

Urteil Az. 26 U 88/12

OLG Hamm

17. September 2013

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15.02.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

I.

Die Parteien streiten um Ansprüche aus vermeintlich fehlerhafter ärztlicher Behandlung.

Die am1968 geborene Klägerin stellte sich in der Zeit ab August 2006 regelmäßig bei dem Beklagten zur Krebsfrüherkennung vor. Nachdem ein Untersuchungstermin am 5.7.2007 stattgefunden hatte, wurde ein weiterer Vorsorgetermin am 28.11.2007 durchgeführt. Bei diesem Termin machte der Beklagte u.a. eine Sonographie der Brust der Klägerin mit einem Ultraschallgerät der Marke T 1, das mit einem Sektorschallkopf ausgestattet ist. Bei einem weiteren Untersuchungstermin vom 11.3.2008 stellte der Beklagte durch Abtasten eine auffällige Verhärtung in der rechten Brust der Klägerin fest. Daraufhin überwies er die Klägerin zur Mammographie, bei der ein ausgedehntes Mammakarzinom entdeckt wurde. Die Klägerin unterzog sich daraufhin zunächst einer Chemotherapie. Anschließend wurde eine Mastektomie durchgeführt. Postoperativ erhielt die Klägerin Bestrahlungen. Es entwickelte sich ein chronisches Lymphödem, das mit Lymphdrainagen behandelt werden muss. Wegen der weiteren Einzelheiten der durchgeführten Krebstherapie wird auf die Klageschrift vom 20.07.2010 Bezug genommen.

Mit der Begründung, der Beklagte habe die gebotenen Untersuchungen zur Feststellung des Mammakarzinoms unterlassen, obwohl sie ihn auf selbst ertastete Befunde hingewiesen habe, hat die Klägerin Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend gemacht.

Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und dessen mündlicher Erläuterung die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, ein Behandlungsfehler des Beklagten liege nicht vor. Es sei nicht fehlerhaft, dass der Beklagte am 05.07.2007 keine weiteren Untersuchungen auf Brustkrebs vorgenommen habe, weil die Klägerin nicht bewiesen habe, den

Beklagten auf eine selbst ertastete Verhärtung in der rechten Brust hingewiesen zu haben. Dies sei aus den Behandlungsunterlagen nicht hervorgegangen. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass vielmehr von einem unauffälligen Befund auszugehen gewesen sei. Ein Behandlungsfehler sei nach den Ausführungen des Sachverständigen auch nicht darin zu sehen, dass der Beklagte die Untersuchung der Klägerin am 28.11.2007 mit einer Multifrequenzsonde mit Sektorschallkopf durchgeführt habe. Es sei im Jahr 2007 grundsätzlich zulässig gewesen, die Brust mit einem solchen Schallkopf zu untersuchen, auch wenn dessen Verwendung heute nicht mehr zeitgemäß sei. Die

Apparatur sei auch von der kassenärztlichen Vereinigung genehmigt worden. Es sei nicht behandlungsfehlerhaft, dass der Beklagte keine Vorlaufstrecke verwendet habe. Auch aus der Größe des im März 2008 entdeckten Tumors könne nicht geschlossen werden, dass dieser bereits am 28.11.2007 von dem Beklagten hätte entdeckt werden müssen. Weitere, über die erfolgte Sonographie hinausgehende Untersuchungen seien am 28.11.2007 auch nicht veranlasst gewesen. Es gehe nicht aus den Krankenunterlagen hervor, dass sie an diesem Termin auf einen selbst ertasteten Befund hingewiesen habe. Es sei auch nicht behandlungsfehlerhaft, dass der Beklagte die Klägerin nicht zu einer Mammographie überwiesen habe. Bei der Klägerin habe sich nicht um eine Risikopatientin gehandelt. Für die Durchführung der Mammographie habe es keine Indikation gegeben. Wegen der weiteren Feststellungen wird auf die landgerichtliche Entscheidung verwiesen.

