

A. HÜBNER UND H. DROST

# ÄRZTLICHES HAFTPFLICHTRECHT



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH

1955

# ÄRZTLICHES HAFTPFLICHTRECHT

SEINE GRUNDLAGEN UND SEINE BEDEUTUNG  
IM VERHÄLTNIS DES ARZTES UND DES KRANKENHAUSES  
ZUM PATIENTEN

VON

PROF. DR. A. HÜBNER UND  
CHIRURG IN BERLIN

DR. H. DROST  
BUNDESRICHTER I. R., KARLSRUHE



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH

1955

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG  
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN

OHNE AUSDRÜCKLICHE GENEHMIGUNG DES VERLAGES IST ES AUCH NICHT  
GESTATTET, DIESES BUCH ODER TEILE DARAUS AUF PHOTOMECHANISCHEM  
WEGE (PHOTOKOPIE, MIKROKOPIE) ZU VERVIELFÄLTIGEN

ISBN 978-3-662-24537-8    ISBN 978-3-662-26683-0 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-662-26683-0

## **Vorwort.**

Dieses Buch ist in erster Reihe für den Arzt und den Krankenhausinhaber geschrieben. Es soll ihnen einen Überblick darüber geben, unter welchen Voraussetzungen sie sich einen Schadensersatzanspruch des Patienten zuziehen können, und wie sie sich verhalten müssen, um derartige Ansprüche zu vermeiden.

In den Teilen A bis C ist die Rechtslage des Arztes und des Krankenhauses in großen Zügen zur Darstellung gebracht, während in Teil D eine erhebliche Zahl von Haftpflichtfällen ärztlicher Fehlbehandlung erörtert ist. Im Anhang sind zur näheren Erläuterung der Teile A bis D 34 Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, größtenteils im Wortlaut, wiedergegeben, soweit dieser für den Arzt oder den Krankenhausträger von Interesse ist.

Nach dieser Anordnung des Buches wird auch der Jurist und der Versicherer, der in seiner beruflichen Tätigkeit einen Fall ärztlicher Haftpflicht zu bearbeiten hat, sich leicht über die Rechtsgrundsätze unterrichten können, die auf seinen Fall anwendbar sind.

Das Buch ist in einer Gemeinschaftsarbeit von Arzt und Jurist entstanden

**A. Hübner und H. Drost.**

## Inhaltsverzeichnis.

	Seite
A. Die rechtliche Stellung des Arztes und des Krankenhauses . . . . .	1
I. Die öffentlich-rechtliche Stellung des Arztes . . . . .	1
II. Beziehungen des Arztes und des Krankenhauses zum Patienten . . . . .	4
1. Vertragliche Beziehungen des Arztes . . . . .	4
2. Vertragsähnliche Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	6
3. Krankenhaus und Patient . . . . .	7
4. Öffentlich-rechtliches Verhältnis . . . . .	9
B. Die Haftpflicht des Arztes und Krankenhauses im einzelnen . . . . .	11
1. Vertrag . . . . .	11
2. Haftung des Arztes und des Krankenhauses aus unerlaubter Handlung . . . . .	17
3. Beweislast . . . . .	24
4. Mitwirkendes Verschulden des Patienten . . . . .	26
C. Nebenverpflichtungen des Arztes . . . . .	28
1. Geheimhaltungspflicht . . . . .	28
2. Aufklärungspflicht . . . . .	33
D. Einzelne besonders zu beachtende Fälle . . . . .	37
1. Infektion . . . . .	37
2. Untersuchung . . . . .	38
3. Verfehlte Diagnose . . . . .	40
4. Röntgendiagnostik . . . . .	45
5. Betäubungsverfahren . . . . .	53
a) Narkose . . . . .	53
b) Lokolanaesthesia . . . . .	56
6. Allgemeine Behandlung . . . . .	59
a) Instrumentarium . . . . .	59
b) Heilverfahren . . . . .	65
c) Einweisung in Krankenhausbehandlung . . . . .	66
d) Injektionen . . . . .	67
e) Unsachgemäße Behandlung . . . . .	73
f) Unglücksfall bei Behandlung . . . . .	79
g) Katheterismus . . . . .	80
h) Serumanwendung . . . . .	81
7. Operationen . . . . .	82
a) Widerrechtliche Operation . . . . .	82

