¹ *Gerecke*, MedR 2010, 689 (694).

⁴⁴² *Gerecke*, MedR 2010, 689 (695); *ders.*, MedR 2011, 48 (49).

⁴⁴³ *Katzenmeier*; *Arzthaftung*, S. 454; *Hausch*, *Der grobe Behandlungsfehler*, S. 64; *Spickhoff/Spickhoff*, *Medizinrecht*, BGB § 630h Rn. 14.

⁴⁴⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 31.

kung des Patienten eine Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 BGB gänzlich versagt wird. Allerdings spricht dies nicht dagegen, in bestimmten Fällen eine Beweislastumkehr zu bejahen und zugleich den Anspruch des Patienten nach § 254 BGB zu kürzen, wie dies die Rechtsprechung bereits getan hat. Zutreffend ist die genannte Kritik, auch wenn sie bemängelt, dass bislang keine Kriterien erfolgt sind, anhand derer bestimmt werden kann, ob das Fehlverhalten des Patienten genauso schwer wiegt wie der grobe Behandlungsfehler. Allerdings kann dies anhand der Mitverschuldensquote erfolgen. Trifft den Patienten ein hälftiges Mitverschulden, hat er den Gesundheitsschaden unter Zugrundelegung der Wertung des § 254 Abs. 1 BGB in gleichem Maße wie der Arzt verursacht. Für die Ermittlung des Mitverschuldens kann auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Gelangt das Gericht daher zu dem Ergebnis, dass ein grober Behandlungsfehler und zugleich ein hälftiges Mitverschulden des Patienten vorliegen, ist die Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 BGB zu versagen. Dieser Ansatz ist dogmatisch unbedenklich, da nicht der Anspruch des Patienten ausgeschlossen, sondern lediglich die Beweislastumkehr bei hälftigem Mitverschulden versagt werden soll, auch wenn dies zur Folge hat, dass die Schadensersatzklage keinen Erfolg haben wird. Das Kriterium der Gleichrangigkeit ist damit anhand der Mitverschuldensquote zu bestimmen. Dieses Ergebnis deckt sich mit den kritischen Auffassungen, die Kausalitäts- und Beweisfragen strikt innerhalb des § 254 BGB verortet wissen wollen, und trägt zugleich dem Willen des Gesetzgebers Rechnung, in bestimmten Fällen die Beweislastumkehr nach trotz eines groben Behandlungsfehlers oder eines einfachen Befunderhebungsfehlers zu versagen.

4. Bedeutung bei der Einbestellungspflicht

Die dargelegten Grundsätze finden auch Anwendung, wenn der Arzt seine Einbestellungspflicht verletzt. Wie bereits aufgeführt worden ist, bewertet die Rechtsprechung die fehlerhafte Einbestellung des Patienten häufig als groben Behandlungsfehler. Nimmt ein Patient jedoch einen Behandlungstermin nicht wahr, nachdem der Arzt ihn hierauf unter Nennung eines zutreffenden Zeitpunktes oder Zeitkorridors hingewiesen hat, liegt ein grober Behandlungsfehler regelmäßig nur dann vor, wenn der Arzt den Patienten nicht auf die Dringlichkeit der weiteren Behandlung und die potentiellen Gefahren der Nichtbehandlung hingewiesen hat. Hiervon sind regelmäßig nur Fälle betroffen, in denen eine akute Lebensgefahr für den Patienten besteht, wie dies etwa beim Risiko eines Schlaganfalls oder eines Herzinfarktes der Fall ist, oder wenn im Falle der Nichtbehandlung dauerhafte und oder schwerwiegende Gesundheitsschäden zu befürchten sind. Ob die fehlerhafte Mitwirkung des Patienten in diesen Fällen gegenüber dem ärztlichen Fehlverhalten als gleichrangig zu bewerten ist, bleibt letztlich eine Frage des Einzelfalles. Jüngst hat das OLG Hamm sich mit dieser Frage befasst und trotz eines groben Behandlungsfehlers eine Beweislastumkehr ver-

neint.⁴⁴⁵ Der Patient litt an thorakalen Beschwerden und galt bekanntermaßen als Herzinfarktrisikopatient. Die Ärzte der Beklagten versäumten die Erhebung indizierter Befunde, was der Senat in der Zusammenschau als groben Behandlungsfehler bewertete. Allerdings verließ der Patient entgegen ärztlichem Rat das Krankenhaus und verweigerte auch auf eindringlichen Rat seines Hausarztes hin eine Krankenhauseinweisung. Der Senat bewertet diese Umstände sehr scharf zu Lasten des Patienten und stellt maßgeblich darauf ab, dass jedem erwachsenen Menschen die Risiken thorakaler Schmerzen gepaart mit Luftnot bewusst seien. Wenn der Patient zusätzlich zu diesen Beschwerden auf Ablagerungen im Halsschlagaderbereich hingewiesen werde und dennoch dem ärztlichen Rat auf eine dringende stationäre Abklärung keine Folge leiste, sei eine Beweislastumkehr trotz eines groben Behandlungsfehlers nicht in Betracht zu ziehen.⁴⁴⁶ Im Kern machen diese Ausführungen deutlich, dass dem Patienten keine Beweislastumkehr zugutekommt, wenn er bei vollständiger therapeutischer Aufklärung bzw. eindringlicher therapeutischer Warnhinweise, Kenntnis von einem spezifischen Erkrankungsrisiko sowie anhaltender Beschwerden sich nicht zur Behandlung vorstellt bzw. das Krankenhaus dennoch verlässt. Da die Rechtsprechung bei der Bejahung eines Patientenmitverschuldens ohnehin nach wie vor besondere Zurückhaltung übt, ist die dargestellte Linie der Rechtsprechung zur Versagung der Beweislastumkehr nicht zu beanstanden.

5. Fazit

Nach der ständigen Rechtsprechung sowie dem Willen des Gesetzgebers ist eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten zu verneinen, wenn dieser eine gleichrangige Komponente dafür setzt, dass die Ursache für den Gesundheitsschaden nicht mehr ermittelt werden kann. Bei Verletzung der Einbestellungspflicht kann dies insbesondere der Fall sein, wenn der Patient eindringlichen therapeutischen Warnhinweisen keine Beachtung schenkt, indem er die erforderlichen Behandlungstermine nicht oder nur nachlässig wahrnimmt oder einen Krankenhausaufenthalt gänzlich verweigert. Zur Ermittlung der Frage, ob ein gleichrangiger Beitrag des Patienten zur Nichtaufklärbarkeit der Kausalitätsfrage vorliegt, bietet es sich an, auf die Mitverschuldensquote abzustellen. Liegt diese bei 50 %, treffen Arzt und Patient ein hälftiges und damit ein gleichrangiges Mitverschulden, sodass die Beweislastumkehr zu verneinen ist.

⁴⁴⁵ OLG Hamm, BeckRS 2018, 6924.

⁴⁴⁶ OLG Hamm, BeckRS 2018, 6924, Rn. 34.

VII. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei der Einbestellungspflicht

1. Untersuchungsfrage

Die Kausalität einer fehlerhaften Aufklärung ist ein anspruchsbegründender Umstand.⁴⁴⁷ Stützt der Patient seinen Schadenersatzanspruch auf eine fehlerhafte ärztliche Aufklärung, muss er bei Anwendung der üblichen Grundsätze nachweisen, dass er im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung die ihm vom Arzt erteilten Hinweise befolgt hätte.⁴⁴⁸ Diese Frage betrifft unmittelbar die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden.⁴⁴⁹ Dadurch kann die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Haftungsprozess entscheidungserheblich sein.⁴⁵⁰ Sie kommt in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten regelmäßig zur Anwendung, wenn ein Anleger einen Aufklärungsfehler des beratenden Instituts behauptet.⁴⁵¹ Auch beim Vorwurf einer fehlerhaften therapeutischen Aufklärung kann die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens streitentscheidend sein. Die Rechtsprechung gesteht dem Patienten regelmäßig zu, dass er einer ordnungsgemäßen ärztlichen Aufklärung gefolgt wäre.⁴⁵² Nachfolgend sollen zunächst die Begründungsansätze für die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens erörtert werden. Anschließend wird untersucht, welcher Anwendungsbereich der Vermutungswirkung bei einer fehlerhaften Einbestellung zukommt.

2. Begründung und Kritik

Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH, werden normative Begründungsansätze erkennbar.⁴⁵³ Der BGH hat die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei der fehlerhaften ärztlichen Aufklärung über eine Schädigung der Leibesfrucht wie folgt begründet: „Der Schutzzweck der Aufklärung wird vielmehr erst dann erreicht, wenn derjenige, der die von ihm geschuldete Aufklärungspflicht verletzt, entgegen einer Kausalitätsvermutung zugunsten des Geschädigten den Beweis für die Nichtursächlichkeit seiner Pflichtverletzung zu erbringen hat.“⁴⁵⁴ Normativ findet sich darin der Gedanke wieder, dass derjenige,

⁴⁴⁷ Göertz, BKR 2012, 375 (376).

⁴⁴⁸ Hausch, VersR 2007, 167 (171).

⁴⁴⁹ Für die fehlerhafte Anlageberatung Schwab, NJW 2012, 3274 (3277).

⁴⁵⁰ Schwab, NJW 2012, 3274 (3277).

⁴⁵¹ BGH, NJW 2012, 2427, Rn. 17 f.; BGH, NJW 2007, 1876; Schwab, NJW 2012, 3274.