Hiergegen richtet sich die zulässige Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt. Zur Begründung trägt sie vor, die Ausführungen des Sachverständigen zu dem Risikofaktor ihrer frühen Menarche seien widersprüchlich. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Verwendung einer Multifrequenz-Vaginalsonde zur Untersuchung der Brust den erforderlichen Qualitätsvoraussetzungen nicht entspreche. Das Gerät verfüge nicht über eine zwingend vorgeschriebene integrierte Vorlaufstrecke. Das Landgericht habe auch nicht geklärt, welche technischen Voraussetzungen das von dem Beklagten verwendete Gerät konkret erfüllt habe. Entgegen der Auffassung des Sachverständigen komme es nicht darauf an, ob das Gerät von der kassenärztlichen Vereinigung genehmigt worden sei. Der Facharztstandard werde allein durch den Inhalt der Ultraschallvereinbarung und die Richtlinien bestimmt. Weiterhin könne auch nicht aus dem Umstand, dass ein Hinweis der Klägerin auf einen selbst ertasteten Befund nicht dokumentiert sei, geschlossen werden, dass die Klägerin den Beklagten erst am 11.3.2008 auf eine Verhärtung hingewiesen habe. Selbst zu diesem Zeitpunkt sei dieser Hinweis in den Behandlungsunterlagen nicht erwähnt, obwohl der Beklagte angegeben habe, einen solchen Hinweis stets zu dokumentieren. Seine Erklärung, eine Dokumentation sei nicht erfolgt, weil der Befund bestätigt worden sei, sei eine reine Schutzbehauptung. Bereits angesichts der von dem Beklagten als Karzinophobie interpretierten Äußerung der Klägerin sei eine Indikation für weitere Befunderhebungen gegeben gewesen, so dass die Nichterhebung der Befunde ein Behandlungsfehler gewesen sei. Hinzu komme der weitere Risikofaktor, dass die Klägerin Raucherin gewesen sei. Die Erklärung des Sachverständigen, es könne aus der Größe des Tumors nicht mit Sicherheit geschlossen werden, dass dieser bereits am 28.11.2007 vorhanden gewesen sei, stehe im Widerspruch zu den Feststellungen im Gutachten der Gutachterkommission.

Die Klägerin beantragt abändernd,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens 40.000,00 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.12.2009 zu zahlen,
2. den Beklagten zu verurteilen, an sie 25.115,10 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 2.12.2009 zu zahlen,
3. den Beklagten zu verurteilen, an sie eine monatliche laufende Rente i.H.v. 985,83 ab dem 1.6.2010 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr alle weiteren zukünftigen materiellen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der ärztlichen Behandlung durch den Beklagten seit Juli 2007 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden,
5. den Beklagten zu verurteilen, an sie weitere 3253,94 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und trägt ergänzend vor, die Äußerungen des Sachverständigen seien dahin zu verstehen, dass er, der Beklagte, sich mit der verwendeten Sonde noch innerhalb des Facharztstandards bewegt habe. Weitergehende Untersuchungen seien nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht indiziert gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien gem. § 141 ZPO angehört. Der Sachverständige, Prof. Dr. Dr. h.c. U hat sein schriftliches Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll nebst Berichterstattervermerk vom 18.12.2012 Bezug genommen.

Gründe:

II.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts ist zulässig, jedoch unbegründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die dagegen mit der Berufung geltend gemachten Einwände greifen im Ergebnis nicht durch. Auch nach Auffassung des Senats kommen Ansprüche auf Schmerzensgeld und materiellen Schadensersatz wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers nicht in Betracht. Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis dafür, dass dem Beklagten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, nicht geführt (1.). Darüber hinaus kann selbst bei Annahme eines solchen Fehlers nicht davon ausgegangen werden, dass die durchgeführte Krebstherapie bei einem früheren Erkennen des Karzinoms für die Klägerin weniger belastend gewesen wäre (2.).

1. Nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht ein vom Beklagten verschuldeter Behandlungsfehler nicht fest.

a) Es ist nicht sicher feststellbar, dass der Beklagte die bei den Untersuchungen am 05.07.2007 und 28.11.2007 erhobenen Tast- und Sonografiebefunde fehlerhaft beurteilt hat.

aa) Ein Behandlungsfehler des Beklagten im Sinne eines Diagnoseirrtums infolge fehlerhafter Beurteilung der erhobenen Befunde ist nicht bewiesen. Eine fehlerhafte Behandlung läge nur dann vor, wenn bereits zu den Untersuchungsterminen im Juli bzw. November 2007 ein erkennbares Karzinom bei der Klägerin vorgelegen hätte, welches der Beklagte sicher hätte erkannt werden müssen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U lässt sich jedoch nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, dass zu den beiden Untersuchungszeitpunkten im Jahr 2007 ein feststellbares Karzinom vorgelegen hat. Auch wenn man mit der im Verfahren vor der Gutachterkommission beauftragten Sachverständigen Dr. L davon ausgeht, dass sich der letztlich diagnostizierte Brustkrebs mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht innerhalb von drei Monaten entwickelt haben kann, lassen sich nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U letztlich keine sicheren Angaben zur Wachstumsgeschwindigkeit eines Tumors, die von individuellen Gegebenheiten abhängig ist, machen. Dementsprechend kann aus dem am 11.03.2008 erhobenen Tastbefund nicht der Schluss gezogen werden, dass ein tastbarer Tumor bereits im November 2007 vorhanden gewesen ist.

