

Ludwig Kroiß [Hrsg.]

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

# FormularBibliothek Zivilprozess

Muster | Erläuterungen | Praxishinweise

Arbeitsrecht | Erbrecht | Familienrecht | Gesellschaftsrecht | Mietrecht  
Nachbarrecht | Privates Baurecht | Sachenrecht | Schadenrecht | Schuldrecht  
Verkehrszivilrecht | Versicherung | WEG-Recht | Wettbewerbsrecht

4. Auflage



Nomos



Deutscher **Anwalt** Verein

Prof. Dr. Ludwig Kroiß [Hrsg.]

# FormularBibliothek

# Zivilprozess

Muster | Erläuterungen | Praxishinweise

## 4. Auflage

**Dr. Anja Birkenkämper**, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach | **Dr. Walter Boeckh**, Rechtsreferent der Stadt Regensburg | **Dr. Christian Breuer**, Rechtsanwalt, München | **Dr. Patrick Bruns**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht, Baden-Baden | **Dr. Anton Burger**, Richter am Landgericht, Traunstein | **Dr. Hans-Joachim David**, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht, Münster | **Katharina Fauser**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verkehrsrecht, Stuttgart | **Christian Janeczek**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verkehrsrecht und für Strafrecht, Dresden | **Dr. Jens Kröger**, LL.M., Richter am Landgericht, München | **Prof. Dr. Ludwig Kroiß**, Präsident des Landgerichts, Traunstein | **Dr. Michael Jean Kummermehr**, Solicitor (England & Wales), Rechtsanwalt, Berlin | **Annette Kunz**, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht, Fachanwältin für Steuerrecht, Neukirchen a. Teisenberg | **Frank Michel**, Rechtsanwalt, Mannheim | **Dr. Sven Oehme**, Richter am Arbeitsgericht, Augsburg | **Dr. Stefan Poller**, Richter am Amtsgericht, Laufen | **Oskar Riedmeyer**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verkehrsrecht, München | **Dr. Thomas Rütten**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach | **Dr. Niki Ruge**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht | **Dr. Gerolf Sonntag**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach | **Artur Teichmann**, Rechtsanwalt, Mannheim | **Matthias Teichner**, Rechtsanwalt, Hamburg | **Dr. Marco Tyarks**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Hamburg | **Dorothee Wisselmann**, Rechtsanwältin, München | **Kathrin Zittel**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht, Berlin | **Finn Zwißler**, Rechtsanwalt, München



**Nomos**

**Hinweis zur Onlinenutzung:** Das Zugangsrecht zu diesem Werk ist eine zeitlich begrenzte Serviceleistung des Verlages, die automatisch mit Erscheinen der nächsten Auflage endet.

**Zitiervorschlag:** FormBib-Z BauR/*Bearbeiter* § ... Rn. ...

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

ISBN 978-3-8487-7864-5

**Hinweis:**

Die Muster der FormularBibliothek Zivilprozess sollen dem Benutzer als Beispiele und Arbeitshilfen für die Erstellung eigener Schriftsätze dienen.

Sie wurden mit größter Sorgfalt von den Autoren erstellt. Gleichwohl bitten Autoren und Verlag um Verständnis dafür, dass sie keinerlei Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Muster übernehmen.

4. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Teil 3 Arzthaftungsrecht

**Literatur:** *Bergmann/Pauge/Steinmeyer* (Hrsg), Gesamtes Medizinrecht, 3. Aufl. 2018 (zitiert: NK-MedR); *Bergmann/Wever*, Die Arzthaftung, 4. Aufl. 2014; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014; *Ehlers/Brogli*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2014; *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018; *Fuhrmann/Fleischfresser*, Arzneimittelrecht, 2. Aufl. 2014; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014 (zitiert: ArzthaftpflichtR); *Hacks/Ring/Böhm*, Schmerzensgeldbeträge, 38. Aufl. 2019; *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 9. Aufl. 2018; *Jorzig* (Hrsg), Handbuch Arzthaftungsrecht, 2018; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 13. Aufl. 2020 ; *Kullmann/Bischoff/Dressler*, Arzthaftpflicht-Rechtsprechung, Loseblattsammlung; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015; *Laufs/Kern/Rebborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019 (zitiert: ArztR-HdB); *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Fallgruppenkommentar, 5. Aufl. 2018; *Quaas/Zuck/Clemens* Medizinrecht, 4. Aufl. 2018 (zitiert: MedR); *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015; *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2021, 17. Aufl. 2020; *Spickhoff*, Medizinrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2018; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 14. Aufl. 2018; *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch*, Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2008; *Terbille*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2013 (zitiert: MAH MedR); *Wenzel*, Der Arzthaftungsprozess, 2012; *ders.*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 4. Aufl. 2019.

### § 1 Vorbemerkungen zum Mandat im Arzthaftungsrecht

Die Übernahme eines Mandates aus dem Bereich des **Arzthaftungsrechts** muss, wenn man nicht auf die Bearbeitung derartiger Schadenfälle spezialisiert ist, aus verschiedenen Gründen gut überlegt sein. Dies gilt in einem besonderen Maße für den Fall, dass man auf der Seite des Anspruchstellers, also des (vermeintlich) infolge eines **Behandlungsfehlers** oder einer unzureichenden Aufklärung geschädigten Patienten, tätig wird. Die Mandanten suchen den Rechtsanwalt in den Fällen, in denen es um den Vorwurf der Falschbehandlung geht, zumeist lediglich mit einem Anfangsverdacht auf; sie hegen aufgrund eines ungewöhnlichen Behandlungsverlaufes oder eines bestimmten Zwischenfalls den Verdacht, das Opfer einer ärztlichen Falschbehandlung zu sein. In der Mehrzahl der Fälle sind Komplikationen und Zwischenfälle, die in einer „Grauzone“ liegen, der Auslöser für die Konsultation eines Rechtsanwaltes: Die jeweilige Komplikation und die damit verbundene Gesundheitsschädigung (zB schwere Infektion, Blutung, Nervenschädigung, Narkosezwischenfall, Todesfall) kann durchaus die Folge einer Falschbehandlung sein. Dem muss indes keineswegs zwingend so sein, denn auch eine sorgfältige bzw. standardgemäße und damit fehlerfreie Behandlung kann mit einem solchen Zwischenfall einhergehen und denselben Gesundheitsschaden verursachen. Nur in einer sehr geringen Anzahl von Fällen, die an einen Rechtsanwalt auf der Aktivseite herangetragen werden, ist der Behandlungsfehler und damit der Haftungsgrund offensichtlich (beispielsweise Seitenverwechslung oder vergessener Fremdkörper). Anlass für die Konsultation eines Rechtsanwaltes kann aber schließlich auch sein, dass während des Eingriffs oder im Laufe der weiteren Behandlung eine Komplikation aufgetreten ist, auf die der Mandant – jedenfalls seiner Erinnerung nach – vor der zumeist operativen Behandlung nicht hingewiesen worden war. Der Mandant wirft dem verantwortlichen Arzt in einem solchen Fall die Verletzung der präoperativen **Aufklärungspflicht** vor und wünscht deshalb die Prüfung der Frage, ob sich die Behandlerseite deshalb ihm gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat. Der Vorwurf der Verletzung der Aufklärungspflicht kann sich dabei auch auf Behandlungen beziehen, die nach einem invasiven Eingriff erfolgten. Zumeist geht es dann um die Frage, ob der verantwortliche Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht verletzt hat.