b) Verspätete Operation . . . . .	87
c) Verletzungen bei Operationen . . . . .	92
d) Infektion nach Operation . . . . .	95
e) Unnötige Operation . . . . .	96
f) Unrichtige Operationsmethode . . . . .	96
g) Ungünstiges Operationsergebnis . . . . .	97
h) Schädigung durch Desinfektionsmittel . . . . .	101
i) Beschwerden nach Operationen . . . . .	102
k) Fehler bei Nachbehandlung von Operationen . . . . .	104
l) Zufälle im Operationsaal . . . . .	105
m) Zurückgelassene Fremdkörper . . . . .	105
8. Physikalische Behandlung . . . . .	126
a) Röntgenbestrahlung . . . . .	126
b) Höhensonnenbestrahlung . . . . .	127
c) Elektroschock . . . . .	128
9. Apparate, Verbände . . . . .	128
10. Besondere Erkrankungs- und Verletzungsformen . . . . .	130
a) Auge . . . . .	130
b) Ohr . . . . .	132
c) Hernien . . . . .	132
d) Gynäkologie, Geburtshilfe und Schwangerschaftsunterbrechung . . . . .	134
e) Gliedmaßen . . . . .	139
$\alpha$ ) Gelenkversteifung . . . . .	139
$\beta$ ) Knochenbruch (Fraktur) . . . . .	140
$\gamma$ ) Verrenkung . . . . .	155
f) Nervenlähmung . . . . .	156
g) Verbrennungen . . . . .	156
h) Zahnärztliche Tätigkeit . . . . .	169
i) Diabetes . . . . .	169
k) Thrombose und Embolie . . . . .	171
l) Narbenentstehung . . . . .	171
m) Decubitus . . . . .	171
n) Glassplittersverletzung . . . . .	172
o) Haarausfall . . . . .	172
p) Bluttransfusion . . . . .	173
q) Operationsverweigerung . . . . .	175
E. Anhang . . . . .	177
a) Verzeichnis der im Anhang wiedergegebenen Entscheidungen des RG und des BGH . . . . .	177
b) Die wichtigsten im Anhang enthaltenen Entscheidungen nach Sach- gebieten geordnet . . . . .	178
Sachverzeichnis . . . . .	286

## Verzeichnis der Abkürzungen.

BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RGSt.	= „ „ „ „ „ „ Strafsachen
BGHZ oder BGHSt.	= Entscheidungen des BGH in Zivil- oder Strafsachen
z. B. 2, 51	= Bd. 2, Seite 51
WarnRsp	= Warneyer Rechtsprechung des RG in Zivilsachen
StGB	= Strafgesetzbuch
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
JW	= Juristische Wochenschrift
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
DR	= Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
JR	= Juristische Rundschau
RVO	= Reichsversicherungsordnung
RVA	= Reichsversicherungsamt
BB	= Der Betriebsberater (Zeitschrift)
LMO	= Landesmeldeordnung
RMO	= Reichsmeldeordnung
VersR	= Zeitschrift für Versicherungsrecht
WeimVerf.	= Weimarer Verfassung
ErbgesGes	= Erbgesundheitsgesetz
Ebermayer	= Ebermayer „Der Arzt im Recht“ 1930
Eb. Schmidt	= Eberhard Schmidt „Der Arzt im Strafrecht“ 1939
Goldhahn- Hartmann	= Goldhahn-Hartmann „Chirurgie und Recht“ 1937
Göbbels	= Prof. Dr. Göbbels „Die Duldung ärztl. Eingriffe als Pflicht“ 1950
Ponsold	= Ponsold „Lehrbuch der gerichtl. Medizin“ 1950
RGRK	= Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB 10. Aufl.