bb) Selbst wenn der Senat unterstellen würde, dass sich zum Zeitpunkt der Untersuchungen im Jahr 2007 bereits ein Mammakarzinom bei der Klägerin entwickelt hatte, kann gleichwohl ein Behandlungsfehler des Beklagten nicht angenommen werden. In Betracht käme allenfalls ein sog. Diagnosefehler. Ein Behandlungsfehler im Sinne einer Fehlinterpretation erhobener Befunde führt nach der Rechtsprechung des BGH aber nur ausnahmsweise zu einer Haftung des Arztes. Die Wertung einer objektiv unrichtigen Diagnose als Behandlungsfehler setzt danach die vorwerfbare

Fehlinterpretation der erhobenen Befunde voraus (BGH, NJW 2003, 2827). Im Hinblick auf den für ärztliche Diagnosen nach der Rechtsprechung grundsätzlich bestehenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum ist hier ein solcher Diagnosefehler nicht anzunehmen. Nach den Ausführungen im schriftlichen Sachverständigengutachten erscheint es aus ärztlicher Sicht vertretbar, dass der Beklagte wegen der bei der Klägerin vorliegenden Mastopathie nicht von einem Tumor ausgegangen ist.

b) Dem Beklagten kann aber auch nicht vorgeworfen werden, es unterlassen zu haben, weitere Befunde zu erheben, insbesondere die Klägerin nicht zur Durchführung einer Mammografie überwiesen zu haben. Nach der zitierten Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) kommt ein Behandlungsfehler i.S. eines Diagnosefehler auch bei Unterlassung für die Diagnosestellung oder ihre Überprüfung notwendiger Befunderhebungen voraus. Selbst wenn man unterstellt, der Beklagte habe ein zu den Untersuchungsterminen im Jahr 2007 schon vorhandenes Mammakarzinom bei der Klägerin übersehen, kann indessen ein Behandlungsfehler nicht schon deshalb angenommen werden, weil der Beklagte nicht veranlasst hat, bei der Klägerin eine Mammographie durchführen zu lassen.

Der Vorwurf der Klägerin, der Beklagte habe nicht auf den von ihr mehrfach geäußerten Tastbefund reagiert, begründet keinen Behandlungsfehler. Es ist unerheblich, dass in der Dokumentation des Beklagten ein Hinweis auf eine Äußerung der Klägerin, sie habe selbst eine Verhärtung in der Brust ertastet, fehlt. Darauf, dass die Klägerin selbst einen Befund ertastet hat, kommt es schon deshalb nicht an, weil der Beklagte, was auch die Klägerin einräumt, unstreitig einen eigenen Tastbefund erhoben hat, der ihn jedoch nicht zu einer weiteren Befunderhebung veranlasst hat. Nach den Erläuterungen des Sachverständigen bestand dazu auch keine weitere Veranlassung, weil keine Indikation für eine weitere Befundung durch eine Mammografie vorlag. Bei der Klägerin handelte es sich nach Ansicht des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U nicht um eine Risikopatientin. Die in ihrer Familie vorgekommenen Krebserkrankungen, ihr frühe Menarche und der Umstand, dass die Klägerin Raucherin war, haben das Risiko für eine Brustkrebserkrankung nach Einschätzung des Sachverständigen nicht entscheidend erhöht.

Im Übrigen kann nach der Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung von Diagnose- und Befunderhebungsfehlern (NJW 2011, 1671) dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, aufgrund der von ihm erhobenen Befunde und deren Bewertung keine Mammografie veranlasst zu haben. Aus Sicht des Beklagten bestand auf der Grundlage seiner Bewertung gerade keine Veranlassung zu weiterer Befunderhebung. Nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) wird aber "ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären".

c) Der Senat kann auch nicht feststellen, dass dem Beklagten ein Behandlungsfehler im Sinne eines echten Befunderhebungsfehlers vorgeworfen werden kann, in dem er die Sonografie fehlerhaft durchgeführt hat. Die Klägerin, die dem Beklagten insoweit vorwirft, für die Sonografie der Brust anstelle eines sog. linearen Schallkopfes mit Vorlaufstrecke einen sog. Sektorschallkopf verwendet zu haben, hat den ihr obliegenden Beweis dafür, dass der Beklagte behandlungsfehlerhaft gehandelt hat, nicht zu führen vermocht. Der Senat ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon überzeugt, dass der Vorwurf der Klägerin zutrifft, der Beklagte habe die Sonografie mit einem untauglichen Gerät vorgenommen, so dass der erhobene Befund ungeeignet gewesen sei, ein vorhandenes Mammakarzinom zu entdecken. Nach den Erläuterungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U ist es nicht behandlungsfehlerhaft, für die