Im Regelfall stehen die Mandanten mit relativ „leeren Händen“ da, was die Fakten betrifft, auf denen der Vorwurf der ärztlichen Falschbehandlung beruht. Diese Fakten, also einerseits die **Krankenunterlagen** über die fragliche Behandlung, aus denen sich unter Umständen der Vorwurf der angeblichen Falschbehandlung oder aber der unzureichenden Aufklärung ergeben soll, und andererseits die Feststellung der **Regelwidrigkeit der Behandlung**, die sich bei einem Verdacht

auf Falschbehandlung beispielsweise aus der einschlägigen medizinischen Fachliteratur oder seit geraumer Zeit aus **Leitlinien** ergeben kann, trägt der Mandant regelmäßig nicht bei sich, wenn der Rechtsanwalt aufgesucht und um Rat gefragt oder sogleich um die Interessenvertretung im außergerichtlichen Bereich gebeten wird. Um das Beibringen der relevanten Tatsachen, also um die umfassende Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes sowohl in juristischer als auch vor allem in medizinischer Hinsicht, muss sich der Rechtsanwalt in der Regel selbst bemühen. Hierzu sollte man deshalb bereit und in der Lage sein, wenn man ein derartiges, zumindest im tatsächlichen Bereich anspruchsvolles Mandat übernimmt.

- 3 Nicht ratsam ist es, als eines der ersten Mandate im Bereich des Arzthaftungsrechts auf Patientenseite die Bearbeitung eines medizinischen **Großschadens**, etwa eines Geburtsschadens, zu übernehmen. Zwar steht bei einem solchen Schadensfall ein hoher Gegenstandswert im Raume, so dass mit einem entsprechend hohen Gebührenaufkommen gerechnet werden kann. Allerdings erfordert die Bearbeitung eines solchen Medizinschadensfalles ein umfangreiches Wissen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Deshalb sollte man auf einige Erfahrung im Arzthaftungsrecht zurückgreifen können, wenn man ein solches Mandat übernimmt. Der Haftungsgrund kann in diesen Fällen regelmäßig nur dadurch geklärt werden, dass zwei medizinische Sachverständigengutachten eingeholt werden. Ein geburtshilflicher Sachverständiger muss zuallererst der Frage nachgehen, ob die Schwangerschaft und schließlich die Geburt des geschädigten Kindes mit der erforderlichen Sorgfalt bzw. dem maßgeblichen Standard entsprechend überwacht bzw. durchgeführt wurden oder ob, und wenn ja in welchem Moment und in welchem Maße, hierbei von einem der Verantwortlichen fahrlässig gehandelt wurde. Sodann muss mithilfe eines neuropädiatrischen Sachverständigen die Kausalitätsfrage geklärt werden, mithin gilt es gutachterlich abzuklären, ob die Schäden des Kindes aus den zuvor festgestellten Fehlern, die dem verantwortlichen Arzt im Laufe der Schwangerschaft der Mutter oder dem Geburtshelfer unterlaufen sind, resultieren (können). Die Vorbereitung dieser Begutachtungen, aber auch ihre Überwachung und Auswertung, erfordert viel Können und Erfahrung. Nichts anderes gilt aber auch in solchen Fällen für die Berechnung des materiellen Schadens, zB der vermehrten Bedürfnisse. Auch diese anwaltlichen Tätigkeiten sind recht kompliziert und aufwändig und sie gehen mit dem erhöhten Risiko einher, Schadensposten zu übersehen. Hinzu kommt der Zeitfaktor, weshalb nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden darf, dass es sich bei einem solchen Schadensfall aufgrund des Vergütungsaufkommens am Ende um ein wirtschaftlich besonders interessantes Mandat handelt. Die Bearbeitung eines Geburtsschadensfalles nimmt nicht selten einen Zeitraum von drei bis fünf, so manches Mal sogar von bis zu zehn Jahren in Anspruch, so dass man eher Gefahr läuft, bei der Bearbeitung eines solchen Schadensfalles in die Unwirtschaftlichkeit zu geraten. Allein aus haftungsrechtlichen Gründen sollte man es sich deshalb genau überlegen, ob es wirklich sinnvoll und vertretbar ist, ein solch von vornherein besonders kompliziertes Mandat zu übernehmen. Hinzu kommt das berechnete Interesse der Mandantschaft daran, gerade in solchen Fällen, in denen mehr oder weniger die Existenz einer ganzen Familie bedroht ist, optimal anwaltlich vertreten zu werden. Aber auch Schadensfälle, bei deren Bearbeitung man mit Fragen des **Arzneimittelrechts** oder beispielsweise des **Medizinproduktrechts** in Berührung kommt, sollten vielleicht nicht gerade zu den ersten Mandaten aus dem Bereich des Arzthaftungs- bzw. Medizinrechts gehören, derer man sich als relativ unerfahrener Rechtsanwalt auf diesem Rechtsgebiet annimmt. Diese Empfehlung erfolgt im Übrigen losgelöst von der Frage, ob man über den Titel „Fachanwalt für Medizinrecht“ verfügt oder nicht.
- 4 Schließlich muss bedacht werden, dass die Bearbeitung von Arzthaftpflichtfällen auf Patientenseite häufig damit einhergeht, dass man sich nicht auf die Rolle des rein anwaltlichen Beraters und Interessenvertreters beschränken kann. Besteht die Schädigung zB darin, dass der Mandant einen erheblichen **Dauerschaden** davongetragen hat, wie etwa eine **Querschnittslähmung**, oder dass eine Erkrankung an **Krebs** zu spät erkannt wurde, so dass der Mandant (deshalb) alsbald

vorzeitig versterben wird, dann sind Gespräche mit Mandanten für den Anwalt selbst nicht nur belastend, sondern sie können von Fall zu Fall einen regelrechten therapeutischen Charakter haben. Nicht selten gerät der Anwalt bei diesen Gesprächen in die Situation, dass er im Grunde genommen das nachholt, was die verantwortlichen Ärzte bei der Behandlung des Mandanten zusätzlich versäumt haben. Immer wieder beklagen Mandanten, dass die verantwortlichen Ärzte ihnen ausgewichen wären, als sie nach einem Zwischenfall Fragen hatten. Bei diesen Fragen geht es regelmäßig nicht etwa um die „Schuldfrage“, sondern darum, den Ablauf der Ereignisse erläutert zu bekommen, um sie so gut es geht nachvollziehen zu können. Natürlich wünschen sich so manche Geschädigten darüber hinaus, dass der verantwortliche Arzt von Fall zu Fall auch einmal sein Bedauern über einen komplizierten Behandlungsverlauf oder über ein unbefriedigendes Operationsergebnis zum Ausdruck bringt, was nur in ganz seltenen Fällen geschieht. Nach allem stellt gerade das Verhalten des verantwortlichen Arztes nach einem Zwischenfall einen wesentlichen Grund dafür dar, weshalb sodann ein Rechtsanwalt eingeschaltet wird. Mit Mandanten muss schließlich auch gelegentlich über deren baldigen Tod und in diesem Zusammenhang über damit verbundene nützliche Regelungen wie beispielsweise das Aufsetzen einer **Betreuungsvollmacht** und eines **Patiententestaments** gesprochen werden. Hierzu sollte man bereit und in der Lage sein, wenn man das Mandat eines gesundheitlich schwer geschädigten Auftraggebers übernimmt. In extremen Fällen muss man zu guter Letzt darauf eingestellt sein, dass man mit Rechtsfragen der Sterbehilfe konfrontiert wird.

