

*Urteil***OLG Hamm, §§ 847, 823, 831 BGB
Schmerzensgeld und Schadensersatz
wegen ärztlichem Behandlungsfehler
(Brustamputation)**

1.) 250.000,- DM Schmerzensgeld bei Amputation beider Brüste wegen falscher Krebsdiagnose

2.) Beweiserleichterungen wegen Verlustes von Beweismitteln.

Urteil des OLG Hamm vom 12.12.2001 – 3 U 119/00 –

Zum Tatbestand

Die am 8.3.1964 geborene Klägerin tastete im Jahr 1992 einen Knoten in ihrer linken Brust und begab sich in die Behandlung ihrer Frauenärztin. Auf deren Anraten ließ die Klägerin durch einen Radiologen eine Mammographie erstellen. Dessen Befund ergab eine beidseits fibrozystische Mastopathie ohne Malignomnachweis. Die Klägerin wurde in die Klinik der Beklagten zu 1) überwiesen [...] Die Mammographie war unauffällig. Sonographisch war kein konkreter suspekter Focus abgrenzbar. Es wurde eine Probeexcision links durchgeführt. Das Gewebe wurde dem inzwischen verstorbenen Prof. Dr. ... zur histologischen Begutachtung übersandt. Dieser stellte nach Durchführung einer Schnellschnittuntersuchung und ergänzender Untersuchung des Materials nach Paraffineinbettung ein infiltrierendes duktales Mammakarzinom mit einer Größe von 1,1 cm und

einem minimalen Randabstand von 0,1 cm fest sowie eine Mastopathie Grad I bis II. Daraufhin entfernte der Beklagte zu 2) bei der Klägerin die linke Brust und setzte eine sogenannte Expanderprothese ein. Das entnommene Gewebe wurde Prof. Dr. ... zur Untersuchung übersandt. Dieser stellte tumorfreie Absetzungsrän der, eine Mastopathie Grad II und im übrigen karzinomfreies Mammagewebe sowie tumorfreie Lymphknoten fest.

Im November 1994 ertastete die Klägerin einen Knoten in der rechten Brust. Sie wurde erneut in die Klinik der Beklagten zu 1) eingewiesen. Nach Durchführung weiterer Untersuchungen, unter anderem einer Mammographie, erfolgte eine Probeexzision der rechten Brust. Auch diese Probe wurde Prof. Dr. ... zur Untersuchung übersandt, der ein nicht invasives duktales Mammakarzinom mit einer Größe von 0,4 cm und einem minimalen Randabstand von 0,2 cm feststellte. Als die Klägerin Kenntnis von diesem Befund erhielt, begab sie sich in die Beratung weiterer Ärzte. Sie ließ unter anderem in ... eine Magnetresonanztomographie durchführen. Diese blieb ohne Ergebnis. Die Klägerin ließ sich von dem Onkologen Dr. ... beraten, der ihr zur Durchführung einer Chemotherapie riet. Hierzu war die Klägerin nicht bereit. Sie begab sich erneut in die Klinik der Beklagten zu 1) und ließ dort die Entfernung der rechten Brust durch den Beklagten zu 2) mit anschließendem Brustaufbau durchführen. Das entnommene Gewebe wurde erneut Prof. Dr. ... zur Begutachtung übergeben. Er stellte eine Mastopathie Grad I und II mit kleinen Herden einer sklerosierenden Adenosis und mit einem Mikrokalk fest.

Die Klägerin nahm ihre Arbeit wieder auf. Es schlossen sich Kuraufenthalte [...] an. Die Klägerin erhielt einen Schwerbehindertenausweis, wonach sie eine Schwerbeschädigung in Höhe von 70 % hat.