⁴⁵² BGH, NJW 1989, 2320 (2321); BGH, NJW 1984, 658 (659); BGH, NJW 1981, 630 (632); BGH, NJW 1981, 2002 (2004).

⁴⁵³ Schwab, NJW 2012, 3274 (3275).

⁴⁵⁴ BGH, NJW 1984, 658 (659); zur Gefahr einer haftungsrechtlichen Diskriminierung Behinderter bei der Annahme einer Vermutung zur Abtreibung siehe Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 517.

der eine Aufklärungs- bzw. Beratungspflicht verletzt, sich nicht hinter dem ungewissen hypothetischen Verhalten des Aufklärungsberechtigten verstecken darf.⁴⁵⁵ Hieraus kann das Argument abgeleitet werden, dass eine redliche Vertragspartei dazu bereit ist, den Aufklärungsberechtigten aus der von ihr pflichtwidrig verursachten Beweisnot zu befreien.⁴⁵⁶ Nur so werde sichergestellt, dass die Aufklärungspflicht nicht bloß auf dem Papier stehe.⁴⁵⁷ Ferner lässt sich der Rechtsprechung des BGH auch ein teleologisches Argument entnehmen, wenn er ausführt, dass es Zweck der Aufklärungspflicht sei, einer aus einer Aufklärungspflichtverletzung resultierenden Beweisnot des Patienten vorzubeugen.⁴⁵⁸ Die Anwendung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Arzthaftungsrecht wird allerdings auch kritisiert. Hausch weist darauf hin, dass eine Auslegung materiell-rechtlicher Pflichten zur Verhinderung einer Beweisnot schwer einzugrenzen ist.⁴⁵⁹ Ferner sei es auch nicht überzeugend, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens mit der Typizität der Beweisnot bei einer Aufklärungspflichtverletzung zu begründen, da Beweisschwierigkeiten auch hinsichtlich anderer Pflichtverletzungen entstehen und man daher konsequenterweise bei jeder einfachen Pflichtverletzung eine Beweislastumkehr annehmen müsste.⁴⁶⁰ Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei daher letztlich nur mit dem Erfordernis eines gerechten Interessenausgleichs zu begründen.⁴⁶¹

3. Bewertung

Die Kritik von Hausch bezieht sich auf die dogmatische Begründung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Ihm ist darin zuzustimmen, dass Beweisschwierigkeiten auch hinsichtlich anderer Pflichtverletzungen auftreten können. Allerdings weist die Beweisnot hinsichtlich des hypothetischen Alternativverhaltens die Besonderheit auf, dass der Aufklärungsberechtigte den Nachweis über Tatsachen erbringen muss, die über ihren hypothetischen Charakter hinaus ausschließlich innere Vorgänge beim Aufklärungsberechtigten betreffen.⁴⁶² Schwab formuliert zutreffend, dass das hypothetische Entscheidungsverhalten des Aufklärungsberechtigten einen „nicht mehr verlässlich rekonstruierbaren inneren Vorgang in der Person einer Partei“ betrifft.⁴⁶³ Verglichen mit einer einfachen Pflichtverletzung, die sich lediglich in der Außenwelt abspielt, befindet sich der

⁴⁵⁵ Zustimmend Schwab, NJW 2012, 3274 (3275).

⁴⁵⁶ Schwab, NJW 2012, 3274 (3275).

⁴⁵⁷ MüKoBGB/Wagner, BGB § 630h Rn. 57.

⁴⁵⁸ BGH, NJW 1973, 1688 (1688); krit. Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 174; Schultz, VersR 1990, 808, (810).

⁴⁵⁹ Hausch, VersR 2007, 167 (172).

⁴⁶⁰ Hausch, VersR 2007, 167 (172).

⁴⁶¹ Hausch, VersR 2007, 167 (172).

⁴⁶² Göertz, BKR 2012, 375 (376).

⁴⁶³ Schwab, NJW 2012, 3274 (3277).

Aufklärungsberechtigte damit in einer doppelten Beweisnot. Wirft ein Patient einem Arzt etwa einen handwerklichen Kunstfehler bei der Durchführung einer Operation vor, steht er ebenfalls vor der Herausforderung, die Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden nachzuweisen. Allerdings handelt es sich bei der Operation um einen Lebensvorgang, der sich in der Außenwelt abgespielt hat und regelmäßig von der Beurteilung des Sachverständigen abhängt. Zwar bleibt es bei der Beweisschwierigkeit, einen hypothetischen Kausalverlauf nachzuweisen. Allerdings muss der Patient keine inneren Vorgänge darlegen, die sein hypothetisches Entscheidungsverhalten betreffen. Den normativen Erwägungen der Rechtsprechung zur Begründung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ist daher zuzustimmen.⁴⁶⁴

4. Anwendungsbereich bei fehlerhafter Einbestellung

Der reguläre Anwendungsbereich der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens betrifft unmittelbar die Kausalität der fehlerhaften oder unterlassenen Aufklärung für den Schaden.⁴⁶⁵ Bei der Kausalität einer unterlassenen oder unvollständigen therapeutischen Aufklärung für den Schaden existieren jedoch mehrere Anknüpfungspunkte für die Vermutungswirkung. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Umfang die Vermutungswirkung bei einer Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht Anwendung findet.

a) Fehlerhafte fernkommunikative Einbestellung

Besteht die Pflichtverletzung darin, den Patienten unzureichend fernkommunikativ einbestellt zu haben, um ihm dann während des Behandlungstermins eine medizinisch indizierte Behandlungsmaßnahme anzuraten, stellt sich die Frage, ob die Vermutungswirkung auch die Tatsache umfasst, dass der Patient überhaupt den Behandlungstermin wahrgenommen hätte. In dieser Konstellation muss eine doppelte Vermutungswirkung angenommen haben. Der Patient muss beweisen, dass er einer Einbestellung nachgekommen wäre. Diese Frage betrifft noch nicht die Vermutung, dass der Patient einem medizinischen ärztlichen Rat gefolgt wäre, sondern lediglich die Frage, ob der Patient den erforderlichen Behandlungstermin nach einer Einbestellung wahrgenommen hätte. Liegt der Vorwurf gegenüber dem Arzt in einem solchen Fall darin, dass er den Patienten nach dem Vorliegen neuer Befunde nicht informiert hat, muss der Patient nämlich beweisen, dass er zu dem erforderlichen Termin erschienen wäre und einer sodann erfolgten ordnungsgemäßen therapeutischen Aufklärung Folge geleistet hätte. Diese Fallgruppe zeichnet sich dadurch aus, dass der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins einbestellt, indem er ihn über das Erfordernis und die

⁴⁶⁴ Schwab, NJW 2012, 3274 (3275).

⁴⁶⁵ Schwab, NJW 2012, 3274 (3277).

Wichtigkeit der Befundabfrage aufklärt. Zwar bejaht die Rechtsprechung auch dann eine Einbestellungspflicht, wenn der Arzt den Patienten darauf hingewiesen hat, die Befundergebnisse abzufragen.⁴⁶⁶ Allerdings wurde auch festgestellt, dass den Patienten ein Mitverschulden treffen kann, wenn er einem ärztlichen Rat zuwiderhandelt, der zwar unvollständig ist, aber vom Patienten dennoch ohne Weiteres befolgt werden kann.⁴⁶⁷ Dies ist etwa der Fall, wenn der Arzt den Patienten darauf hinweist, ein Befundergebnis innerhalb eines bestimmten Zeitraumes abzufragen und ihn zugleich auf die potenziellen Gefahren der verzögerten oder unterlassenen Weiterbehandlung hingewiesen hat. Liegt aber ein Mitverschulden des Patienten vor, weil er einem bestimmten ärztlichen Rat nicht gefolgt ist, erscheint es wertungswidersprüchlich, ihm gerade hinsichtlich dieses ärztlichen Rates die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zuzuerkennen. Zwar ist zu konzedieren, dass die Einbestellungspflicht nach Auswertung eines auffälligen Befundes nicht mit der Einbestellungspflicht während des Behandlungstermins, bei dem noch kein Befund vorliegt, identisch ist. Allerdings sieht die überwiegende Rechtsprechung von der Annahme einer Beweislastumkehr ab, wenn den Patienten bei der Schadensverursachung ein Mitverschulden trifft. Die Versagung einer Beweiserleichterung wird in dieser Konstellation damit begründet, dass der Patient die daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten mitverursacht hat. Nichts anderes kann gelten, wenn der Patient seine Beweisnot dadurch mitverursacht, dass er einer vollständig erfüllbaren ärztlichen Empfehlung nicht Folge leistet. Dieses Ergebnis ist auch mit den Erwägungen zu begründen, welche die Rechtsprechung zur Begründung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens anführt. Teilt man den normativen Ansatz, dass eine redliche Vertragspartei sich dazu bereit erklärt, den Aufklärungspflichtigen aus einer von ihr pflichtwidrig verursachten Beweisnot zu befreien⁴⁶⁸, muss man konsequenterweise den Schluss ziehen, dass eine Partei, die ihre Beweisnot schuldhaft mitverursacht hat, zur Befreiung aus ihrer Beweisnot nicht auf die andere Partei zurückgreift.⁴⁶⁹ Die Bejahung einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens in dieser Konstellation würde zudem Wertungswidersprüche nach sich ziehen, weil nach der überwiegenden Rechtsprechung eine Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers bei schuldhafter Mitverursachung des Gesundheitsschadens durch

⁴⁶⁶ OLG Hamm, BeckRS 2013, 05821; siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 2 B. III. 3. c).

⁴⁶⁷ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. 5 D. IV.