## A. Die rechtliche Stellung des Arztes und des Krankenhauses.

Die rechtliche Stellung des Arztes gehört sowohl dem öffentlichen wie dem privaten Recht an. Das öffentliche Recht ordnet in erster Reihe die Voraussetzungen, die der Kandidat der Medizin erfüllt haben muß, um die Berechtigung zur Ausübung ärztlicher Tätigkeit zu erlangen. Das Privatrecht behandelt die Pflichten und Rechte, die sich im Verhältnis des Arztes zum Patienten sowie zwischen Krankenhaus und Patient ergeben.

### I. Die öffentlich-rechtliche Stellung des Arztes.

Die öffentlich-rechtliche Stellung des Arztes war bisher durch die Reichsärzteordnung von 1935 (RGBl. I, 1433) geregelt. Diese ist durch die Nachkriegsverhältnisse zum Teil gegenstandslos geworden, insbesondere sind die Bestimmungen über die berufsständischen Organisationen fortgefallen und zum größten Teil durch neue landesrechtliche Bestimmungen ersetzt<sup>1</sup>.

Zur Zeit sind die Voraussetzungen, von denen das Recht zur Ausübung ärztlicher Tätigkeit abhängt, für das Gebiet der Deutschen Bundesrepublik, durch die Bestallungsordnung für Ärzte vom 15. September 1953, BGBl. I, 1334 geordnet. Nach deren § 1 wird die Bestallung als Arzt durch die zuständige Landesbehörde des Landes erteilt, in dem die ärztliche Prüfung abgelegt wurde. Im einzelnen regelt die Bestallungsordnung vom 15. September 1953 die Voraussetzungen für die Erteilung der Bestallung, die ärztliche Ausbildung und das ärztliche Prüfungswesen.

An weiteren Gesetzen zur Regelung der Rechtsstellung der Ärzte sind nach Errichtung der Deutschen Bundesrepublik das Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31. März 1952 (GVBl. 221) und das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23. Juli 1953 (GVBl. 700) ergangen. Eine Bundesberufsordnung für Ärzte fehlt noch. Für Bayern besteht eine Berufsordnung für Ärzte vom 26. Januar 1950 (Bayer. Ärzteblatt 50, S. 73), die sich zum Teil an die Reichsberufsordnung für Ärzte vom 13. No-

---

<sup>1</sup> Näheres über diese Gesetzgebung der Länder bei *Kant*, Arzt- und Apothekenrecht, Verlag C. H. Beck 1954, S. 2 und *Redeker*, JZ 1954, S. 625, Anm. 3.



vember 1937 anlehnt. Ob letztere zum Teil jetzt als gegenstandslos anzusehen ist, kann zweifelhaft sein, da die Bayr. Berufsordnung von 1950 diese Bestimmungen zum großen Teil wieder aufgenommen hat.

Von der Reichsärzteordnung des Jahres 1935 gilt auch jetzt noch u. a. deren § 1, wonach der Arzt zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen ist und eine durch das Gesetz geregelte öffentliche Aufgabe erfüllt.

Diese Bestimmung hat nicht etwa die Bedeutung, daß der Arzt wie ein Beamter öffentlich-rechtlich tätig wird. Vielmehr soll damit nur gesagt sein, was bereits viele Jahre vor der Reichsärzteordnung von 1935 die überwiegende Meinung der gebildeten Deutschen war, daß die ärztliche Tätigkeit ihrem inneren Wesen nach kein gewerbliches Unternehmen, sondern ein Beruf ist, bei dem es sich in erster Linie nicht um wirtschaftlichen Erwerb, sondern um die Betätigung geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls handelt.<sup>1</sup>