Im Jahre 1996 kamen dem Frauenarzt Dr. ... Zweifel an den Befunden des Prof. Dr. ... Er verlangte die Präparate einer Patientin von Prof. Dr. ..., der die Herausgabe zunächst verweigerte. Am nächsten Tag soll es zu einem Einbruch in das Institut des Prof. Dr. ... gekommen sein. Eine Woche später kam es zu einem Brand im Institut des Prof. Dr. ... Dieser hatte die Präparate in einem räumlich getrennten Lageraum ausgelagert, wobei die Schnellpräparate in Kartons, die in Paraffinblöcke gegossenen Proben in Beuteln und Säcken aufbewahrt wurden. Im Anschluß an den Brand ließ Prof. Dr. ... einen Großteil der Präparate entsorgen. Bei einem weiteren Brand im Institut kam Prof. Dr. ... zu Tode. Über den Nachlaß von Prof. Dr. ... wurde ein Nachlaßkonkursverfahren eingeleitet. Zum Nachlaßkonkursverfahren wurde der Beklagte zu 3) bestellt.

Die Klägerin hat die Beklagten auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 120.000,- DM, den Ersatz bezifferter materieller Schäden und Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz zukünftiger materieller und immaterieller Schäden in Anspruch genommen. [...]

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, daß die Klägerin eine Fehldiagnose durch Prof. Dr. ... nicht nachgewiesen habe. Beweiserleichterung käme ihr nicht zugute.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung [...].

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Berufung der Klägerin war überwiegend erfolgreich.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Ersatz der titulierten immateriellen und materiellen Schäden gemäß §§ 847, 823, 831 BGB i.V.m. Art. 103 S. 1 EGinsO, §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 2, 47 KO, 157 VVG.

Der Senat geht [...] davon aus, daß die von Prof. Dr. [...] erstellten pathologischen Befunde „duktales Mammakarzinom“ jeweils behandlungsfehlerhaft waren.

Ob die in Rede stehenden Gewebeproben tatsächlich die Bös- oder Gutartigkeit ergeben hätten, läßt sich nicht mehr sicher feststellen. Wenn die Präparate noch vorliegen würden, hätte die Entscheidung über die Bös- oder Gutartigkeit zu 100%, so Prof. Dr. ..., getroffen werden können. Daß diese Erkenntnisse heute nicht mehr gewonnen werden können, geht zu Lasten des Beklagten zu 3). Es fällt in den Verantwortungsbereich des verstorbenen Prof. Dr. ... und des Beklagten zu 3), daß diese Frage nicht mehr mit der erforderlichen Sicherheit zu klären ist.

Es entspricht der ständigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung, daß derjenige, der den Verlust eines erheblichen Beweismittels zu verantworten hat, sich die etwaige Vereitelung der Beweisführung vorhalten lassen muß (BGH ZIP 1985, 312, 314 m.w.N., Senat Urteil vom 23.2.2000 – 3 U 133/99 –, NA-Beschluß des BGH vom 24.7.2001, VI ZR 183/00, NJW-RR 2001, 1539). Für den Bereich des Arzthaftungsrechts ist anerkannt, daß nicht nur denjenigen, der gerade im Hinblick auf einen zu erwartenden oder bereits laufenden Prozeß die Benutzung von Beweismitteln vereitelt, Beweismachteile treffen, wobei dies aus den §§ 427, 444, 446 ZPO abgeleitet wird. Vielmehr können auch denjenigen Arzt Beweismachteile treffen, der gegen die Pflicht verstößt, Befunde zu sichern oder zu erheben. Bei einem Verstoß gegen die Befundsicherungs- oder Befunderhebungspflicht können dem Patienten Beweiserleichterungen, und zwar bis hin zur Beweislastumkehr zugute kommen (BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482; 1996, 779; 1589, BGHZ 138, 1 = NJW 1998,

1780). Verletzt der Arzt die Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung von Befundträgern, kann dieser Verstoß beweis erleichternde Bedeutung haben (BGH NJW 1996, 779; 1589).

Gegen diese Pflicht hat der verstorbene Pathologe Prof. Dr. ... verstoßen. Die Pflicht zur Aufbewahrung der pathologischen Präparate betrug für die in Rede stehenden Gewebeproben 10 Jahre. Diese Aufbewahrungspflicht bestand [...] aus medizinischen Gründen. Für die Nachbehandlung im Falle des Auftretens von Rezidiven oder Metastasen konnte die aus den aufzubewahrenden Präparaten zu gewinnende Erkenntnis aus medizinischen Gründen von Bedeutung sein.