⁴⁶⁸ Schwab, NJW 2012, 3274 (3275).

⁴⁶⁹ A. A. OLG München, BeckRS 2015, 08435. Das OLG hatte dem zum Unfallzeitpunkt 16-jährigen Kläger, der sich durch einen Salto auf einer Hüpfburg schwer verletzt hatte, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei einem entsprechenden Warnhinweis zugesprochen, aber zugleich ein Mitverschulden von einem Viertel angenommen, weil der Kläger die Verletzungsgefahr aufgrund der Zugehörigkeit in einem Sportverein hätte erkennen müssen. Allerdings begründet der Senat seine Entscheidung zugleich mit jugendlichem Überschwang des Klägers.

den Patienten abzulehnen ist. Bejaht man hinsichtlich der fehlerhaften Einbestellung eine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, läuft diese im Regelfall leer, weil anschließend – unter Hinnahme eines groben Wertungswiderspruchs – eine Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers zu verneinen ist. Allerdings finden diese Grundsätze nur Anwendung, wenn der Arzt den Patienten zugleich auf die Bedeutung der weiteren Behandlung deutlich hinweist. So hat das OLG Hamm eine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und einen groben Behandlungsfehler zutreffend bejaht, da der Arzt den Patienten nach der Befundauswertung nicht unverzüglich kontaktiert und unter Hinweis auf ein akutes Schlaganfallrisiko einbestellt hat.⁴⁷⁰ Der beklagte Arzt hatte sich im Prozess auf eine mangelnde Mitwirkung des Patienten berufen, wofür der Senat jedoch keine Anhaltspunkte sah, weil nicht dargetan worden sei, weshalb eine häufigere Wiedervorstellung des Patienten von sich aus geboten gewesen sein soll.⁴⁷¹ Nach den voranstehenden Ausführungen wäre dieser Fall anders zu beurteilen, wenn der Arzt den Patienten vor Beendigung des Behandlungstermins auf die Abfrage des Befundes und das Schlaganfallrisiko deutlich hingewiesen hätte. Dann wäre für die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens kein Raum.

b) Fehlerhafte Einbestellung während des Behandlungstermins

Unproblematischer ist die Annahme einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, wenn der Arzt es versäumt, den Patienten während des Behandlungstermins über eine Behandlungsmaßnahme aufzuklären, die noch beim selben Behandlungstermin durchgeführt werden soll. In dieser Konstellation bedarf es keiner Vermutungswirkung für die Wahrnehmung künftiger Behandlungstermine. Es ist vielmehr zu vermuten, dass der Patient dem ärztlichen Rat Folge geleistet und sich der empfohlenen Behandlungsmaßnahme noch während des Behandlungstermins unterzogen hätte. Bestellt der Arzt den Patienten im persönlichen Behandlungsgespräch fehlerhaft zu einem künftigen Behandlungstermin ein, umfasst die Vermutungswirkung ebenfalls den Umstand, dass der Patient zum Behandlungstermin erschienen wäre. Ferner gilt die Vermutungswirkung auch dann, wenn sich der Patient in einem Entscheidungskonflikt befindet, solange er plausibel und nachvollziehbar darlegt, warum er sich möglicherweise aufklärungskonform entschieden hätte.⁴⁷² Allerdings entfaltet die Frage des Entscheidungskonfliktes im Rahmen der therapeutischen Aufklärung eine geringe Relevanz, da der Vorwurf gegenüber dem Arzt – anders als bei der Selbstbestimmungsaufklärung – darin liegt, dass aufgrund der fehlerhaften Aufklärung eine bestimmte Behandlungsmaßnahme unterblieben ist.

⁴⁷⁰ OLG Hamm, BeckRS 2013, 05821.

⁴⁷¹ OLG Hamm, BeckRS 2013, 05821.

⁴⁷² BGH, NJW 1984, 658 (659); *Schwab*, NJW 2012, 3274 (3276).

5. Gegenbeweis der Behandlungsseite

Nimmt das Gericht zugunsten des Patienten eine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens an, steht der Behandlungsseite dennoch die Möglichkeit zum Gegenbeweis offen.⁴⁷³ In Anlehnung an die Grundsätze des BGH zur Aufklärungspflichtverletzung bei der Anlageberatung bedarf ein Beweisantrag der Behandlungsseite mit dem Inhalt, den Patienten als Partei zum Beweis dazu zu vernehmen, dass er bei vollständiger therapeutischer Aufklärung den ärztlichen Rat befolgt hätte, keiner ergänzenden Substantiierung.⁴⁷⁴ Ein solcher Beweisantrag richtet sich auf das Fehlen der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, und damit auf eine entscheidungserhebliche Tatsache.⁴⁷⁵ Stellt sich ein Vortrag mit diesem Inhalt in der Beweisaufnahme als zutreffend heraus, steht die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung fest.⁴⁷⁶ Der Einwand unzulässigen Ausforschungsbeweises ist daher restriktiv anzuwenden.⁴⁷⁷ Ferner stellt sich die Frage, welche Anforderungen die Behandlungsseite erfüllen muss, um die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zu widerlegen. Letztlich kann dies nur anhand spezifischer Äußerungen des Patienten bezogen auf die Behandlung oder dessen vorherigen Mitwirkungsverhalten im Rahmen der Behandlung erfolgen. Hat der Patient etwa bereits eine risikoärmere Behandlungsmaßnahme verweigert als diejenige, derentwegen er die Behandlungsseite in Anspruch nimmt, liegt es nahe, vom Patienten substantiierten Vortrag zu verlangen, weshalb er nun trotz höherer Risiken die Maßnahme hätte durchführen lassen. Allerdings kann sich der Patient regelmäßig auf eine höhere Dringlichkeit stützen, sodass es für die Behandlungsseite schwierig sein wird, die Vermutungswirkung zu widerlegen.

6. Fazit

Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens erstreckt sich grundsätzlich auf die Wahrnehmung von Behandlungsterminen und die Befolgung ärztlicher Ratschläge. Die Vermutung ist jedoch zu versagen, wenn den Patienten ein Mitverschulden trifft, da er in dieser Konstellation die Beweisnot selbst mitverursacht hat und dadurch redlicherweise nicht auf die Behandlungsseite zur Beseitigung der Beweisnot zurückgreifen kann. Allerdings gilt dies nur, wenn der Arzt dem Patienten auch die Dringlichkeit der empfohlenen Maßnahmen sowie die Folgen ihres Ausbleibens vor Augen führt.

⁴⁷³ Für die Haftung von Banken gegenüber Anlegern *Schwab*, NJW 2012, 3274 (3276 f.).

⁴⁷⁴ BGH, NJW 2012, 2427 (2430) Rn. 39.

⁴⁷⁵ BGH, NJW 2012, 2427 (2430) Rn. 39.

⁴⁷⁶ BGH, NJW 2012, 2427 (2430) Rn. 39.

⁴⁷⁷ *Schwab*, NJW 2012, 3274 (3277).

F. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem sechsten Kapitel

Die Beweislast für eine fehlerhafte Einbestellung trägt grundsätzlich der Patient, da die Einbestellung innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht zu verorten ist und Versäumnisse in diesem Bereich als Behandlungsfehler und damit als anspruchsbegründende Voraussetzung zu qualifizieren sind.

Die Behandlungsseite trifft jedoch eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast, der sie regelmäßig nur durch eine entsprechende Dokumentation des Einbestellungshinweises nachkommen kann.

Die Einbestellung des Patienten stellt einen dokumentationspflichtigen Umstand nach § 630f Abs. 2 S. 1 BGB dar.

Die Einbestellungspflicht ist im Prozess auf Grundlage der Ausführungen des medizinischen Sachverständigen vom Gericht zu ermitteln. Die Kompetenz des Sachverständigen beschränkt sich hierbei auf die Beibringung der erforderlichen medizinischen Grundlagen. Liegen diese vor, trifft das Gericht eine eigenständige juristische Bewertung, die nicht mit derjenigen des Sachverständigen übereinstimmen muss.

Entgegen der überwiegenden Rechtsprechung kann der fehlende Hinweis auf die Dringlichkeit einer Befunderhebung eine Beweislastumkehr wegen eines einfachen Befunderhebungsfehlers nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB begründen.

Die unterlassene oder fehlerhafte Veranlassung einer gebotenen Befunderhebung stellt auch dann einen Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB dar, wenn der Arzt selbst nicht imstande gewesen wäre, die gebotene Befunderhebung durchzuführen.

Ein Befunderhebungsfehler liegt ferner vor, wenn der Arzt den Befund zwar erhebt, aber nicht rechtzeitig auswertet.

Die fehlerhafte oder unterlassene Einbestellung des Patienten stellt hingegen keinen Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB dar, wenn der Arzt den gebotenen Befund erhoben und ausgewertet hat, aber den Patienten nicht über das Befundergebnis informiert. In diesem Fall liegt der Vorwurf gegenüber dem Behandelnden darin, dass er unzureichend mit dem Patienten kommuniziert. Die Befunderhebung ist in diesem Fall jedoch bereits vollständig abgeschlossen. Allerdings dürfte die unterlassene Mitteilung eines auffälligen Befundes regelmäßig einen groben Behandlungsfehler darstellen, sofern der Befund auf eine Erkrankung deutet, die dringlich zu behandeln ist.