§ 1 der RAO bedeutet auch nicht, daß der Arzt in jedem Falle, wenn ein Kranker es verlangt, dessen Behandlung übernehmen muß. Zwar wird man die Niederlassung als Arzt allgemein dahin aufzufassen haben, daß der Arzt sich dadurch der leidenden Menschheit zur Verfügung stellt. Damit erwächst auch für den Arzt die Pflicht, ärztliche Tätigkeit zu übernehmen, wenn gesundheitliche Nöte entstehen. Diese Pflicht trifft aber in aller Regel nur den praktischen Arzt, der Allgemeinpraxis betreibt. Er darf also nicht nach freiem Belieben entscheiden, ob und wem er helfen will, vielmehr hat er zufolge seiner öffentlich-rechtlichen Stellung im Rahmen der staatlich geordneten Gesundheitspflege grundsätzlich die *Pflicht* zu helfen, mindestens aber das zur ärztlichen Versorgung des Kranken zunächst Erforderliche zu tun (so *Eb. Schmidt* in Ponsolds Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S. 5 f.). Dagegen wird der Facharzt, der grundsätzlich nur in seiner Sprechstunde oder Klinik behandelt, sowie der angestellte Krankenhausarzt nur dann als verpflichtet anzusehen sein, Krankenhilfe zu leisten, wenn anderweite Ärzte mit allgemeiner Praxis nicht erreichbar sind und Gefahr im Verzuge besteht. Auch der praktische Arzt mit Allgemeinpraxis ist zur ärztlichen Hilfeleistung nur dann verpflichtet, soweit er nicht bereits durch anderweitige von ihm übernommene ärztliche Pflichten voll in Anspruch genommen ist.

Entspricht ein Arzt nicht dieser Pflicht zur Hilfeleistung und erleidet ein Kranker infolgedessen eine Verschlimmerung seines Zustandes oder stirbt er gar, so muß der Arzt, der pflichtwidrig seine Hilfe abgelehnt hat, unter Umständen damit rechnen, wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung bestraft zu werden (§§ 222, 223 StGB, vgl. Ponsold a. a. O.).

Auf Grund der seit vielen Jahren bestehenden Anschauung, daß der Arztberuf kein Gewerbe, sondern ein freier mit besonderer Verantwortung verbundener Beruf ist, der stets unter Wahrung der ärztlichen Standesehre aus-

<sup>1</sup> Vgl. die bei *Ebermayer* „Der Arzt im Recht“ S. 1/2 angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen (RGZ 66, 145 und 90, 35 aus den Jahren 1907 und 1917).

geübt werden muß, hatten die preußischen und die reichsdeutschen Ehrengerichtshöfe für Ärzte und Rechtsanwälte bereits im Jahre 1900 die Auffassung vertreten, daß die Vereinbarung oder Zahlung einer Entschädigung für die Überlassung einer Praxis, sowie jede Vereinbarung, die irgendeine Beschränkung des Arztberufs zum Inhalt habe, gegen die guten Sitten verstoße und nichtig sei. Als Begründung für die Nichtigkeit des Verkaufs einer Arztpraxis war vom Ehrengerichtshof gesagt worden, „daß hierdurch der ideelle Wert des persönlichen Vertrauens in Geld umgesetzt werde“ (RGZ 66, 146), und es war die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes als besonders „anstößig“ angesehen und eindeutig erklärt worden: „Für Ärzte und Rechtsanwälte ist ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot an sich schlechthin gegen die guten Sitten. Diese Berufe müssen frei sein kraft der ihnen innewohnenden sittlichen Würde und im öffentlichen Interesse“ (RGZ 68, 188).