Ist demgegenüber der Auftraggeber der in Anspruch genommene Arzt oder dessen Haftpflichtversicherung, dann muss man sich nach Ansicht des Verfassers nicht so viele Gedanken darüber machen, ob man sich die ordnungsgemäße Bearbeitung des Mandats zutraut. So muss man sich weder um die Beschaffung der erforderlichen Krankenunterlagen noch um die Beibringung der für die Fallbearbeitung erforderlichen Informationen, vor allem um die Klärung der relevanten medizinischen Fragen – bis hin zur Einholung eines Privatgutachtens – übermäßige Gedanken oder gar Sorgen machen. Der Versicherer der Ärzteseite verfügt in der Regel sowohl über qualifizierte Sachbearbeiter als auch über beratende Ärzte, so dass sich der eingeschaltete Rechtsanwalt von vornherein auf die Arbeit als „reiner“ Rechtsberater und Parteivertreter konzentrieren kann. Hinzu kommt, dass der eigene Mandant selbst Arzt ist und deshalb auch mit medizinischem Wissen behilflich sein kann. Die Beauftragung eines Rechtsanwaltes auf Seiten des in Anspruch genommenen Arztes oder Krankenhausträgers erfolgt im Übrigen höchst selten bereits im außergerichtlichen Bereich. Die vorgerichtliche Korrespondenz wird in der Regel von der jeweiligen Haftpflichtversicherung erledigt. Ein Rechtsanwalt wird in Arzthaftungsfällen auf der Passivseite grundsätzlich erst in dem Moment eingeschaltet, wenn Klage vom Patienten erhoben wurde, wobei die Person des Rechtsanwaltes wiederum regelmäßig von der Versicherung bestimmt wird.

Aus den dargelegten Gründen sind die folgenden Ausführungen vor allem an diejenigen Kollegen gerichtet, die (erstmalig) das Mandat eines Patienten übernehmen, der einem Arzt und/oder einem Krankenhaus eine Falschbehandlung oder aber eine unzureichende Aufklärung und eine hierdurch bedingte Gesundheitsschädigung vorwirft und deshalb die Prüfung oder sogleich die Geltendmachung von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen wünscht.

§ 2 Das Mandat im Arzthaftungsrecht

A. Vorprozessuale Situation .....	7	VI. Korrespondenz mit der Rechts-	
I. Anspruchsgrundlagen .....	7	schutzversicherung .....	53
II. Die Beratung des geschädigten		1. <i>Muster</i> : Anforderung der	
Patienten .....	17	Deckungszusage .....	59
III. Muster zur Erstberatung .....	25	2. <i>Muster</i> : Abrechnungsschreiben .	60
1. <i>Muster</i> : Mandatsbestätigung ....	25	VII. Schreiben an vor- und nachbehandelnde Ärzte .....	61
2. <i>Muster</i> : Schriftliche Beratung	26	1. <i>Muster</i> : Anforderung von	
IV. Außergerichtliche Tätigkeit .....	27	Patientenunterlagen „alio loco“	67
1. Anrufung von Schlichtungsstelle		2. <i>Muster</i> : Anforderung von	
und Gutachterkommission .....	29	Patientenunterlagen und eines	
2. Prüfung der Erfüllung von		Befundberichts .....	68
ärztlichen Aufklärungspflichten	30	VIII. Schreiben an die Krankenkasse des	
3. Einschaltung der Krankenkasse .	31	Mandanten .....	69
a) Unterstützung durch die		1. Gesetzliche Krankenkassen .....	69
Regressabteilung .....	31	2. Private Krankenkassen .....	70
b) Besonderheiten bei Zahnbehandlungen .....	32	3. Reaktion der beteiligten	
4. Privatgutachten .....	33	Haftpflichtversicherung .....	71
5. Selbstständiges Beweisverfahren	34	4. Regelung der Kosten der	
V. Muster zur Mandatsübernahme ...	35	Korrespondenz mit der	
1. <i>Muster</i> : Mandatsbestätigung		Krankenversicherung .....	72
(außergerichtlicher Bereich) .....	35	5. <i>Muster</i> : Schreiben an die	
2. Allgemeiner Mandantenfragebogen .....	36	Regressabteilung der	
<i>Muster</i> : Mandantenfragebogen .	37	Krankenkasse .....	73
3. Fragebogen zur Ermittlung der		IX. Korrespondenz mit der	
Schadensersatz- und Schmerzengeldansprüche in Arzthaftungsangelegenheiten .....	38	gegnerischen Haftpflichtversicherung .....	74
<i>Muster</i> : Fragebogen zur		1. Besonderheiten bei Zahnbehandlung und kosmetischer	
Ermittlung der Schadensersatz- und Schmerzengeldansprüche ..	39	Chirurgie .....	75
4. <i>Muster</i> : Entbindungserklärung		2. Einholung eines Sachverständigen-	
von der Schweigepflicht im		gutachtens .....	77
außergerichtlichen Bereich .....	40	3. <i>Muster</i> zur Korrespondenz mit	
5. Schreiben an den Anspruchs-		der gegnerischen Haftpflicht-	
gegner .....	41	versicherung .....	80
a) Anfordern der Krankenun-		a) <i>Muster</i> : Schreiben an die	
terlagen .....	43	gegnerische Haftpflicht-	
aa) Röntgenaufnahmen .....	45	versicherung mit der Auffor-	
bb) Duplikate .....	46	derung, die Schadensersatz-	
cc) Bezeichnung der		pflicht dem Grunde nach	
Vorwürfe im Anspruchs-		anzuerkennen .....	80
schreiben .....	47	b) <i>Muster</i> : Schreiben an die	
b) Einsehen der Originalun-		gegnerische Haftpflicht-	
terlagen .....	49	versicherung mit der Auffor-	
c) Geltendmachung eines		derung, einem Gutachterver-	
weitergehenden Auskunfts-		fahren zuzustimmen .....	81
anspruchs .....	50	c) <i>Muster</i> : Schreiben an die	
d) <i>Muster</i> : Anspruchsschreiben		gegnerische Haftpflicht-	
an den behandelnden Arzt ...	51	versicherung mit der	
e) <i>Muster</i> : Anspruchsschreiben		Unterbreitung eines	
an das Krankenhaus .....	52	Vergleichsvorschläges .....	82

X. Schlichtungsantrag bzw. Antrag auf Entscheidung der Gutachterkommission .....	83	c) Vergleich bei minderjähriger Mandantschaft .....	106
1. Anrufung der Schlichtungsstelle oder Gutachterkommission .....	83	d) Vergleich unter Vorbehalt ....	107
2. Durchführung des Verfahrens ...	86	3. Muster zum Vergleich .....	108
a) Einverständnis der Gegenseite .....	87	a) <i>Muster</i> : Vorbehaltloser Vergleich im außergerichtlichen Bereich .....	108
b) Einreichung von Unterlagen .	88	b) <i>Muster</i> : Vergleich unter Vorbehalt .....	109
c) Angaben zur Höhe der Ansprüche .....	89	<b>B. Prozess</b> .....	110
d) Belehrung des Mandanten in der Stellungnahme .....	90	I. Klage auf Einsichtnahme .....	110
3. Vor- und Nachteile des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle oder Gutachterkommission .....	91	1. Vorbereitung .....	110
4. Auswirkung des vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens auf den Arzthaftungsprozess .....	94	2. Zuständigkeit und Streitwert ....	111
5. Schlichtungsverfahren in Fällen fehlerhafter Zahnbehandlung ...	95	3. Besonderheiten der Vollstreckung .....	112
6. Muster zum Verfahren vor der Schlichtungsstelle oder Gutachterkommission .....	96	4. <i>Muster</i> : Klage auf Einsichtnahme in Krankenunterlagen .....	113
a) <i>Muster</i> : Antrag bei der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen .....	96	II. Selbstständiges Beweisverfahren ...	114
b) <i>Muster</i> : Widerspruch gegen das Ergebnis eines Schlichtungsverfahrens .....	97	1. Anwendbarkeit in Arzthaftungsstreitigkeiten .....	114
c) <i>Muster</i> : Antrag auf Durchführung eines Verfahrens vor der Gutachterkommission .....	98	2. Kosten .....	117
d) <i>Muster</i> : Antrag auf Kommissionsentscheid .....	99	3. Zeitaufwand .....	118
e) <i>Muster</i> : Antrag auf Begutachtung und Schlichtung wegen zahnärztlicher Falschbehandlung .....	100	4. Vorherige Verständigung mit der Gegenseite .....	119
f) <i>Muster</i> : Schreiben an die gegnerische Haftpflichtversicherung nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens bzw. eines Verfahrens bei der Gutachterkommission mit der Aufforderung, den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach anzuerkennen ..	101	5. Anlagen zum Antrag .....	122
XI. Der Vergleich .....	102	6. Auswertung des Gutachtens ....	123
1. Allgemeines .....	102	7. Muster zum selbstständigen Beweisverfahren .....	124
2. Besprechung des Inhalts mit dem Mandanten .....	103	a) <i>Muster</i> : Antrag auf Beweissicherung 1 .....	124
a) Generalquittung .....	104	b) <i>Muster</i> : Antrag auf Beweissicherung 2 .....	125
b) Einkommenschaden .....	105	c) <i>Muster</i> : Eidesstattliche Versicherung .....	126
		d) <i>Muster</i> : Entbindungserklärung von der Schweigepflicht im Gerichtsverfahren .	127
		III. Klage auf Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld .....	128
		1. Die Erfolgsaussichten einer Klage .....	128
		2. <i>Muster</i> : Klage wegen Schmerzensgeld und Schadensersatz	144
		3. <i>Muster</i> : Klage wegen Arzthaftpflicht .....	145
		IV. Antrag auf Abänderung und/oder Ergänzung des Beweisbeschlusses ..	146
		V. Stellungnahme zum Sachverständigengutachten (Ergänzungsgutachten) und Antrag auf Anhörung des Sachverständigen	150