Die fehlerhafte Einbestellung des Patienten kann als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren sein. Ob dies der Fall ist, muss im Wege einer tatrichterlichen Einzelfallwürdigung ermittelt werden. Kriterien hierfür sind drohende gesund-

heitliche Beeinträchtigungen oder gar eine Lebensgefahr, die mit der unterlassenen oder verzögerten Weiterbehandlung einhergehen können.

Die fehlerhafte Einbestellung des Patienten stellt kein voll beherrschbares Risiko nach § 630h Abs. 1 BGB dar, da die Rechtsprechung diese Beweislastsonderregel für Fälle entwickelt hat, in denen sich ein Risiko verwirklicht, dass sich ausschließlich innerhalb der Einflussosphäre der Behandlungsseite befindet. Die Einbestellung des Patienten setzt jedoch voraus, dass der Arzt einer ärztlichen Anordnung folgt und ist daher nicht ausschließlich innerhalb der ärztlichen Verantwortungssphäre zu verorten.

Bei gleichrangiger Mitverantwortlichkeit des Patienten für den eingetretenen Gesundheitsschaden scheidet eine Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 BGB aus. Eine gleichrangige Patientenmitverantwortlichkeit für den eingetretenen Gesundheitsschaden liegt vor, wenn der Mitverschuldensanteil des Patienten mehr als 50 % beträgt.

Bei fehlerhafter Einbestellung des Patienten erstreckt sich die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens auf die Wahrnehmung des erforderlichen Behandlungstermins und die Befolgung der erforderlichen ärztlichen Ratschläge. Allerdings kann die Vermutungswirkung im Falle eines Mitverschuldens des Patienten ausgeschlossen sein.

Zusammenfassung und wesentliche Ergebnisse der Untersuchung

Der Erfolg einer medizinischen Behandlung hängt oftmals davon ab, dass die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen frühzeitig durchgeführt werden. Zugleich verlaufen medizinische Behandlungen allerdings vielfach zeitlich gestreckt, finden also an mehreren Terminen statt.¹ Dies ist mit Risiken verbunden, da grundsätzlich die Gefahr besteht, dass der Arzt den Patienten unzureichend einstellt und der Behandlungserfolg dadurch gefährdet wird.² Ferner besteht bei einer einrichtungsübergreifenden Behandlung das Risiko, dass die Befunde zwischen den betreffenden medizinischen Einrichtungen unzureichend übermittelt werden, wodurch der Behandlungserfolg ebenfalls gefährdet sein kann.³ Zudem kann der Behandlungserfolg auch durch eine unzureichende Mitwirkung des Patienten gefährdet werden, indem der Patient beispielsweise einem erforderlichen Behandlungstermin fernbleibt.⁴

Die ärztliche Einbestellungspflicht dient als Ausgleichsmechanismus für die zeitlich gestreckte Behandlung.⁵ Sie ist unter anderem innerhalb der ärztlichen Leistungspflicht aus § 630a Abs. 1 BGB zu verorten.⁶ Sie ist innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht des Arztes aus § 630c Abs. 2 S. 1 BGB zu verorten.⁷ Darüber hinaus ist sie auch innerhalb des medizinischen Standards zu verorten.⁸ Hat der Arzt den Patienten während des Behandlungstermin unvollständig einbestellt, ist die Einbestellungspflicht ferner innerhalb der ärztlichen Fehleroffenbarung des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB zu verorten.⁹

Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten zu einem weiteren Behandlungstermin einzubestellen, wenn die Behandlung nicht abgeschlossen ist. Die Einbestellung des Patienten erfolgt im Regelfall bereits während des Behandlungstermins. Hat der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins unvollständig einbe-

¹ Kap. 1 C.

² Kap. 1 D. III.

³ Kap. 1 D. II.

⁴ Kap. 1 D. IV.

⁵ Kap. 1 E.

⁶ Kap. 2 B. I.

⁷ Kap. 2 B. II.

⁸ Kap. 2 B. V.

⁹ Kap. 2 B. III.

stellt, ist er verpflichtet, den Patienten nachträglich fernkommunikativ einzubestellen.¹⁰

Eine Einbestellungspflicht ist jedoch zu verneinen, wenn der Arzt den Patienten während des Behandlungstermins vollständig einbestellt hat und der Patient dennoch einem weiteren Behandlungstermin fernbleibt, da der Arzt andernfalls in die Rolle eines dauerhaften Aufpassers gerät, was die Anforderungen an ihn überspannt, aber auch mit dem Leitbild des Gesetzgebers vom mündigen Patienten nicht zu vereinbaren ist.¹¹ In dieser Konstellation ist eine Einbestellungspflicht auch unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerverzugs zu verneinen, weil mit der Einbestellung während des Behandlungstermins eine kalendarische Bestimmung nach § 296 S. 1 BGB vorliegt, sodass der Patient in Verzug gerät, wenn er der weiteren Behandlung fernbleibt.¹²

Etwas anderes gilt jedoch, wenn nach Beendigung eines Behandlungstermins auffällige Befunde ausgewertet werden, die Anhaltspunkte für einen Erkrankungsverdacht darstellen und abklärungsbedürftig sind. In diesem Fall muss der Arzt den Patienten auch dann einbestellen, wenn er ihn bereits während des Behandlungstermins auf das Erfordernis und die Dringlichkeit der Befundabfrage hingewiesen hat.¹³

Die Einbestellung des Patienten steht grundsätzlich mit dem Berufsrecht der Ärzte in Einklang, da sie darauf ausgerichtet ist, die Gesundheit des Patienten zu schützen.¹⁴ Auch die ärztliche Schweigepflicht vermag den Umfang der ärztlichen Einbestellungspflicht grundsätzlich nicht zu beschränken.¹⁵

Einbestellungsintervalle und einzelne Modalitäten der Einbestellung werden regelmäßig auch in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses geregelt.¹⁶ Den Richtlinien kommt jedoch keine haftungsentlastende Wirkung zu, soweit sie den medizinischen Standard unterschreiten.¹⁷

Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten bereits während des Behandlungstermins zu einem weiteren Behandlungstermin einzubestellen.¹⁸ Die fernkommunikative Einbestellung des Patienten hat grundsätzlich telefonisch zu erfolgen, da dies den schnellsten Weg darstellt, um den Patienten zu erreichen und der Arzt nur auf diese Weise sicherstellen kann, dass der Patient die Dringlichkeit der Ein-

¹⁰ Kap. 2 B. III. 3. a) und b).

¹¹ Kap. 2 B. III. 3. d).

¹² Kap. 2 B. I. 1.

¹³ Kap. 2 B. III. 3. c).

¹⁴ Kap. 3 B.

¹⁵ Kap. 3 A.

¹⁶ Kap. 2 V. 3. d).

¹⁷ Kap. 2 V. 3.

¹⁸ Kap. 4 B.

bestellung nachvollzieht.¹⁹ Bestellt der Arzt den Patienten postalisch ein oder teilt ihm Befunde postalisch mit, muss er dies auf eine den Zugang sicherstellende Weise tun.²⁰

Der Arzt muss den Patienten bei der Einbestellung auf eine etwaige Dringlichkeit der Behandlung sowie mögliche Gefahren der verzögerten Weiterbehandlung so konkret hinweisen, dass der Patient den Ernst der Lage nachvollziehen und sein Verhalten an den Erfordernissen der Behandlung ausrichten kann.²¹

Die Einbestellung des Patienten ist grundsätzlich nicht delegationsfähig, da sie innerhalb der therapeutischen Aufklärungspflicht des Arztes zu verorten ist und dadurch in den Kernbereich ärztlicher Leistungen fällt.²²

Die Rechtsprechung zum Mitverschulden des Patienten sieht sich seit einiger Zeit intensiver Kritik ausgesetzt. Gegenstand dieser Kritik ist insbesondere die Zurückhaltung der Gerichte bei der Bejahung eines Patientenmitverschuldens.²³ Allerdings hält die Rechtsprechung dieser Kritik stand, da sie die Voraussetzungen für ein Patientenmitverschulden anhand der besonderen Umstände des Einzelfalles prüft.²⁴

Auch bei der fehlerhaften Einbestellung kann den Patienten ein Mitverschulden treffen.²⁵ Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arzt den Patienten angewiesen hat, das Ergebnis eines Befundes abzufragen und der Patient dennoch hiervon absieht.²⁶ Ferner kommt ein Mitverschulden des Patienten in Betracht, wenn dieser trotz fortdauernder Beschwerden der weiteren Behandlung fernbleibt.²⁷ Den Patienten trifft jedoch kein Mitverschulden, wenn der Arzt ihn nicht auf das Erfordernis einer Weiterbehandlung hinweist und der Patient der weiteren Behandlung fernbleibt, weil er davon ausgeht, dass die Behandlung abgeschlossen ist.²⁸ Dasselbe gilt, wenn der Arzt den Patienten nicht eindringlich auf die Gefahren einer verzögerten oder unterlassenen Behandlung hinweist. Zu begründen ist dies maßgeblich damit, dass der Patient nicht in der Lage ist, selbstständig das Erfordernis einer engmaschigen Weiterbehandlung sowie den erforderlichen Behandlungszeitraum zu erkennen.²⁹

¹⁹ Kap. 4 B. II. 2.

²⁰ Kap. 4 B. III. 3.

²¹ Kap. 4 C. II.

²² Kap. 4 D.

²³ Kap. 5 C. II. 2.

²⁴ Kap. 5 D.

²⁵ Kap. 5 D.

²⁶ Kap. 5 D.

²⁷ Kap. 5 D. IV.

²⁸ Kap. 5 D. VI. 1. b).

²⁹ Kap. 5 D. II. 1. b).