Der Verstoß gegen die Aufbewahrungspflicht liegt zum einen schon darin, daß die Gewebeproben nicht standardgemäß gelagert worden sind. Eine Lagerung in Plastiksäcken entspricht und entsprach auch 1994 evident nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Lagerung. Gesichert werden die Befundträger durch eine solche Lagerung schon deshalb nicht, weil die Gefahr besteht, daß der Plastiksack reißen und das Präparat herausfallen kann. [...]

Der Senat geht auch davon aus, daß dem verstorbenen Prof. Dr. ... und dem Beklagten zu 3) der Verlust / die Nichtvorlage der Gewebeproben anzulasten ist. Bei der Lagerung von Gewebeproben handelt es sich nach Auffassung des Senats um ein sogenanntes voll beherrschbares Risiko (vgl. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 8. Aufl. Rn. 500; Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. Rn. 124; Geiß/Greiner Rn. B 214 jeweils m.w.N.). Können tatsächlich erhobene Befunde oder Befundträger nicht mehr vorgelegt werden, so muß die Behandlungsseite darlegen und beweisen, daß sie diesen Umstand nicht verschuldet hat. Ist der Verbleib von Befundträgern ungeklärt, so geht dies grundsätzlich zu Lasten des Arztes.

Der Beklagte zu 3) hat nicht dargelegt und bewiesen, warum von diesem Grundsatz zur Befundsicherung eine Ausnahme zu machen ist, d.h. er hat nicht bewiesen, daß die Nichtvorlage der Befundträger für ihn unverschuldet ist. Der Beklagte zu 3) hat nicht bewiesen, daß die drei in Betracht kommenden (Ausnahme-)Möglichkeiten (evtl. Einbruch am 1.2.1996, 1. Brand am 7.3.1996, 2. Brand am 2.6.1997) nicht in den Verantwortungsbereich von Prof. Dr. ... gefallen sind. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn der Einbruch von fremden Personen verübt oder die Brände durch dritte Personen oder infolge sogenannter höherer Gewalt verursacht worden wären. Daß diese Möglichkeiten bestehen, ist denkbar, jedoch ist dies – wegen der Ausnahme von dem zuvor erwähnten Grundsatz zur Befundsicherung – von demjenigen zu beweisen, der sich – wie der Beklagte zu 3) – auf einen solchen Ausnahmetatbestand beruft. Dies gilt insbesondere dann, wenn es

Verdachtsmomente gibt, daß derjenige, der sich auf solche Ausnahmetatbestände beruft, diese selbst veranlaßt oder verursacht haben könnte. Daß diese Verdachtsmomente gegen Prof. Dr. ... bestanden haben, ist dem Entwurf der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft [...] zu entnehmen. Unmittelbar nachdem der niedergelassene Gynäkologe Dr. ..., der eine auffällige Häufung von positiven Krebsdiagnosen bemerkt hatte, am 31.1.1996 [...] Gewebeproben von dem verstorbenen Prof. Dr. ... herausverlangt hatte, soll [...] ein nicht näher konkretisierter Einbruch stattgefunden haben. [...] Objektive Anzeichen dafür, daß [...] in das Institut für Pathologie eingebrochen worden sein soll, bestehen nicht.

Daß [...] der Brand [...] durch Fremdeinwirkung oder durch sogenannte höhere Gewalt verursacht worden sein soll, hat der Beklagte zu 3) nicht bewiesen. [...] Der Senat hält es nur für theoretisch denkbar, daß der Brandanschlag von außen erfolgt sein soll. Auch ein Einbruch und eine mögliche Entwendung von Präparaten, wie dies Prof. Dr. ... in der Strafanzeige [...] behauptet hat, hält der Senat aus den vorgenannten Gründen und auf Grund der Tatsache, daß die Zugangstür zur Pathologie [...] durch die Feuerwehr gewaltsam geöffnet werden mußte [...] ebenfalls für nur theoretisch denkbar.

Zum anderen liegt ein Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht darin, daß der verstorbene Prof. Dr. ... nach dem Brand nicht die gebotenen Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf die Präparate getroffen hat.