1. Das Sachverständigengutachten	150	2. <i>Muster</i> : Strafanzeige und Strafantrag gegen Unbekannt	175
2. <i>Muster</i> : Stellungnahme zum Sachverständigengutachten	..... 155	VIII. Beschwerdeschreiben an die zuständige Ärztekammer und/oder Aufsichtsbehörde	..... 176
3. <i>Muster</i> : Stellungnahme zum Sachverständigengutachten	..... 156	1. Allgemeines	..... 176
VI. Berufung	..... 157	2. <i>Muster</i> : Schreiben an die Ärztekammer	..... 182
1. Das Berufungsverfahren	..... 157	3. <i>Muster</i> : Beschwerdeschreiben an die Approbationsbehörde	.... 183
2. <i>Muster</i> : Berufungsschrift	..... 165		
3. <i>Muster</i> : Berufungsschrift	..... 166		
VII. Strafanzeige und Strafantrag?	..... 167		
1. Allgemeines	..... 167		

## A. Vorprozessuale Situation

### I. Anspruchsgrundlagen

- 7 Nachdem sich mit dem Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften im Jahre 2002 die Arzthaftung von der Systematik her vom Deliktsrecht in das vertragliche Haftungsrecht verlagert hatte, wurden mit dem Patientenrechtegesetz, das am 26.2.2013 in Kraft trat, die bis dahin vom BGH entwickelten Grundsätze des Arzthaftungs- und Behandlungsrechts in einem neuen Untertitel „Behandlungsvertrag“ als Vorschriften im BGB aufgenommen.<sup>1</sup> Ziel des Gesetzgebers war es, transparente gesetzliche Regelungen zu schaffen, um auf diese Weise die Situation für die Behandlerseite und für die Patienten im Hinblick auf Rechtssicherheit zu verbessern. Darüber hinaus war in den Motiven des Gesetzgebers davon die Rede, dass man mithilfe des Gesetzes die Patienten auf Augenhöhe mit den Ärzten bringen wollte.<sup>2</sup> Schließlich kam der Gesetzgeber mit dem Patientenrechtegesetz, soweit mit diesem Artikelgesetz neue Vorschriften im BGB aufgenommen wurden, einer entsprechenden Empfehlung des Europarates nach.<sup>3</sup> In der Bevölkerung entstand bei Einführung des Gesetzes der Eindruck, dass sich die Situation eines falsch behandelten oder anderweitig geschädigten Patienten durch das Gesetz gegenüber der Situation in der Vergangenheit maßgeblich verbessert hätte, vor allem im Zusammenhang mit der Kausalitätsfrage. Innerhalb der Ärzteschaft wiederum kam die Befürchtung auf, dass sich das Haftungsrisiko für Ärzte mit dem Gesetz erhöhen würde. Bei genauer Betrachtung ist all dem indes ganz überwiegend nicht so. Der Hauptunterschied, der durch die Verabschiedung des Gesetzes eingetreten ist, besteht allein darin, dass das vom BGH in mehreren Entscheidungen gestaltete Arzthaftungsrecht mit dem Patientenrechtegesetz im Bürgerlichen Gesetzbuch kodifiziert wurde.<sup>4</sup>
- 8 Der **Behandlungsvertrag** zwischen Arzt und Patient wurde seit jeher als **Dienstvertrag** eingestuft und hat mit der Schaffung des Patientenrechtegesetzes in § 630 a BGB nunmehr eine eigenständige Regelung erfahren.<sup>5</sup> Danach schuldet der Arzt das sorgfältige und fachgerechte Erbringen der vereinbarten Behandlung. Die Behandlung hat, so wurde es in § 630 a Abs. 2 ausdrücklich geregelt, nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen. Eine Behandlung, die dem Standard entspricht, setzt selbstverständlich auch voraus, ohne dass dies im Gesetz und in der Definition des Standards durch den BGH nachzulesen ist, dass die Behandlung medizinisch erforderlich („indiziert“) sein muss. Der Behandlungsvertrag kann im Einzelfall durchaus **werkvertragliche Elemente** enthalten, beispielsweise bei einem Vertragsverhältnis zwischen Zahnarzt und Patienten, der zum wesentlichen Inhalt die Anfertigung und Eingliederung von Zahnersatz (Kronen, Brücken usw.) hat. Gleichwohl bleibt auch

1 BGBl. 2013 Teil I; Nr. 9, S. 277.

2 Gesetzesentwurf der Bundesregierung in: BT-Drs. 17/10488, 1.

3 Council of Europe, Recommendation No. R (2000) 5, abrufbar unter: ><https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=3>

40437&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75<

4 Spickhoff Medizinrecht § 630 a Rn. 3 ff.

5 Katzenmeier NJW 2013, 817 (818).

ein solcher Vertrag, der scheinbar auf einen bestimmten Erfolg abzielt, ein Dienstvertrag im Sinne von § 630 a BGB, weshalb insgesamt eben kein bestimmter Heil- oder Behandlungserfolg geschuldet wird. Die in § 630 b BGB aufgenommene Bestimmung lässt hieran keinen Zweifel aufkommen; darin ist ausdrücklich davon die Rede, dass auf das Behandlungsverhältnis grundsätzlich die Vorschriften über das Dienstverhältnis Anwendung finden.

Die wichtigste Vertragspflicht des Arztes besteht zweifelsohne darin, den Patienten gem. § 630 a Abs. 2 BGB „standardgemäß“ zu behandeln. Der Standard bestimmt „*welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert dabei den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat*“.<sup>6</sup> Dabei hat der Patient selbstverständlich einen Anspruch darauf, dass in jeder Phase seiner Behandlung der jeweils maßgebliche Standard, bei dem es sich in der Regel um den Standard eines Facharztes handelt, eingehalten und beachtet wird. Für den Krankenhausbereich bedeutet dies, dass beispielsweise bei einer Operation entweder nur ein Facharzt tätig werden darf, oder aber, dass ein Assistenzarzt von einem Facharzt überwacht wird, der jederzeit korrigierend eingreifen können muss. Der Facharztstandard ist im Übrigen auch dann gewahrt, wenn ein Arzt tätig wird, der zwar offiziell noch kein Facharzt ist, der aber hinsichtlich des konkreten Eingriffs über die sog. Facharztreife verfügt.<sup>7</sup> Ist der Facharztstandard im konkreten Schadenfall nicht eingehalten worden, kommt seit Verabschiedung des Patientenrechtegesetzes die in § 630 h Abs. 4 BGB getroffene Regelung zum Tragen, wonach ein solcher Umstand im Falle einer Schädigung des Patienten zur Beweislastumkehr führt. In der Zeit davor ergab sich diese Beweislastumkehr aus entsprechenden Urteilen des BGH.