Die Rechtsprechung steht einer Einbestellung des Patienten in Abhängigkeit von dessen subjektivem Beschwerdeempfinden grundsätzlich sehr skeptisch gegenüber und erachtet eine solche Einbestellungspraxis teilweise als grob fehlerhaft.³⁰

Die Beweislast für eine unterlassene oder unvollständige Einbestellung trägt grundsätzlich der Patient.³¹

Der Hinweis auf die Einbestellung des Patienten stellt einen dokumentationspflichtigen Umstand nach § 630f Abs. 2 BGB dar.³² Unterlässt der Arzt daher eine entsprechende Dokumentation, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arzt den Patienten nicht oder nur unvollständig einbestellt hat.

Die fehlerhafte oder gänzlich unterlassene Einbestellung des Patienten kann nach der Rechtsprechung auch einen Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB darstellen.³³ Dies ist der Fall, wenn der Arzt den Patienten weder auf das Erfordernis noch auf die Dringlichkeit einer Befunderhebung hinweist.

Problematischer ist die Lage, wenn der Arzt den Patienten zwar auf das Erfordernis einer Befunderhebung hinweist, aber ihn nicht über die Dringlichkeit der indizierten Befunderhebungsmaßnahme aufklärt. Die überwiegende Rechtsprechung erachtet es als eine Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht, wenn der Arzt den Patienten über das Erfordernis einer Befunderhebung aufklärt, aber nicht auf die Dringlichkeit der Befunderhebung hinweist. Dies begründet die Rechtsprechung maßgeblich damit, dass der Hinweis auf die Dringlichkeit einer Befunderhebung therapeutischen Zwecken diene. Allerdings gilt dies für die Befunderhebung insgesamt, was die Legitimation der Beweislastumkehr bei einem einfachen Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB in Frage stellen würde. Unterlässt der Arzt daher den Hinweis auf die Dringlichkeit einer Befunderhebung und wird der Befund infolgedessen nicht erhoben, liegt ebenfalls ein Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB vor.³⁴

Strittig ist, ob ein Befunderhebungsfehler nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB auch dann vorliegt, wenn der Arzt einen gebotenen Befund zwar erhebt, diesen jedoch nicht mehr rechtzeitig auswertet.³⁵ Ein Befunderhebungsfehler ist in dieser Konstellation zu verneinen, wenn der Arzt den Befund in einem späteren Haftungsprozess vorlegen kann, da der BGH die Beweislastumkehr bei einem Befunderhebungsfehler maßgeblich damit begründet, dass der Arzt den Befund in einem Prozess nicht mehr vorlegen kann, was bei dessen verspäteter Auswertung nicht

³⁰ Kap. 5 D. VI. 1. b).

³¹ Kap. 6 B. I.

³² Kap. 6 E. V. 2.

³³ Kap. 6 E. I. 7.

³⁴ Kap. 6 E. I. 7.

³⁵ Kap. 6 E. 7. c).

der Fall ist. Allerdings ist in diesem Fall an einen groben Behandlungsfehler zu denken, was jedoch letztlich von den besonderen Umständen des Einzelfalles und den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen abhängt

Ferner liegt kein Befunderhebungsfehler vor, wenn der Arzt den Befund erhoben und ausgewertet hat, den Patienten jedoch nicht über das Befundergebnis informiert.³⁶ Dies stellt jedoch eine Verletzung der therapeutischen Aufklärungspflicht dar und kann nach den Umständen des Einzelfalles einen groben Behandlungsfehler begründen.

Eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten ist zu verneinen, wenn der Patient in gleicher Weise wie der Arzt eine Ursache dafür gesetzt hat, dass der medizinische Geschehensablauf nicht mehr aufklärbar ist.³⁷ Es bietet sich an, eine solche gleichrangige Mitverursachung bei einer Mitverschuldensquote von mindestens 50 % anzunehmen.

Die Einbestellungspflicht ist im Arzthaftungsprozess unter Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen zu ermitteln. Die Rolle des Sachverständigen beschränkt sich jedoch darauf, die für die medizinische Beurteilung des Sachverhaltes erforderlichen Bewertungsgrundlagen in den Prozess einzubringen.³⁸ Die rechtliche Bewertung dieser Grundlagen obliegt dem Gericht. Gelangt der Sachverständige daher zu dem Schluss, dass der Patient im konkreten Einzelfall einzubestellen war, obliegt es dem Gericht zu beurteilen, welche formalen und verbalen Anstrengungen der Arzt vornehmen muss, um seine Einbestellungspflicht zu erfüllen. Hierbei handelt es sich um eine normative Fragestellung, die ab dem Vorliegen der medizinischen Beurteilungsgrundlagen vom Gericht zu beantworten ist.

³⁶ Kap. 6 E. 7. d).

³⁷ Kap. 6 E. VIII. 3.

³⁸ Kap. 6 D. I. 4. a).

Literaturverzeichnis

- Achterfeld, Claudia*: Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen: Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, Berlin/Heidelberg, 2014.
- Achterfeld, Claudia*: Anmerkung zu LG Heidelberg, MedR 2012, 136 = MedR 2012, S. 140–143.
- Arloth, Frank*: Arztgeheimnis und Auskunftspflicht bei AIDS im Strafvollzug, MedR 1986, S. 295–299
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert et al. (Hrsg.)*: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 52. Edition, München 2019.
- von Bar, Nikolaus*: Gesetzlich nicht normierte ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, Berlin/Heidelberg 2017.
- Bäume, Stefan/Dahm, Franz-Josef*: Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den ärztlichen Bereich, MedR 2004, S. 645–655.
- Bayer, Thomas*: Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten, Berlin/Heidelberg 2018.
- Bender, Albrecht*: Facharztvorbehalt und „fachfremde“ Aufklärung bei der Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht nach dem Patientenrechtegesetz, VersR 2013, S. 962–966.
- Bender, Albrecht*: Der Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht, VersR 1997, S. 918–928.
- Bergmann, Otto*: Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliches Personal, MedR 2009, S. 1–10.
- Bischoff, Rolf*: Die Haftung des Arztes aus Diagnosefehlern oder unterlassenen Untersuchungen, in: Festschr. f. Karlmann Geiß, Köln/Berlin 2000, S. 345–352.
- Böckmann, Julius/Kluth, Peter*: Beweisrecht – Die zivilprozessuale Partei im Zeugenmantel, MDR 2002, S. 616–622.
- Bohne, Kerstin*: Delegation ärztlicher Tätigkeiten, Frankfurt am Main 2012.
- Bollweg, Hans-Georg/Brahms, Katharina*: „Patientenrechte in Deutschland“ – Neue Patientencharta, NJW 2003, S. 1505–1510.
- Braun, Julian*: Die Zulässigkeit von ärztlichen Fernbehandlungsleistungen nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä, MedR 2018, S. 563–568.
- Bülow, Peter/Ring, Gerhard/Artz, Markus/Brixius, Kerstin*: Heilmittelwerbegesetz – Kommentar, Köln 2016.
- Burger, R.*: Berufsrechtliche Aspekte der Telemedizin, in: Rechtsfragen der Telemedizin, 1. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2001, S. 119–124.

- Conti, Christian*: Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Bern 2000.
- Cziupka, Johannes*: Dispositives Vertragsrecht, Tübingen 2010.
- Deutsch, Erwin*: Haftungserhebliche Standards, JZ 1997, S. 1030–1033.
- Deutsch, Erwin*: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt – Eine privatrechtliche Untersuchung, Köln 1995.
- Deutsch, Erwin*: Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, NJW 2000, S. 1745–1749.
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas*: Medizinrecht, 7. Auflage, Berlin/Heidelberg 2014.
- Dierks, Christian/Feußner, Hubertus/Wienke, Albrecht*: Rechtsfragen der Telemedizin, Berlin 2001.
- Dressler, Wolf-Dieter*: Ärztliche Leitlinien und Arzthaftung, in: Festschr. f. Karlmann Geiß, Köln/Berlin 2000, S. 379–388.
- Dunz, Walter*: Wesen und Grenzen des „eigenen Mitverschuldens“, JZ 1961, S. 406–410.
- Ehlgen, Bolko*: Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen, Tübingen 2013.
- Elster, Tobis*: Ärztliche Leitlinien in der vertraglichen Arzthaftung – eine Untersuchung materiell-rechtlicher und prozessualer Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des medizinischen Standards, Frankfurt am Main 2012.
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018.
- Engst, Kathrin*: Patientenpflichten- und Lasten, Eine rechtsdogmatische und systematische Untersuchung zur Mitwirkungsverantwortung eines Patienten im Rahmen der medizinischen Behandlung, Berlin 2008.
- Ernst, Hans-Günter*: Die Feststellung des groben Behandlungsfehlers, in: Festschr. f. Karl-Otto Bergmann, Berlin/Heidelberg 2016, S. 21–42.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 7. Aufl., Heidelberg 1992.
- Fiekas, Frederik*: Die Dokumentation der Behandlung – Eine rechtsdogmatische Einordnung der Dokumentationspflicht des Behandelnden nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes, Baden-Baden 2015.
- Fiekas, Frederik*: Die mangelhafte Dokumentation – ein Plädoyer für Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche des Patienten, MedR 2016, S. 32–36.
- Finn, Markus*: Anmerkung zu OLG Hamm, MedR 2016, 63 = MedR 2016, S. 69–71.
- Flume, Werner*: Anmerkung zu BGH JZ 1961, 602 = JZ 1961, S. 605.
- Frahm, Wolfgang*: Die Zulässigkeit der Delegation ärztlicher Leistungen auf nichtärztliches, VersR 2009, S. 1576–1580.
- Franzki, Dominik*: Der Behandlungsvertrag – Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch, Göttingen 2014.
- Franzki, Harald/Hansen, Britta*: Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum zum Krankenhausträger, NJW 1990, S. 737–793.