In bezug auf die Veräußerung einer Arztpraxis hat die Rechtsprechung ihre ablehnende Haltung jedoch nur bis Ende der dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts aufrecht erhalten. Es wurde, insbesondere, nachdem die Reichsärzterordnung in § 49 Abs. 3 eine Veräußerung der Arztpraxis mit Genehmigung der Reichsärztekammer grundsätzlich für zulässig erklärt hatte, auch vom Reichsgericht eine Veräußerung der Praxis, soweit sie nicht dem Übernehmer übermäßig drückende Bedingungen auferlegte, für zulässig erklärt (RGZ 153, 294). Dagegen wurde an dem Rechtssatz der Unzulässigkeit jeder einschränkenden Vereinbarung in bezug auf die ärztliche Berufsausübung bis in die letzten Jahre festgehalten. Erst durch Urteil des BGH vom 18. Dezember 1954 — II 76/54 — (BGHZ 16, 72 ff.) NJW 55, 307 ist auch diese Rechtsprechung aufgehoben worden. Anlaß hierzu bot ein Vertrag, durch den ein in Hamburg und ein in K. (Württemberg) wohnender Arzt ihre Praxis tauschten. Der Tausch wurde am 1. Juli 1952 vollzogen, wobei der in K. wohnende Arzt an diesem Tage nach Hamburg und der Hamburger Arzt nach K. in Württemberg verzogen, nachdem auf Antrag beider Ärzte die zuständigen Zulassungsstellen die Genehmigung des Vertrages erteilt hatten. Ein jeder der beiden Ärzte übernahm die Praxisräume des anderen und betrieb darin seine Praxis. Der früher in K. (Württemberg) wohnende Arzt erklärte im Januar 1953 durch ein Schreiben an seinen Vertragspartner die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung und gab seine Absicht bekannt, in absehbarer Zeit in der Nähe seiner früheren Praxisräume in K. Praxis zu betreiben. Daraufhin erhob der früher in Hamburg wohnhaft gewesene, jetzt in K. (Württemberg) praktizierende Arzt Klage gegen seinen Vertragspartner auf Feststellung der Gültigkeit des Tauschvertrages und auf Verurteilung des Beklagten, die Rückkehr nach K. (Württemberg) und die Aufnahme einer ärztlichen Praxis dort zu unterlassen. Das Landgericht hat durch Teilurteil die Unterlassungsklage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg aus den im Anhang Nr. 31 wiedergegebenen Urteilsgründen.

## II. Beziehungen des Arztes und des Krankenhauses zum Patienten.

Die privatrechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten beruhen in der Mehrzahl der Fälle auf Vertrag. Sie können auch unabhängig von einem Vertrage dadurch entstehen, daß der Arzt schuldhaft und widerrechtlich das Leben, den Körper oder die Gesundheit eines Kranken verletzt und sich damit einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB schuldig macht, die zum Schadensersatz verpflichtet. Schließlich können die Beziehungen zwischen Arzt und Patienten auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis beruhen, insbesondere in den Fällen der sogenannten Zwangsbehandlung, wenn der Kranke durch einen Amtsarzt behandelt wird, der vom Staat oder einem anderen öffentlichen Hoheitsträger Beamtenstellung erhalten hat.

### I. Vertragliche Beziehungen des Arztes.

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle beruhen die Beziehungen des Arztes zum Patienten auf bürgerlich-rechtlichem Vertrag, der von der herrschenden Meinung in Lehre und Rechtsprechung als *Dienstvertrag* (§ 611 ff. BGB) angesehen wird. Zwar ist es u. U. nicht ausgeschlossen, daß ein auf die Vereinbarung gewisser ärztlicher Leistungen gerichteter Vertrag unter die Bestimmungen des Werkvertrages (§ 631 ff. BGB) fällt. Gegenüber dem Dienstvertrag, der die Leistung von Diensten, also ein Wirken, verlangt, ist Kennzeichen des Werkvertrages die Vereinbarung eines bestimmten *Arbeitserfolges* (§ 631 BGB). Eine solche Vereinbarung ist zwar bei gewissen Operationen und Tätigkeiten des Arztes, insbesondere des Zahnarztes, möglich. Allein in aller Regel wird auch die Vereinbarung zwischen Arzt oder Zahnarzt und Patient über die Durchführung einer Operation als Dienstvertrag anzusehen sein, da bei der Mehrzahl aller Operationen niemals ein bestimmter Erfolg garantiert werden kann. Vielmehr ist der Arzt regelmäßig nur zur fachgemäßen Aus- und Durchführung der betreffenden Operation verpflichtet<sup>1</sup>. Das bloße Durchführen einer Operation, auch wenn sie fachgemäß erfolgt, wird man daher (entgegen *Nipperdey-Staudinger* Vorbem. 156 vor § 611 ff. BGB) nicht schon als Werkvertrag ansehen dürfen.