Eine weitere wesentliche Verpflichtung des verantwortlichen Arztes besteht gem. § 630 e BGB darin, den Patienten jederzeit umfänglich aufzuklären. Die in Haftungsfällen relevanteste Aufklärungspflicht betrifft die Risikoaufklärung vor invasiven Eingriffen. Eine **fehlerhafte Aufklärung** kann seit jeher und mit dem Patientenrechtegesetz nunmehr gem. §§ 630 e iVm 630 h Abs. 2 S. 1 BGB die **Haftung** des verantwortlichen Arztes bzw. Krankenhausträgers nach sich ziehen.<sup>8</sup>

Die möglichen Anspruchsgrundlagen im Bereich der Arzthaftung sind somit die §§ 630 a BGB ff. und daneben – nach wie vor – die §§ 280 ff. und 823 ff. BGB. Hinzu kommen Ansprüche aus Spezialgesetzen, wie beispielsweise dem Arzneimittelgesetz, dem Medizinproduktegesetz usw.

Die beiden letzten, für den Bereich der Arzthaftung relevanten Gesetzesänderungen, also sowohl das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften aus dem Jahre 2002 als auch das Patientenrechtegesetz aus dem Jahre 2013, haben an der Rechtswirklichkeit im Bereich der Arzthaftung nach einhelliger Ansicht nichts Grundlegendes geändert.<sup>9</sup> Dies gilt vor allem auch für die **Verteilung der Beweislast**. Der Patient, der Ansprüche wegen einer Falschbehandlung geltend macht, hat nach wie vor den Nachweis darüber zu erbringen, dass er einerseits tatsächlich falsch behandelt und andererseits hierdurch geschädigt wurde. Dasselbe gilt für die Behauptung darüber, dass ein aus medizinischer Sicht unnötiger Eingriff durchgeführt und der Patient hierdurch geschädigt wurde.<sup>10</sup> Demgegenüber trägt der Arzt weiterhin die Beweislast dafür, dass der Patient vor einem invasiven Eingriff rechtzeitig und richtig aufgeklärt wurde, wobei die Anforderungen an das Ausmaß und den Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht nunmehr in § 630 e BGB enthalten sind. Als neue und zusätzliche Verpflichtung der Behandlerseite wurde dabei im Gesetz aufgenommen, dass dem Patienten eine Ausfertigung der von ihm unterzeichneten Einwilligungserklärung ausgehändigt wird (§ 630 e Abs. 2 BGB). **Beweiserleichterungen** kommen dem

6 BGH VersR 2014, 879–883.

7 Geiß/Greiner ArzthaftpflichtR Rn. B 3 mwN; Martis/Winkhart Arzthaftungsrecht Rn. A 104.

8 Spickhoff NJW 2002, 1758 (1762).

9 Spickhoff VersR 2013, 267 ff., insbes. S. 282.

10 Reborn MDR 2013, 564 (567 ff.).

Patienten – wie in der Vergangenheit auch – dann zugute, wenn die ärztliche Dokumentation unvollständig ist und sich hieraus Beweisschwierigkeiten ergeben. War es vor der Verabschiedung des Patientenrechtegesetzes so, dass man bei der Klärung der Frage, was im Einzelfall als dokumentationspflichtig einzustufen war, zwingend auf die Beurteilung eines Sachverständigen angewiesen, so sind Ausmaß und Inhalt der ärztlichen Dokumentationspflicht nunmehr in § 630 f BGB geregelt. Gleichwohl wird man die Frage der Verletzung der Dokumentationspflicht wahrscheinlich auch weiterhin ohne Hinzuziehung eines versierten Sachverständigen nicht abschließend klären können.<sup>11</sup> Schließlich kommt es weiterhin grundsätzlich zu einer **Umkehr der Beweislast** im Zusammenhang mit der Kausalitätsfrage, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, die früher Grundsatzentscheidungen des BGH zu entnehmen waren und nunmehr in § 630 h BGB im Einzelnen geregelt sind. Danach kommt eine Beweislastumkehr sowohl bei der Verwirklichung eines sog. voll beherrschbaren Risikos in Betracht (630 h Abs. 1 BGB), als auch in dem Fall, in dem die Gesundheitsschädigung des Patienten von einem nicht ausreichend befähigten Arzt zu verantworten ist (§ 630 h Abs. 4 BGB). Darüber hinaus haben zum einen grobe Behandlungsfehler und zum anderen (einfache) Befunderhebungsfehler eine Beweislastumkehr zur Folge (630 h Abs. 5 BGB). Schließlich können gravierende Dokumentationsfehler im Zusammenhang mit der präoperativen Aufklärung, aber auch mit der Behandlung selbst, zur Beweislastumkehr führen (§ 630 h Abs. 2 und 3 BGB).

- 13 Als Behandlungsfehler – früher Kunstfehler<sup>12</sup> – kommen viele fehlerhafte Maßnahmen und pflichtwidrige Versäumnisse des Arztes in Betracht. Anhaltspunkte dafür, dass dem verantwortlichen Arzt ein solcher Behandlungsfehler, mithin eine Verletzung des maßgeblichen Standards, unterlaufen ist, kann in der heutigen Zeit zB der Umstand liefern, dass sog. Leitlinien<sup>13</sup> oder aber sogar verbindliche Richtlinien der Bundesausschüsse gem. § 72 Abs. 2 iVm §§ 91, 92 SGB V nicht beachtet wurden.<sup>14</sup> Am Ende wird es aber immer nur ein Facharzt der jeweiligen Disziplin sein, der dazu in der Lage ist, zu prüfen und schließlich als Sachverständiger zu beurteilen, ob eine monierte Behandlungsweise mit dem geschuldeten Standard im Sinne der BGH-Rechtsprechung im Einklang stand oder nicht. Dies ua auch deshalb, weil ein Verstoß gegen Leitlinien per se nicht automatisch die Haftung des verantwortlichen Arztes nach sich zieht.<sup>15</sup> Dem Arzt können im Übrigen bei der Behandlung eines Patienten selbstverständlich jederzeit Fehler unterlaufen, so bei der Planung einer Behandlung (sog. Planungsfehler) oder ihrer Durchführung und schließlich bei der Nachsorge, beispielsweise nach einer Operation, so etwa noch während der stationären Krankenhausbehandlung, oder aber auch in der Zeit danach. Arzthaftung war schon immer und bleibt auch zukünftig eine Form der Expertenhaftung. Es wird ein strenger Maßstab an die Sorgfalt der ärztlichen Tätigkeit gelegt. Der Arzt haftet selbstverständlich, wie beispielsweise jeder Berufsfahrer auch, für jede geringste Fahrlässigkeit, die ihm bei der Behandlung seines Patienten unterläuft, wenn dadurch die Gesundheit des Patienten geschädigt oder beeinträchtigt wird. Maßgeblich für die Frage der Haftung ist der sog. **objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff** gem. § 276 Abs. 2 BGB.<sup>16</sup> Eine subjektive Unfähigkeit des verantwortlichen Arztes führt selbstverständlich zu keinerlei Haftungseinschränkungen.<sup>17</sup>
- 14 Die Ärzteschaft fürchtet erfahrungsgemäß die Haftung wegen eines Aufklärungsfehlers mehr als die wegen einer fehlerhaften Behandlung. Dies hängt sicherlich zum einen damit zusammen, dass es sich bei Aufklärungsfragen um solche handelt, die nicht unmittelbar dem medizinischen Fachgebiet entstammen. Zum anderen war die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Fragen zum