- Funke, Astrid*: Privatärztliches Gebührenrecht, Berlin/Heidelberg 1988.
- Gaidzik, Peter*: Das Kollegialitätsgebot in der ärztlichen Berufsordnung, MedR 2003, S. 497–503.
- Geiger, Michael*: Anmerkung zu BGH NSTZ 1983, 313 = JZ 1983, S. 153–154.
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter*: Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, München 2014.
- Gerecke, Martin*: Anmerkung zu OLG Koblenz, MedR 2011, 46 = MedR 2011, S. 48–49.
- Gerecke, Martin*: Non-Compliance und grober Behandlungsfehler – zur fehlenden Mitwirkung des Patienten am pflichtwidrigen Behandlungsgeschehen, MedR 2010, 689–695.
- Gernhuber, Joachim*: Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens, AcP 152 (1952/53), S. 69–83.
- Giesen, Dieter*: Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, S. 1053–1063.
- Göben, Jens*: Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht, Frankfurt am Main 1998.
- Gödicke, Patrick*: Formularerklärungen in der Medizin, Tübingen 2008.
- Gödicke, Patrick*: Anmerkung zu OLG Köln, MedR 2017, 147 = MedR 2017, S. 148–150.
- Göertz, Susann*: Beweislastumkehr bei der Kausalität von Aufklärungspflichtverletzungen? Anmerkung zu BGH, BKR 2012, 368 = BKR 2016, S. 375–377.
- Goetze, Erik*: Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, Berlin 1989.
- Graf, Ute*: Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozeß, München 2001.
- Greger, Reinhard*: Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht? NJW 1985, S. 1130 (1134).
- Grigoleit, Hans-Christoph*: Vorvertragliche Informationshaftung, München 1997.
- Groß, Werner*: Beweiserleichterungen für den Patienten bei Unterlassung medizinisch gebotener Befunderhebung, in: Festschr. f. Karlmann Geiß, Köln/Berlin 2000, S. 429–435.
- Großfeld, Bernhard*: Die Privatstrafe, Frankfurt am Main 1961.
- Großfuß-Bürk, Detlef*: Die Verantwortung des Arztes für Fehlverhalten des Patienten am Beispiel der Mißachtung ärztlicher Hinweise, Frankfurt/Bern/New York/Paris 1992.
- Gutmann, Thomas*: Die Pflicht des Arztes zur Information über Behandlungsfehler (§ 630c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB), in: Festschr. f. Karl-Otto Bergmann, Berlin/Heidelberg 2016, S. 59–74.
- Habermalz, Johannes*: Das Akteneinsichtsrecht des Patienten und seine zivilprozessuale Durchsetzung, NJW 2013, S. 3403–3407.

- Hahn, Bernhard*: Die Haftung für nichtärztliches Hilfspersonal, Königstein am Taunus 1981.
- Hahn, Bernhard*: Zulässigkeit und Grenzen der Delegation ärztlicher Aufgaben – Zur Übertragung von Blutentnahmen, Injektionen, Infusionen und Bluttransfusionen auf nichtärztliches Assistenzpersonal, NJW 1981, S. 1977–1984.
- Harder, Yvonne*: Die Beweisfigur des Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehlers im Arzthaftungsprozess nach der Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte, Regensburg 2009.
- Harmann, Lena*: Das Recht des Patienten auf Aufklärungsverzicht, NJOZ 2010, S. 819–825.
- Hart, Dieter*: Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften, GesR 2012, S. 385–388.
- Hart, Dieter*: Rezension, Hart, AcP 203 (2003), S. 142–148.
- Hart, Dieter*: Arzneimittelinformation zwischen Sicherheits- und Arzthaftungsrecht, MedR 2003, S. 603–609.
- Hart, Dieter*: Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, MedR 1998, S. 8–16.
- Hart, Dieter*: Rechtliche Grenzen der „Ökonomisierung“ – Arzneimittel-, sozial- und haftungsrechtliche Aspekte der Pharmaökonomie, MedR, 1996, S. 60–71.
- Hartmann, Christian*: Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Berlin 1997.
- Hassner, Florian*: Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und zivilrechtliche Haftung – Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2013, S. 23–35.
- Hausch, Axel*: Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, Karlsruhe 2007.
- Hausch, Axel*: Nur ein Diagnoseirrtum? Oder doch eine unterlassene Befunderhebung? MedR 2012, S. 231–238.
- Hausch, Axel*: Beweisprobleme bei der therapeutischen Aufklärung, VersR 2007, S. 167–174.
- Hausch, Axel*: Einige kritische Anmerkungen zu den Beweiserleichterungen für den Patienten bei unterlassener Befunderhebung und -sicherung, VersR 2003, S. 1489–1497.
- Heck, Philipp*: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Heese, Michael*: Beratungspflichten, Tübingen 2015.
- Hegerfeld, Nicola*: Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, Tübingen 2018.
- Heghmanns, Michael/Niehaus, Holger*: Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des § 203 III 2 StGB, NStZ 2008, S. 57–62.
- Hellfeier, Martin*: Die Leistungszeit im Arbeitsverhältnis, Frankfurt am Main 2003.
- Henke, Horst Eberhard*: Mitverursachung und Mitverschulden – Wer den Schaden herausfordert, muß den Schädiger schonen, JuS 1988, S. 753–761.

- Heyers, Johannes*: Risikomanagementsysteme im Krankenhaus, Standards und Patientenrechte, MedR 2016, S. 23–31.
- Hinrichs, Thomas*: Die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei der Haftung für Personenschäden im französischen und deutschen Recht, Baden-Baden 1991.
- Hoffmanns, Helmut*: Nachwirkende Nebenpflichten von Schuldverhältnissen, Köln 1986.
- Holland, Dario*: Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, Göttingen 2017.
- Huster, Stefan/Kaltenborn, Markus*: Krankenhausrecht – 2. Auflage, München 2017.
- Igloffstein, Tobias*: Regelwerke für die humanmedizinische Individualbehandlung – eine Untersuchung der zivil-, straf- und berufsrechtlichen Bedeutung medizinischer Richt- und Leitlinien, Baden-Baden 2003.
- Ihle, Judith*: Ärztliche Leitlinien, Standards und Sozialrecht, Baden-Baden 2007.
- Imhof, Michael*: Der Einfluss des Patienten auf die Haftung des Arztes – Eine kritische Analyse der Stellung des mündigen Patienten im System der Arzthaftung, Hamburg 2014.
- Jaeger, Lothar*: Anmerkung zu BGH, MedR 2016, 431 = MedR 2016, S. 433–434.
- Jansen, Nils*: Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003.
- Joecks, Wolfgang (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 (§§ 185–262), 3. Aufl., München 2017.
- Jorzig, Alexandra/Glaubitz, Marius*: Haftungsrechtliche Aspekte der Tätigkeit des Durchgangsarztes, MedR 2018, S. 17–20.
- Kamps, Hans*: Wiedereinbestellung von Patienten, MedR 1994, S. 194–196.
- Katzenmeier, Christian*: Arzthaftung, Tübingen 2002.
- Katzenmeier, Christian*: Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung, NJW 2019, S. 1769–1774.
- Katzenmeier, Christian*: Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817–823.
- Katzenmeier, Christian*: Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie – Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz-Regierungsentwurfs, MedR 2012, S. 576–583.
- Kern, Bernd-Rüdiger*: Das Spannungsverhältnis von Haftungsrecht und Kassenarztrecht, MedR 2004, S. 300–303.
- Kern, Bernd-Rüdiger*: Die Selbstbestimmungsaufklärung unter Einbeziehung des nicht-ärztlichen Pflegepersonals, in: Festschr. f. Walther Weißauer, Berlin 1986, S. 71–87.
- Kingreen, Thorsten*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, S. 877–880.
- Kirchgässner, Gebhard*: Homo Oeconomicus, Tübingen 2013.
- Koller, Ingo*: Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979.

- Korch*, Stefan: Haftung und Verhalten, Tübingen 2015.
- Koyuncu*, Adem: Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschäden, Berlin 2004.
- Koyuncu*, Adem: Das Mitverschulden des Patienten in der Arzneimittelhaftung, PharmR 2005, S. 289–297.
- Koyuncu*, Adem: Prävention und Eigenverantwortung, in: Prävention, Ausgewählte Beiträge des Nationalen Präventionskongresses, Berlin/Heidelberg 2006.
- Kreße*, Bernhard: Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen, MedR 2007, S. 393–400.
- Krüger*, Wolfgang/*Rauscher*, Thomas: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 (§§ 355–945b), 5. Aufl., München 2016.
- Kullmann*, Hans-Josef: Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards, VersR 1997, S. 529–532.
- Lamberti*, Andrea/*Stumpf*, Wolf: Die Parteivernehmung von Amts wegen – „Woher“ und „Wohin“, NJOZ 2009, S. 1860–1868.
- Langen/Dauner-Lieb*: Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2 – 3. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Langkeit*, Jochen: Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht gemäß § 203 Absatz I Nr. 1 StGB, NSTz 1994, S. 6–9.
- Laufs*, Adolf: Zur Freiheit des Arztberufs, in: Festschr. f. Erwin Deutsch, Köln/Berlin 1999, S. 625–633.
- Laufs*, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1985/86, NJW 1986, S. 1515–1521.
- Laufs*, Adolf/*Katzenmeier*, Christian/*Lipp*, Wolfgang: Arztrecht, 7. Auflage, München 2015.
- Laufs*, Adolf/*Kern*, Bernd-Rüdiger/*Rehborn*, Martin: Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage, München 2019.
- Lilie*, Hans: Anmerkung zu BGH NSTz 1983, 313 = NSTz 1983, S. 314–315.
- Lippert*, Hans-Dieter: Das Organisationsverschulden in Hochschulkliniken – zivilrechtliche Aspekte, NJW 1984, S. 2606–2611.
- Liszt*, Franz von: Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.
- Lobinger*, Thomas: Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004.
- Looschelders*, Dirk: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999.
- Lux*, Jochen: Kommt dem Arztvertrag Geschäftsbesorgungscharakter zu? – Auskunfts-, Einsichtnahme- und Herausgabepflichten des Arztes, GesR 2004, S. 6–11.