Unstreitig sind durch die NWG Klinik – EntsorgungskG in ... Körperteile und Organabfälle nach dem Brand [...] entsorgt worden. Dabei sind die Leistungsnachweise von Mitarbeitern des Prof. Dr. ... als Auftraggeber unterzeichnet worden. [...]

Nachweise dafür, daß nach dem Brand [...] die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf die Gewebeprobe getroffen worden sind, haben Prof. Dr. ... und der Beklagte zu 3) nicht erbracht. Der Sachverständige Prof. Dr. ... hat überzeugend dargelegt, daß nach einem Brand eine Rekonstruktion in Bezug auf die Präparate versucht werden muß. Man müsse die vorhandenen Präparate sichern, um dem Standard zur Befundsicherung nachzukommen. Daran fehlt es.

Die Beweislast dafür, daß die im März 1992 und im Dezember 1994 erstellten Befunden „duktales Mammakarzinom“ jeweils nicht behandlungsfehlerhaft waren, trägt der Beklagte zu 3) schon deshalb, weil er den zweifachen Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht, welche hier aus den zuvor erwähnten Gründen als sogenanntes voll beherrschbares Risiko einzustufen ist, zu verantworten hat.

Die Beweislast dafür, daß die Gut- oder Bösartigkeit der Gewebeprobe nicht mehr geklärt werden kann, trägt der Beklagte zu 3) darüber hinaus auch deshalb, weil der Senat beide Verstöße gegen die Befundsicherungspflicht als grobe Behandlungsfehler wertet. Die Annahme eines groben Behandlungsfehlers setzt die Feststellung voraus, daß 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 (BGHZ 138, 1, 6 = NJW 1998, 1780, 1781 = VersR 1998, 457, 458 m.w.N.; Senat, Urt. v. 6.12.1999 – 3 U 86/99 -, VersR 2001, 593, 594). Bei der Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler als grob einzustufen ist, handelt es sich um eine durch den Senat vorzunehmende juristische Wertung. Diese Wertentscheidung hat auf tatsächlichen Anhaltspunkten zu beruhen, die sich in der Regel aus der medizinischen Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen ergeben (BGH a.a.O.).

Eine Sicherung der Gewebeprobe in Plastiksäcken wertet der Senat deshalb als groben Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht, weil die Gefahr des Abhandenkommens, sei es zum Beispiel durch Zerreißen der Plastiksäcke, sei es durch Zerstörung der hier in Rede stehenden Art, erkennbar erhöht und dadurch die Aufklärung des Behandlungsverlaufs besonders erschwert wird. Der erfahrene Sachverständige Prof. Dr. ... hat diese nicht mehr verständliche Lagerung auch überzeugend damit begründet, daß ihm kein Institut bekannt sei, das eine solche Lage-

rung in Plastiksäcken vornehme und auch im Jahr 1994 nicht vorgenommen habe.

Die mangelnden Sicherungsmaßnahmen nach dem Brand [...] sind erst Recht als grober Verstoß gegen die medizinische Befundsicherungspflicht zu werten. Insoweit hat der Sachverständige eindrucksvoll ausgeführt, daß es für ihn „eine schlimme Vorstellung“ wäre, wenn nach einem Brand – ohne den Versuch einer Rekonstruktion – die Entsorgung durch eine Entsorgungsfirma angeordnet und vollzogen würde.