11 Geiß/Greiner ArzthaftpflichtR Rn. B 202 ff. mwN.

12 Ehlers/Brogli Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. 720 ff.

13 Steffen/Paue Arzthaftungsrecht Rn. 157 ff., insbes. 177 ff. mwN.

14 NK-MedR/Bergmann/Middendorf BGB § 630 a Rn. 76 ff.

15 Frahm/Walter, Rn. 89 ff.

16 Spickhoff NJW 2002, 1763.

17 Geiß/Greiner ArzthaftpflichtR Rn. B 2 mwN; Martis/Winkhart Arzthaftungsrecht Rn. B 26 mwN.

Umfang und Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht in der Vergangenheit sehr umfangreich,<sup>18</sup> in Einzelfällen vielleicht sogar etwas überzogen.<sup>19</sup> Und schließlich hatten die Grundsatzurteile des VI. Zivilsenats des BGH zu Aufklärungsfragen bei vielen Ärzten den falschen Eindruck entstehen lassen, dass ein Aufklärungsfehler automatisch die Haftung des verantwortlichen Arztes nach sich zieht. Es ist der Ärzteschaft häufig nicht vermittelt worden, dass der BGH in den jeweiligen Einzelfällen, die publik wurden, im Gegensatz zum jeweiligen OLG in seiner jeweiligen Entscheidung zwar eine Aufklärungspflicht des Arztes über ein bestimmtes seltenes Behandlungsrisiko bejahete, dass aber der Rechtsstreit damit nicht abgeschlossen war, sondern sodann zur endgültigen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde. Über das weitere Schicksal des Prozesses wurde daraufhin in der Regel nicht berichtet, so dass den Ärzten am Ende verborgen blieb, ob die vom BGH festgestellte Verletzung der Aufklärungspflicht in dem konkreten Fall für den gerichtlich in Anspruch genommenen Arzt tatsächlich eine rechtliche Konsequenz hatte. Dadurch fühlte sich so mancher Arzt in der irrigen und meines Erachtens völlig überzogenen Annahme darüber bestätigt, dass man als Arzt bei der Berufsausübung „ständig mit einem Bein im Gefängnis steht“. Das Patientenrechtegesetz aus dem Jahre 2013 dürfte dem Ganzen zusätzlichen Nachdruck verliehen haben. Innerhalb der Ärzteschaft entstand der Eindruck, dass sich ihr Haftungsrisiko durch dieses Gesetz noch einmal erhöht hätte, obwohl das Gesetz bei genauer Betrachtungsweise, von wenigen kleinen Ausnahmen einmal abgesehen, keine derartige Verschärfung enthält.

Vielen Ärzten ist nicht bekannt, wobei dies für keinen der Beteiligten ein echter Nachteil sein muss, dass eine unzureichende Risikoauflärung am Ende nur dann zur Haftung führt, wenn der festgestellte Aufklärungsfehler auch ursächlich für den eingetretenen Schaden ist. Der Arzt kann genau diese Kausalität bestreiten, indem er den Einwand der **hypothetischen Einwilligung** erhebt, das heißt, dass er die Behauptung darüber aufstellt, der Patient hätte auch bei einer vollständigen und richtigen Aufklärung in den streitbefangenen Eingriff eingewilligt. Dieses Recht des „Behandelnden“ ist in § 630 h Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich aufgeführt, was aber nichts darüber besagt, inwieweit sich Ärzte in ihrer täglichen Praxis über diese Bestimmung im Klaren sind. Auch wenn an diesen Beweis hohe Anforderungen gestellt werden, scheitert am Einwand der hypothetischen Einwilligung so mancher Arzthaftungsprozess eines Patienten, weil es diesem nicht gelingt, gegenüber dem Gericht einen **Entscheidungskonflikt** plausibel darzulegen. Dabei geht es hierbei nicht darum, dass der Patient erläutern muss, wie er sich bei korrekter Aufklärung tatsächlich verhalten hätte. Verlangt wird lediglich, dass nachvollziehbare Gründe dafür genannt werden, weshalb der streitgegenständliche Eingriff bei vollständiger und richtiger Aufklärung (zumindest vorerst) unterblieben wäre.<sup>20</sup> Ein Entscheidungskonflikt ist in der Regel dann, wenn der medizinische Eingriff dringend erforderlich war (zB im Zusammenhang mit einer Krebserkrankung), nur selten darzustellen. Nur in Ausnahmefällen lassen sich Gerichte in derartigen Fällen dazu bewegen, eine „offenkundig unvernünftige Entscheidung“ des Patienten bzw. Klägers zu akzeptieren (zB im Falle von Zeugen Jehovas).

**Beratungshinweis:** Nicht zuletzt wegen der dargelegten Problematik führt die Erhebung der Aufklärungsrüge für den Patienten im Arzthaftungsprozess nur selten zum Erfolg. Deshalb gilt: Nicht der fehlerhaften Aufklärung sondern dem Behandlungsfehler kommt die entscheidende Bedeutung im Bereich der Arzthaftung zu. Dies ist jedenfalls die persönliche Erfahrung des Verfassers, und diese deckt sich mit der Einschätzung anderer.<sup>21</sup>

18 Steffen/Pauge Arzthaftungsrecht Rn. 366 ff. mwN; Bergmann/Wever 60 ff. mwN.

19 Vgl. zB BGH NJW 1998, 2734 f.

20 Geiß/Greiner ArzthaftpflichtR Rn. C 102 ff. mwN.

21 Spickhoff NJW 2003, 1701 ff., 1707.

## II. Die Beratung des geschädigten Patienten

- 17 Eine Beratung findet häufig statt, ohne dass die maßgeblichen **Krankenunterlagen** vorliegen, die sich auf den Schadensfall beziehen. Aber auch dann, wenn sich der Mandant im Besitz dieser Dokumente befindet, kann man als Rechtsanwalt grundsätzlich nur schlecht beurteilen, ob einem damit diejenigen Unterlagen zur Verfügung stehen, die eine Beurteilung der Sach- und Rechtslage im konkreten Fall ermöglichen. Hinzu kommt, dass nur selten die Möglichkeit besteht, sich bereits im Rahmen einer Beratung mit den maßgeblichen Fragen, wie beispielsweise mit der Frage nach dem maßgeblichen **medizinischen Standard** und ob dieser eingehalten und beachtet wurde, auseinanderzusetzen. Deshalb kann bzw. sollte eine Beratung nur unter einem entsprechenden Vorbehalt erfolgen. Dies gilt im Übrigen selbst dann, wenn man über eine mehrjährige anwaltliche Erfahrung auf dem Gebiet der Arzthaftung verfügt. Jeder **Medizinschadensfall** liegt grundsätzlich anders als der auf den ersten Blick vergleichbare, den man vielleicht vor einiger Zeit bearbeitet hat. Ganz selten, etwa bei Serienschäden, kann man die Sach- und Rechtslage vielleicht ausnahmsweise etwas schneller und verbindlicher beurteilen, so etwa dann, wenn der Patient eine Gesundheitsschädigung auf ein Medizinprodukt zurückführt, das von der betreffenden Hersteller- oder Vertreiberfirma wegen der Schadhaftigkeit aus dem Verkehr genommen wurde.
- 18 Man sollte sich bei einer Beratung, erst recht bei einer **Erstberatung**, gegenüber dem Mandanten mit eher allgemeinen Ausführungen bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage begnügen: Welche Ansprüche könnten gegebenenfalls gegen welche Anspruchsgegner dem Grunde nach bestehen? Wann droht eine **Verjährung** der Ansprüche und was kann bzw. müsste hiergegen – wann – gegebenenfalls unternommen werden? Zur Höhe des **Schmerzensgeldanspruches** können – mithilfe von Schmerzensgeldtabellen – nur dann genauere Angaben gemacht werden, wenn das Schadensereignis bereits abgeschlossen ist. Nicht selten ist aber zum Zeitpunkt der Erstberatung die fehlerbedingte Körperschädigung noch nicht abgeschlossen bzw. es ist nicht absehbar, ob ein Dauerschaden eingetreten ist oder eintreten wird oder ob es zu einer vollständigen Wiederherstellung des Gesundheitszustandes (*restitutio ad integrum*) beim Mandanten kommen wird.
- 19 Der Frage der **Passivlegitimation** muss besonderes Augenmerk geschenkt werden.<sup>22</sup> Die richtige Beantwortung dieser Frage hängt zB bei einer **Krankenhausbehandlung** unter anderem davon ab, ob sich der Mandant als **Privat- oder Kassenpatient** in der Behandlung des verantwortlichen Arztes befunden hat.<sup>23</sup> Auch die Frage, ob die Behandlung entweder in einem **Belegkrankenhaus** oder zB an einer **Universitätsklinik** stattgefunden hat, spielt bei der Ermittlung der Passivlegitimation eine Rolle. Unterlief die Falschbehandlung dem **Chefarzt** der Abteilung einer Universitätsklinik, der möglicherweise Beamter ist und sich deshalb auf das **Beamtenprivileg** berufen kann? Erfolgte die Behandlung in einer **Klinikambulanz**, so dass der Arzt nicht als Beamter tätig wurde, oder unter stationären Bedingungen? Oder haben womöglich die Universitätsklinik und der Chefarzt einen Vertrag geschlossen, wonach in jedem Fall der Arzt ausschließlich persönlich haftet? Wurde der niedergelassene Arzt, dem Vorwürfe gemacht werden, nach einem Arbeitsunfall als sog. D-Arzt tätig? Für diesen Fall können sich beispielsweise Ansprüche gegen die jeweilige BG ergeben und der Arzt bleibt womöglich bezüglich der Haftung außen vor.<sup>24</sup> Nachdem seit geraumer Zeit auch der Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz der dreijährigen Verjährungsfrist unterliegt, besteht eine gesteigerte Notwendigkeit, sich so schnell wie möglich Gewissheit darüber zu verschaffen, wer als Anspruchsgegner in Betracht kommt. Dies ist auch deshalb ratsam, weil es sich die jeweilige Gegenseite bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Kenntnis vom Schaden und vom Schädiger häufig sehr leicht macht. So wird immer wieder jede erste Unzufriedenheit des Patienten, gleichgültig wie diese im Einzelfall nach Ansicht der Anspruchsgegner zum Vorschein