- Makowsky*, Mark: Zivilrechtlicher Standard und (sozialrechtliches) Wirtschaftlichkeitsgebot, *VersR* 2019, S. 983–987.
- Martis*, Rüdiger/*Winkhart-Martis*, Martina: Arzthaftung – Aktuelle Rechtsprechung zum Diagnoseirrtum und zur unterlassenen Befunderhebung, *MDR* 2017, S. 925–931.
- Martis*, Rüdiger/*Winkhart-Martis*, Martina: Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Köln 2014.
- Matusche-Beckmann*: Organisationsverschulden, Tübingen 2001.
- Meder*, Stephan: Risiko als Kriterium der Schadensverteilung, *JZ* 1993, S. 539–544.
- Mennemeyer*, Siegfried: Probleme bei einfachen Befunderhebungsversäumnissen und bei der Bestimmung der Primärverletzung, in: *Festschr. f. Karl-Otto Bergmann*, Berlin/Heidelberg 2016, S. 145–160.
- Müller*, Gerda: Macht und Grenzen ärztlichen Handelns, *GesR* 2004, S. 257–266.
- Müller*, Gerda: Aufklärungsfehler als Grundlage ärztlicher Haftung, in: *Festschr. f. Karlmann Geiß*, Köln/Berlin 2000, S. 461–476.
- Müller*, Gerda: Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, *NJW* 1997, S. 3049–3056.
- Müller-Graff*, Peter Christian: Berufshaftung und Organisationshaftung bei der ärztlichen Anfängeroperation, *JuS* 1985, S. 352–360.
- Musielak*, Hans-Joachim/*Voit*, Wolfgang: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 17. Aufl., München 2020.
- Narr*, Helmut: Zur persönlichen Leistungserbringung des Chefarztes aus der Sicht der GOÄ und des Kassenarztrechts, *MedR* 1989, S. 215–222.
- Natter*, Eberhard: Der Annahmeverzug des Patienten, *MedR* 1985, S. 258–262.
- Nixdorf*, Wolfgang: Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung: Beweislastverteilung im Fluß? *VersR* 1996, S. 160–163.
- Noethen*, Mark: Parteivernehmung oder Parteienanhörung bei einem allein zwischen Parteien geführten „Vier-Augen-Gespräch“? *NJW* 2008, S. 334–337.
- Nowak*, Oliver: Leitlinien in der Medizin, Frankfurt am Main 2002.
- Nußstein*, Karl: Befunderhebung oder therapeutische Aufklärung? *VersR* 2016, S. 641–643.
- Nußstein*, Karl: Befunderhebungs- oder Diagnosefehler? *VersR* 2015, S. 1094–1096.
- Ollenschläger*, Günter: Standardbestimmung durch Leitlinien? in: *Standard-Chaos? Der Sachverständige im Dickicht zwischen Jurisprudenz und Medizin*, Berlin/Heidelberg 2015.
- Olzen*, Dirk/*Kaya*, Eylem: Anmerkung zu OLG Bremen, *Beschl. v. 29.10.2009 – 5 U 12/09*, *MedR* 2010, S. 504–506.
- Ossenbühl*, Fritz: Richtlinien im Vertragsarztrecht, *NZS* 1997, S. 497–502.
- Peikert*, Peter: Persönliche Leistungserbringungspflicht, *MedR* 2000, S. 352–359.
- Peters*, Frank: Zur Gesetzestechnik des § 823 II BGB, *JZ* 1983, S. 913–926.

- Pflüger*, Frank: Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen – Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus? *MedR* 2000, S. 6–9.
- Preis*, Ulrich/*Schneider*, Angie: Das Patientenrechtegesetz – eine gelungene Kodifikation? *NZS* 2013, S. 281–288.
- Pschyrembel*, Willibald: *Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch*, Berlin/Boston 2013.
- Quaas*, Michael/*Zuck*, Rüdiger: *Medizinrecht*, 4. Aufl., München 2018.
- Ramm*, Martin: Der ärztliche Befunderhebungsfehler, *GesR* 2011, S. 513–518.
- Ratzel*, Rudolf/*Lippert*, Hans-Dieter: *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, 7. Aufl., Heidelberg 2018.
- Rehborn*, Martin: Das Patientenrechtegesetz, *GesR* 2013, S. 257–272.
- Rehm*, Gebhard: *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, München 2003.
- Rieger*, Hans-Jürgen: Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung im Labor – dargestellt am Beispiel der Diagnostik vulvo-vaginaler Mykosen (Nr. 4441 BMÄ/E-GO), *MedR* 1994, S. 7–9.
- Rogall*, Klaus: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen, *NStZ* 1983, S. 1–9.
- Rother*, Werner: *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, München 1965.
- Rumler-Detzel*, Pia: Budgetierung – Rationalisierung – Rationierung, Einflüsse auf die medizinische Leistungsfähigkeit oder Senkung des medizinischen Standards? *VersR* 1998, S. 546–551.
- Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel: *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 9. Aufl., München 2016.
- Säcker*, Franz-Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,
Band 1 Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2018;
Band 2 Schuldrecht, Besonderer Teil I, 7. Aufl., München 2016;
Band 2 Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019;
Band 5 Schuldrecht, Besonderer Teil II, 8. Aufl., München 2020;
Band 6 Schuldrecht, Besonderer Teil IV, 7. Aufl., München 2017.
- Sailer*, Kathrin: *Prävention im Haftungsrecht*, Frankfurt am Main 2005.
- Schäfer*, Christian: *Patientencompliance, Adhärenz als Schlüssel für den Therapieerfolg im Versorgungsalltag*, Wiesbaden 2017.
- Schärfl*, Christoph: Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, *NJW* 2014, S. 3601–3605.
- Schellenberg*, Frank: Non-Compliance und Arzthaftung, *VersR* 2005, S. 1620–1623.
- Schellenberg*, Frank: Die Zumutbarkeit der Behandlungsfortsetzung – Kriterium für die Rechtsfolgen einer fehlerhaften zahnprothetischen Behandlung? *VersR* 2007, 1343–1348.

- Schelling*, Philipp: Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, *MedR* 2004, S. 422–429.
- Schelling*, Philipp/*Warntjen*, Maximilian: Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern, *MedR* 2012, S. 506–512.
- Schimmelpfeng-Schütte*, Ruth: Die Entscheidungsbefugnisse des Gemeinsamen Bundesausschusses, *NZS* 2006, S. 567–572.
- Schimmelpfeng-Schütte*, Ruth: „Richtlinienggebung durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und demokratische Legitimation“, *NZS* 1999, S. 530–537.
- Schinnenburg*, Wieland: Ansprüche des niedergelassenen Arztes gegen den Patienten bei Versäumung des Behandlungstermins, *MDR* 2008, S. 837–840.
- Schlosser*, Peter: EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß, *NJW* 1995, S. 1404–1406.
- Schmid*, Hugo: Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse, *NJW* 1994, S. 767– 773.
- Schmidt*, Andy: Wirtschaftliche Erwägungen im Arzthaftungsrecht – eine Bestandsaufnahme, Frankfurt am Main 2007.
- Schmidt*, Reimer: Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953.
- Schnapp*, Friedrich E./*Wigge*, Peter: Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl., München 2017.
- Schoch*, Friedrich/*Schneider*, Jens-Peter/*Bier*, Wolfgang: Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, München 2019.
- Schönke*, Adolf/*Schröder*, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Schultz*, Michael: Beweislast für fremde Willensentschlüsse nach Aufklärungsfehlern, *VersR* 1990, S. 808–814.
- Schulze*, Reiner (Schriftleit.): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Schünemann*, Bernd: Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, *ZStW* 90 (1978), S. 11–63.
- Schünemann*, Bernd: „Mitwirkendes Verschulden“ als Haftungsgrund bei Fernwirkungsschäden, *VersR* 1978, S. 116–119.
- Schwab*, Martin: Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypothetischen Entscheidungsmöglichkeiten, *NJW* 2012, S. 3274–3277.
- Schwartz*, G. R.: Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?, in: *UCLA LR* 42 (1994), S. 377 (401 f.).
- Seitz*, Walter: Prinz und die Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, *NJW* 1996, S. 2848–2850.