Das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers führt grundsätzlich zur Umkehr der Beweislast. Nur ausnahmsweise kann auch bei Annahme eines groben Behandlungsfehlers eine Beweislastumkehr ausgeschlossen sein, wenn es gänzlich unwahrscheinlich ist, daß der Fehler zum Schadenseintritt beigetragen hat (BGHZ 138, 1 = NJW 1998, 1780 = VersR 1998, 457). Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast sind erst dann ausgeschlossen, wenn ein jeglicher Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist (BGH NJW 1997, 796 = VersR 1997, 362). Es ist nicht gänzlich unwahrscheinlich, daß die aus den zweifachen Verstößen gegen die Befundsicherungspflicht abzuleitenden Fehlbehandlungen dazu beigetragen haben, daß der Klägerin beide Brüste amputiert worden sind. Vielmehr ist eher davon auszugehen, daß die Gewebeprobe tatsächlich nicht bös-, sondern gutartig gewesen sind. Die Mammographie [...] zeige beidseits [...] eine fibrozystische Mastopathie ohne Malignom-Nachweis. Ausweislich des Berichtes des Radiologen [...] war zum schriftlichen Vorbefund aus dem Jahr 1992 keine wesentliche Befundänderung festgestellt worden. Die klinische Untersuchung durch die behandelnde Frauenärztin Dr. ... hatte dagegen den Rat der Probeexcision zur Folge. Dieser Umstand aber macht einen bösartigen Tumor nur denkbar, ist dagegen nicht beweisend [...]. Weder der klinische Tastbefund, weder die Sonographie noch die Mammographie vermögen [...] die Diagnose eines Brustkrebs zu sichern. Auch der Gynäkologe kann grundsätzlich intraoperativ das Präparat nicht sicher hinsichtlich der Gut- oder Bösartigkeit einschätzen. Diese sichere Beurteilung muß der Befundung des Pathologen überlassen bleiben.

Auch der Umstand, daß bei der damals gerade 30jährigen Klägerin bis heute kein Rezidiv aufgetreten ist, spricht eher für die Annahme, daß bei der Klägerin kein duktales Mammakarzinom vorgelegen hat und läßt die Annahme der Gutartigkeit wahrscheinlicher erscheinen. Dies insbesondere deshalb, weil die Rezidivgefahr um so höher einzuschätzen ist, je jünger die befallene Patientin ist. [...]

Der Beklagte zu 3) ist verpflichtet, der Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen. Die physi-

schen und psychischen Leiden der Klägerin können nicht mit einer bestimmten Geldsumme ausgeglichen werden. Die gemäß § 847 BGB zuzusprechende „billige Entschädigung in Geld“ muß der Höhe nach allerdings die schweren Beeinträchtigungen widerspiegeln. Dabei hat der Senat insbesondere berücksichtigt, daß die Klägerin sich mit gerade 30 Jahren dem ersten Eingriff unterziehen mußte, starke Angst um ihr Leben haben mußte, sich etwa sieben Monate später mit dem gleichen Krankheitsbild konfrontiert sah und auch die zweite Brust opfern mußte.

Sie hat zwei große Operationen mit Entfernung der Lymphknoten über sich ergehen lassen müssen. Als recht junge Frau hat sie beide Brüste verloren und muß bis an ihr Lebensende Prothesen mit den dadurch gegebenen gesundheitlichen Risiken tragen. Den damit verbundenen physischen und psychischen Beeinträchtigungen ist die Klägerin ein Leben lang ausgesetzt.

Insgesamt hält der Senat ein Schmerzensgeld von 250.000,- DM für angemessen. Dabei weist der Senat darauf hin, daß die Gerichte nicht gemäß § 308 ZPO an die Begehrensvorstellungen der klagenden Partei gebunden sind (hier 120.000,- DM), sondern diese bei einem unbezifferten Schmerzensgeldantrag auch deutlich überschreiten dürfen (BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; von Gerlach, VersR 2000, 525, Senat Ur. v. 24.1.2001, NJW 2001, 3417). Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist wegen der umfassenden Haftung des Beklagten zu 3) sowohl wegen der zukünftigen materiellen als auch wegen der zukünftigen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden begründet.

Anmerkung der Redaktion:

Das Urteil ist aus zwei Gründen bemerkenswert:

Zum einen wird der Klägerin ein recht hohes Schmerzensgeld zugesprochen, nämlich 250.000,- DM (doppelt so viel wie beantragt), ohne dass die Geltendmachung weiterer Schäden ausgeschlossen wird.

Zum anderen wird eine Umkehr der Beweislast angenommen, weil der die Gewebeproben durchführende Arzt die Befunde nicht ordnungsgemäß aufbewahrt und ausreichend gesichert hat. Deshalb konnte nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden, ob tatsächlich eine bösartige Tumorerkrankung vorgelegen hat. Die Zweifel gehen zu Lasten des Arztes.