22 Vgl. zB Rehborn MDR 2004, 371 ff.

23 Martis/Winkhart Arzthaftungsrecht Rn. K 155 ff.

24 NK-MedR/Bergmann/Middendorf BGB § 630 a Rn. 49–51.

gekommen sein mag, mit einer Kenntnis vom Schaden und vom Schädiger gleichgesetzt.<sup>25</sup> Dies obgleich sich das Wort Kenntnis allein vom Sprachgebrauch her von Begriffen wie Unzufriedenheit, Vermutung, Verdacht usw mehr als deutlich unterscheidet. Deshalb dringen die Anspruchsgegner mit der Einrede der Verjährung am Ende überwiegend nicht durch. Gleichwohl sollte versucht werden, der Gegenseite erst gar nicht zu ermöglichen, die Einrede der Verjährung mit Aussicht auf Erfolg zu erheben.

Die Beratung sollte auch Hinweise darüber enthalten, an wen sich der Mandant für den Fall wenden kann, dass die Ansprüche – vorerst – ohne anwaltliche Begleitung und Unterstützung weiterverfolgt werden sollen, beispielsweise aus Kostengründen. Deshalb sollte es Teil der Beratung sein, dem Ratsuchenden den Namen und die Anschrift der zuständigen **Schlichtungsstelle** bzw. **Gutachterkommissionen** mitzuteilen. Der gesetzlich krankenversicherte Mandant sollte zusätzlich auf die Möglichkeit hingewiesen werden, sich mit der **Regressabteilung** seiner **Krankenversicherung** in Verbindung zu setzen, damit (auch) von dort aus gegebenenfalls dem Verdacht der Falschbehandlung nachgegangen wird und der Mandant hierdurch zusätzliche Unterstützung erhält. Für den Fall, dass der Mandant privat krankenversichert ist, kann ein solcher Hinweis zwar auch erteilt werden und im Einzelfall sogar einmal sinnvoll sein. Allerdings halten sich die privaten Krankenversicherer bis zum heutigen Tag grundsätzlich mit der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen in Arzthaftungssachen und damit mit der Unterstützung ihrer Versicherten erstaunlich zurück.

Das wesentliche Ergebnis der Beratung sollte, wie üblich, schriftlich festgehalten werden, und zwar erstens in Form eines ausführlichen Aktenvermerkes und zweitens in einem an den Mandanten gerichteten Schreiben. Dabei sollte vor allem nicht versäumt werden, den in der Besprechung erteilten Hinweis auf den **Verjährungseintritt** der Ansprüche noch einmal im Anschreiben ausdrücklich zu wiederholen.

Der Anwalt sollte sich vor Feststellungen jedweder Art hüten: Hinsichtlich der Frage der Schadensersatzpflicht und der Höhe der Ansprüche sollte nur von vorläufigen Annahmen und Einschätzungen gesprochen werden. Es muss immer mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass, aus welchen Gründen auch immer, kein endgültiges Mandat erteilt wird. Nach einigen Jahren wird der Anwalt dann womöglich mit Vorwürfen konfrontiert und es werden ihm gegenüber wegen einer angeblichen Falschberatung Regressansprüche angemeldet; ihm wird dann zB vorgeworfen, er hätte in einer „klaren Arzthaftungssache“ den Mandanten nicht auf die Verjährungsproblematik hingewiesen. Da er ansonsten in seinem an den Mandanten gerichteten Schreiben von einem eindeutigen Haftungsfall gesprochen hätte, möge er den nunmehr verjährten Schadensersatzanspruch des Mandanten, der sich ursprünglich gegen den verantwortlichen Arzt richtete, unverzüglich anerkennen. Wird indes der Ratschlag des Verfassers berücksichtigt, erspart man sich vielleicht so manchen unangenehmen Schriftwechsel der geschilderten Art.

Aus demselben Grund sollte man sich auch nicht allzu sehr festlegen, wenn man im Rahmen einer Beratung zu dem Ergebnis gelangt, dass für die Geltendmachung von Ansprüchen keine bzw. nicht die erforderlichen **Erfolgsaussichten** bestehen. Der Anwalt sollte es auch in einem solchen Fall dabei belassen, dass er lediglich entsprechende Bedenken darlegt. Sonst läuft er Gefahr, eines Tages womöglich eines „Besseren“ belehrt zu werden: Der ehemalige Mandant hat sich nach der Beratung anfangs auf die mitgeteilte Einschätzung der Sach- und Rechtslage verlassen, sieht sich aber vielleicht nach Jahren dazu veranlasst, den Fall doch noch einmal aufzugreifen. In seine Hände gelangt daraufhin beispielsweise ein für sein Anliegen positives Sachverständigengutachten, das von einem der zuständigen Sozialversicherungsträger eingeholt wurde, mit dem der Mandant allerdings nichts mehr ausrichten kann, weil die Schadensersatzansprüche zwischenzeitlich verjährt sind. In einem solchen Fall wird dem erstberatenden Anwalt dann unter Umständen

25 Vgl. hierzu Teichner/Schröder ZMGR 2014, 79 ff.

angelastet, den Vorwurf der ärztlichen Falschbehandlung und damit die Schadensersatzpflicht des verantwortlichen Arztes zu Unrecht bzw. vorschnell verneint zu haben. Der Anwalt sollte deshalb in seinem Schreiben, in dem er von einer Weiterverfolgung der Angelegenheit abrät, nur davon sprechen, dass seiner Meinung nach erhebliche Beweisschwierigkeiten, wie dies im Übrigen auf Patientenseite grundsätzlich in Arzthaftungsangelegenheiten der Fall ist, bestehen und dass es deshalb nicht zu verantworten wäre, das Mandat fortzuführen oder womöglich Klage zu erheben. Der Mandant sollte zusätzlich darauf hingewiesen werden, dass es ihm selbstverständlich unbenommen bleibt, dem Verdacht der Falschbehandlung weiter nachzugehen, indem etwa ein anderer Kollege konsultiert wird oder der Mandant sich – ohne anwaltliche Unterstützung – an die zuständige Schlichtungsstelle oder Gutachterkommission wendet.