- Simon, Ines/Schmittmann, Jens M.*: Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Präsentationen von Krankenhäusern unter besonderer Berücksichtigung des ärztlichen Berufsrechts, *MedR* 2001, S. 228–234.
- Singer, Reinhard*: Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993.
- Sommerfeld, Peter*: Befunderhebungsfehler oder Fehler der therapeutischen Aufklärung – ein nicht gelöstes Abgrenzungsproblem? *VersR* 2018, S. 1491–1493.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.): *Medizinrecht*, 3. Aufl., München 2018.
- Spickhoff, Andreas*: Die Entwicklung des Arztrechts 2015/2016, *NJW* 2016, S. 1633–1639.
- Spickhoff, Andreas*: Behandlungsfehler und Offenbarungspflicht: Gründe und Grenzen, *JZ* 2015, S. 15–27.
- Spickhoff, Andreas*: Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, *VersR* 2013, S. 267–282.
- Spickhoff, Andreas*: Patientenrechte und Gesetzgebung – Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtegesetz, *ZRP* 2012, S. 65–69.
- Spickhoff, Andreas*: Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, *NJW* 2003, S. 1701–1710.
- Spickhoff, Andreas/Seibl, Maximilian*: Haftungsrechtliche Aspekte der Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Medizinpersonal unter besonderer Berücksichtigung der Anästhesie, *MedR* 2008, S. 463–473.
- Staudt, Lea*: *Medizinische Richt- und Leitlinien im Strafrecht*, Frankfurt am Main 2012.
- Steffen, Erich*: Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoaufklärung – Zurechnungsbeschränkungen oder *versari in re illicita*?, in: *Festschr. f. Dieter Medicus*, Köln/Berlin 2000, S. 637–650.
- Steffen, Erich*: Beweislasten für den Arzt und den Produzenten aus ihren Aufgaben zur Befundsicherung, in: *Festschr. f. Hans-Erich Brandner*, Köln 1996, S. 327–340.
- Stoll, Hans*: *Das Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin 1961.
- Stürner, Rolf*: *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976.
- Sundmacher, Julia Susanne*: Die unterlassene Befunderhebung des Arztes – Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH, Frankfurt am Main 2008.
- Süß, Thorsten*: Waffengleichheit? Substantiierungslast und Verjährung im Arzthaftungsverfahren, in: *Festschr. f. Karl-Otto Bergmann*, Berlin/Heidelberg 2016, S. 305–320.
- Tamm, Burkhard*: Das Mitverschulden des Patienten bei Aufklärungs- und Behandlungsfehlern, *VersR* 2005, S. 1365–1367.
- Taupitz, Jochen*: Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht? *NJW* 1992, S. 713–718.
- Taupitz, Jochen*: Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen, *NJW* 1986, S. 2851–2861.

- Taupitz, Jochen/Jones, Emily*: Das Alles oder Nichts-Prinzip im Arzthaftungsrecht – Quotenhaftung, in: „Waffen-Gleichheit“ – das Recht in der Arzthaftung, Berlin 2002.
- Tempel-Kromminga, Helke*: Die Problematik der Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen nach dem neuen Recht des SGB V, Frankfurt am Main 1994.
- Terbille, Michael* (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Auflage, München 2020.
- Thomale, Chris*: Der verdrängte Anspruch – Freie Anspruchskonkurrenz, Spezialität und Subsidiarität im Privatrecht, JuS 2013, S. 296–301.
- Thurn, Peter*: Das Patientenrechtegesetz – Sicht der Rechtsprechung, MedR 2003, S. 153–157.
- Tillmanns, Christian*: Die persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin – Teleberatung, Telekonsil und Teleoperation, Frankfurt am Main 2006.
- Traeger, Ludwig*: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.
- Treichel, Stefan*: Zeitweilige Leistungshindernisse, Baden-Baden 2010.
- Uhlenbruck, Wilhelm*: Formulargesteuerter Medizinbetrieb – haftungsrechtliche Prävention oder Haftungsfalle?, in: Festschr. f. Adolf Laufs, Berlin 2006, S. 1123–1142.
- Velten, Wolfram*: Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß, Baden-Baden 2001.
- Venzmer, Kurt*: Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München/Berlin 1960.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian*: Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 36. Edition, München 2020.
- Voß, Barbara*: Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, Berlin 1999.
- Wagner, Gerhard*: Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, S. 789–802.
- Wagner, Gerhard*: Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung, VersR 1999, 1441–1453.
- Waldenfels, Aurel*: Parteivernehmung und Parteianhörung – ernst genommen! ArbR-Aktuell 2014, S. 459–462.
- Walter, Alexander*: Spezialisierung und Sorgfaltsstandards im Arzt- und Anwaltshafungsrecht, Bielefeld 2004.
- Walter, Alexander*: Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechtegesetz, GesR 2013, S. 129–134.
- Wank, Rolf*: Die Auslegung von Gesetzen, München 2015.
- Wendt, Gerlinde*: Die ärztliche Dokumentation – eine beweisrechtliche Untersuchung zu ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Sorgfaltsfrage bei der deliktischen Arzthaftung, Baden-Baden 2001.

- Wertheimer*, Frank: Der Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen, JuS 1993, S. 646–651.
- Wester*, Kurt: Mitverschulden im deutschen, englischen und amerikanischen Zivilrecht, Köln 1976.
- Wieacker*, Franz: Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschr. f. Hans Carl Nipperdey, Band I, München/Berlin 1965, S. 783–813.
- Wieling*, Hans-Josef: Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), S. 334–355.
- Wochner*, Manfred: Einheitliche Schadensteilungsnorm im Haftpflichtrecht, Heidelberg 1972.
- Ziegler*, Hand-Berndt: Leitlinien im Arzthaftungsrecht, VersR 2003, S. 545–549.
- Ziermann*, Karin: Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2007.
- Zimmermann*, Christian: Der gemeinsame Bundesausschuss – Normsetzung durch Richtlinien sowie Integration neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der GKV, Berlin 2012.
- Zoll*, Karl-Hermann: Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Arzthaftungsprozess, MedR 2009, S. 569.
- Zuck*, Rüdiger: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des zivilprozessualen Beweisverfahrens – Parteivernehmung, NJW 2010, S. 3764–3765.

Sachwortverzeichnis

- Angehörige des Patienten 122 ff.
Arbeitsteilige Behandlung 70, 237, 240
Aufklärungsfehler 54 ff., 71, 195, 254
Aufklärungsrichtiges Verhalten 288
Aufklärungszeitpunkt 165
- Befundauswertung** 261
Befunderhebung 59, 245 ff.
Befunderhebungsfehler 245 ff., 254, 259, 261, 264
Befundmitteilung 163, 264
Behandlungsverweigerung 64, 279
Belegarzt 235 ff.
Berufsrecht der Ärzte 121, 131 ff.
Berufswidrige Werbung 135
Beweislastumkehr 245 ff.
Beweislastverteilung 213 ff.
Beweismaß 214, 221, 247
Beweisschwierigkeiten 212, 215
- Delegation ärztlicher Pflichten** 171 ff.
Deliktsrecht 120, 132, 233
Diagnoseaufklärung 159
Diagnosefehler 252
Dokumentationspflicht 271, 281
Dringlichkeit der Behandlung 41, 157, 254
Durchgangsärtzliche Behandlung 244
- Einrichtungsübergreifende Behandlung** 27, 70 ff.
Einsichtnahmerecht 111
Einwilligung 125
Elektronische Einbestellung 152
Erfüllung 153
- Facharzt 73 ff., 191, 255, 260
Fallgruppen der Einbestellungspflicht 53 ff.
Fehleroffenbarungspflicht 80 ff.
Fernbehandlung 139 ff.
Form der Einbestellung 149 ff.
Formfreiheit 144
Formularmäßige Einbestellung 150
- Gemeinsamer Bundesausschuss** 93
Gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag 235
Gläubigerverzug 35 ff.
Grober Behandlungsfehler 57, 258, 265 ff., 269 f., 283 ff.
- Herzinfarkt** 158 f., 175, 187, 192, 227, 255, 287
Horizontale Arbeitsteilung 240
- Informationsbefolgungsfähigkeit** 160
Inhalt der Einbestellung 157 ff.
- Kommunikationslücke** 22 ff.
Krankenhausbehandlung 28, 73, 198, 233 ff., 241
Krebserkrankung 22, 98 ff., 122, 148, 161, 200, 209, 228
Krebsfrüherkennungsrichtlinie 98 ff.
Kündigung 46
- Leistungsort** 45
Leitlinien 90 ff.
- Medizinischer Standard** 85 ff., 99 ff.
Mitverschulden des Patienten 181, 280, 282
Mitwirkungspflichten 29, 49

- Niedergelassene Ärzte 242
- Organhaftung 232
- Organisationspflicht 87, 219, 226, 236 ff.
- Parteivernehmung 215
- Passivlegitimation 231
- Patientenakte 111
- Recht auf Nichtwissen 130
- Richtlinien 93 ff.
- Sachverständiger 222, 224 ff., 269, 277
- Schlaganfall 23, 198, 286, 292
- Schonende Aufklärung 167 ff.
- Schutzgesetz 133
- Schwangerschaft 65, 127, 154, 190, 200, 239
- Schweigepflicht des Arztes 116 ff.
- Sekundäre Darlegungslast 218
- Selbstbeobachtungsobliegenheiten 204
- Selbstbestimmungsaufklärung 107 ff.
- Selbstbestimmungsrecht 61, 107 ff.
- Telefonische Einbestellung 176
- Terminabsage 78
- Terminversäumnis 38, 48, 68, 188
- Therapeutische Aufklärung 28, 51 ff., 70, 109, 145, 165, 213, 254
- Thrombose 26
- Totaler Krankenhausaufnahmevertrag 233
- Überweisung des Patienten 71 ff., 260
- Vertrauensverhältnis 45, 117 ff., 141, 171
- Voll beherrschbares Risiko 271
- Zeitlich gestreckte Behandlung 22 ff.