Sonografie der Brust den vom Beklagten benutzten sog. Sektorschallkopf zu verwenden, auch wenn die Herstellerfirma des verwendeten Ultraschallgerätes Qualitätsvorgaben dergestalt macht, dass nur eine lineare Sonde mit integrierter Vorlaufstrecke oder ein Sektor mit integrierter Vorlaufstrecke verwendet werden soll. Der Sachverständige hat darauf hingewiesen, dass es nach der allein maßgeblichen Genehmigung der Kassenärztlichen Vereinigung grundsätzlich zulässig sei, auch die Brust mit dem vom Beklagten verwendeten Gerät zu untersuchen. Die Untersuchung mit einem solchen

Schallkopf sei lediglich etwas umständlicher, was jedoch je nach Erfahrung und Gewohnheit des Arztes unerheblich sei. Die erforderliche Vorlaufstrecke könne im Übrigen dadurch geschaffen werden, dass der Schallkopf an anderer Stelle aufgesetzt werde. Dass die Klägerin bestritten hat, dass der Beklagte nach den Vorgaben des Sachverständigen verfahren sei und dass er über die vom Sachverständigen vorausgesetzte notwendige Erfahrung verfüge, ist im Hinblick auf die eindeutige Verteilung der Beweislast für den Behandlungsfehler unerheblich.

2. Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen, dass ein Behandlungsfehler nicht sicher feststellbar ist, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich eine etwaige fehlerhafte Behandlung durch den Beklagten ursächlich auf die von der Klägerin erlittenen Beeinträchtigungen und Beschwerden ausgewirkt hat.

a) Der Senat verkennt nicht, dass sich die Klägerin einer Chemotherapie unterziehen musste, ihre rechte Brust amputiert werden musste, sie anschließend eine Strahlentherapie erhielt und sich als Komplikation ein Lymphödem entwickelt hat. Dass dieser Verlauf aber weniger gravierend gewesen wäre, wenn der Beklagte das Karzinom bereits bei der ersten Untersuchung am 5.7.2007, spätestens jedoch bei der zweiten Untersuchung am 28.11.2007 entdeckt hätte, wird von der Klägerin zwar behauptet, steht jedoch nicht fest. Bereits aus dem Gutachten der in dem Verfahren vor der Gutachterkommission beauftragten Sachverständigen Dr. L geht

hervor, dass auch eine frühere Diagnosestellung an dem weiteren Verlauf der Erkrankung nichts geändert hätte. Diese Einschätzung wird von dem gerichtlich bestellten Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U bestätigt. Der Sachverständige führt in seinem schriftlichen Gutachten aus, dass sich die Klägerin einer Operation sowie einer entsprechenden Nachbehandlung, Chemotherapie oder Hormontherapie hätte unterziehen müssen, selbst wenn das Karzinom schon am 28.11.2007 erkannt worden wäre. Etwas anderes käme allenfalls bei Annahme eines die Beweislast umkehrenden groben Behandlungsfehlers in Betracht. Da aber bereits - wie oben dargelegt - ein Behandlungsfehler nicht festgestellt werden kann, scheidet die Annahme eines groben Behandlungsfehlers erst Recht aus.

b) Ohne Erfolg verweist die Klägerin schließlich auf das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12.08.2013 (3 U 57/13), in dem einer ebenfalls an Brustkrebs erkrankten Frau ein Schmerzensgeld mit der Begründung zugesprochen hatte, der beklagte Frauenarzt habe bei ihr zu spät ein Mammographiescreening veranlasst. Dieser Fall ist nicht mit dem Vorliegenden vergleichbar. In dem vom 3. Zivilsenat entschiedenen Fall ist wegen einer risikoerhöhenden Medikamentenverordnung ein grober Behandlungsfehler festgestellt worden, der im Gegensatz zum hier zu entscheidenden Fall zu einer Beweislastumkehr geführt hat. Allein deshalb war zugunsten der dortigen Klägerin davon auszugehen, dass sie mit einer weniger belastenden Operation hätte behandelt werden und ihr eine Chemotherapie hätte erspart werden können.

Die Kostenentscheidung folgt aus §91 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, §543 Abs. 2 ZPO. Die für die Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen sind solche des Einzelfalls.