- 24 Es muss bedacht werden, dass der Mandant, der aufgrund einer (angenommenen) ärztlichen Falschbehandlung das Vertrauen in einen einzelnen Arzt und damit in eine klassische **Vertrauensperson** oder aber sogar in die Ärzteschaft insgesamt verloren hat, tunlichst kein zweites Mal von einer Person seines Vertrauens enttäuscht werden möchte. Er wird deshalb nicht lange damit zögern, Vorwürfe zu erheben, wenn er zu der Ansicht gelangt, Grund zur Unzufriedenheit mit der Arbeit des Anwalts zu haben. Vor einer Inanspruchnahme der Person des Anwalts wegen **anwaltlicher Falschberatung** wird ein durch eine angebliche ärztliche Falschbehandlung geschädigter Mandant deshalb nicht allzu sehr zurückschrecken.

### III. Muster zur Erstberatung

#### 25 1. Muster: Mandatsbestätigung



► Herrn

---

Betr.: Ihre Medizinschadensache

Sehr geehrter Herr ---,

in der obigen Schadensache nehme ich Bezug auf das Gespräch, das wir am --- in meinem Büro geführt haben.

Sie haben den Verdacht, von Dr. --- anlässlich Ihrer Operation im Krankenhaus --- am --- falsch behandelt worden zu sein. Hierauf führen Sie einen Gesundheitsschaden zurück. Dieser besteht darin, dass es bei Ihnen im Anschluss an den Eingriff zur Ausbildung einer Nervenschädigung im Bereich des rechten Armes gekommen ist.

Wegen dieser Beeinträchtigung sind Sie bis auf weiteres krankgeschrieben. Es ist nicht absehbar, ob und wann Sie Ihre Arbeit wieder aufnehmen können. Die Krankschreibung führt bei Ihnen einerseits zu einem Einkommenschaden. Andererseits bestehen bei Ihnen infolge der Beeinträchtigungen vermehrte Bedürfnisse.

Sollte sich Ihr Verdacht bestätigen, stünden Ihnen gegenüber Dr. --- und dem Krankenhaus --- bzw. dem Träger dieses Krankenhauses Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche dem Grunde nach zu. Über die Höhe dieser Ansprüche kann derzeit noch nichts Verbindliches gesagt werden.

In der Anlage überreiche ich diverse Unterlagen (Vollmacht, Mandantenfragebogen), die Sie mir bitte ausgefüllt und unterschrieben alsbald zurücksenden. Nach Eingang dieser Unterlagen werde ich auf die Angelegenheit zurückkommen und Sie unverzüglich wunschgemäß ausführlich beraten.

Eventuell werde ich Ihren Fall mit einem beratenden Arzt meines Vertrauens besprechen. Ich halte fest, dass Sie mich insoweit von meiner anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht entbinden.

Bis auf Weiteres entstehen hierdurch für Sie keine Kosten.

Wir waren schließlich so verblieben, dass Sie, sofern dies noch nicht geschehen ist, die Deckungszusage für die gewünschte Erstberatung bei Ihrer Rechtsschutzversicherung anfordern. Bitte lassen Sie mir diese ebenfalls zukommen bzw. sorgen Sie dafür, dass ich eine solche von Ihrer Versicherung erhalte.

Mit freundlichen Grüßen

---

Rechtsanwalt ◀

## 2. Muster: Schriftliche Beratung

► Frau ---

Betr.: Ihren Arzthaftungsfall

Sehr geehrte Frau ---,

in der obigen Medizinschadensache kann ich Sie nunmehr wunschgemäß beraten.

Ich habe die mir zur Verfügung gestellten Unterlagen durchgesehen und mit den Mitteln, die mir zur Verfügung standen, die Sach- und Rechtslage überprüft. Vereinbarungsgemäß habe ich Ihren Fall mit einem beratenden Arzt meines Vertrauens besprochen. Ihr Schadensfall wird vor mir wie folgt beurteilt: Bei Ihnen wurde eine Schilddrüsenoperation durchgeführt, die anscheinend medizinisch notwendig war. Eine Alternative zur Operation dürfte nicht bestanden haben. Leider kam es infolge der Operation zur Ausbildung einer linksseitigen Stimmbandnervenschädigung.

Da die Operation zwei Jahre zurück liegt, ist von einer dauerhaften Beeinträchtigung auszugehen, denn vorübergehende Nervenirritationen bilden sich nach Auskunft meines beratenden Arztes in der Regel innerhalb eines Jahres zurück.

Sie vermuten einen Fehler bei der Operation oder der Narkose als Ursache Ihrer Beeinträchtigung und werfen den verantwortlichen Ärzten darüber hinaus vor, dass diese Sie vor der Operation nicht auf dieses Risiko, insbesondere das Risiko einer bleibenden Schädigung, hingewiesen hat.

Den Krankenunterlagen ist, soweit mir diese vorgelegen haben, erst einmal nicht zu entnehmen, dass bei der Operation oder der Narkose Sorgfaltspflichten verletzt wurden. Der dokumentierte Eingriff und die Narkose entsprachen danach dem Standard. Gleichwohl besteht natürlich trotzdem die Möglichkeit, dass die Verletzung der Stimmbandnerven vermeidbar gewesen wäre. ZB könnte es so gewesen sein, dass Sie von einem nicht ausreichend qualifizierten Arzt operiert wurden, der womöglich nicht von einem Facharzt überwacht wurde. Dann hätte sich der verantwortliche Arzt, und, da Sie gesetzlich krankenversichert sind, zusätzlich der Krankenhausträger, Ihnen gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht.

Es ist aber auch denkbar, dass es zu der Schädigung aus sog. schicksalhaften Gründen gekommen ist, dass also den verantwortlichen Ärzten keinerlei Fehler unterlaufen sind. Meine Ermittlungen haben ergeben, dass die bei Ihnen durchgeführte Operation in einem gewissen Prozentsatz mit dem unvermeidbaren Risiko verbunden ist, dass es zu einer Verletzung der Stimmbandnerven kommt und dass in seltenen Fällen ein Dauerschaden verbleibt.

Über dieses in Fachkreisen bekannte Risiko hätte man Sie indes vor der Operation im Aufklärungsgespräch informieren müssen. Wie Sie mir berichteten, ist dies nicht geschehen. Dies bedeutet, dass man Sie nicht richtig und ausreichend aufgeklärt hat. Ärzte schulden eine Aufklärung über die wichtigsten bekannten Operationsrisiken. Um ein solches aufklärungspflichtiges Risiko handelt es sich zweifellos bei der möglichen (dauerhaften) Schädigung der Stimmbandnerven. Ihre Einwilligung in die Operation ist deshalb unwirksam gewesen. Dies stellt eine Vertragsverletzung dar, weshalb Ihnen dem Grunde nach Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche zustehen dürften.

Allerdings muss in diesem Zusammenhang zweierlei bedacht werden: Zum einen enthält das von Ihnen im Krankenhaus unterzeichnete Einwilligungsformular, von dem Ihnen ein Exemplar ausgehändigt wurde, einen Hinweis auf das Risiko einer möglichen Schädigung der Stimmbandnerven. Darüber hinaus wird die Gegenseite wahrscheinlich behaupten, dass Sie über dieses Risiko mündlich ausführlich aufgeklärt wurden. Dies könnte zu Beweisschwierigkeiten führen, auch wenn die Beweislast für eine korrekte Aufklärung den Operateur und den Krankenhausträger trifft und hierfür die Vorlage einer unter-