a) Der Vertrag zwischen Arzt und Patient kommt entweder durch unmittelbare Abrede zwischen beiden zustande, indem der Arzt auf ausdrückliches Ersuchen des Patienten dessen Behandlung übernimmt, oder dadurch, daß der Patient sich wenigstens stillschweigend mit der Behandlung durch den von dritter Seite herbeigerufenen Arzt einverstanden erklärt.

b) Wenn ein Ehemann den Arzt zur Behandlung seiner Ehefrau zuzieht,

<sup>1</sup> So *Ebermayer* „Der Arzt im Recht“ S. 72; *Palandt* BGB Einf. 6 vor § 611; *Enneccerus-Lehmann* „Schuldrecht“ 14. Aufl. § 150 I 2 a; *Staudinger-Nipperdey* BGB Anm. 181 vor § 611.

so wurde vielfach in der Rechtsprechung angenommen, daß nur der Ehemann Vertragspartner des Arztes wird. Diese Annahme ist jedoch mit der heutigen Auffassung nicht mehr vereinbar. Vielmehr geht jetzt die überwiegende Meinung dahin, daß jedenfalls auch die Frau Vertragspartner des Arztes wird, da nur sie als die Patientin anzusehen ist, der gegenüber der Arzt in erster Reihe die Verpflichtungen zu erfüllen hat, die ihm gegenüber einem Patienten obliegen<sup>1</sup>. Der Ehemann wird also durch die Zuziehung des Arztes zur Behandlung seiner Ehefrau zwar vertraglich zu dessen Honorierung verpflichtet, die gleiche Verpflichtung liegt aber auch der Ehefrau ob.

Wird der Arzt von der Ehefrau selbst zu ihrer Behandlung zugezogen, so haftet neben ihr für das Honorar der Ehemann dem Arzt aus dem Rechtsgrunde der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 BGB), weil der Arzt durch die ärztliche Behandlung der Ehefrau zugleich die Unterhaltspflicht des Ehemannes erfüllt, zu der auch die Verschaffung ärztlicher Hilfe gehört. Ein abweichender Wille des Ehemannes ist in diesem Falle nicht beachtlich (§ 679 BGB). Aus dem gleichen Rechtsgrunde ist die vermögende oder erwerbsfähige Frau verpflichtet, das Arzthonorar für die Behandlung ihres Mannes zu bezahlen, wenn der Ehemann mittellos ist, da in diesem Falle die Frau dem Manne gegenüber unterhaltspflichtig wird (§ 1360 Abs. 2 BGB).

Wird der Arzt zur Behandlung eines minderjährigen Kindes von einem Elternteil zugezogen, so entstehen vertragliche Beziehungen nicht nur zwischen den Eltern, oder, falls die gesetzliche Vertretung von der Mutter ausgeübt wird, zwischen dieser und dem Arzt, sondern über § 328 BGB (Vertrag zugunsten Dritter) auch zwischen dem Kinde und dem Arzt (so RG in RGZ 152, 175 ff.). Mit dieser Entscheidung ist die frühere Auffassung des Reichsgerichts in dem Jahre 1914 RGZ 85, 183 aufgegeben, die bei Hinzuziehung des Arztes durch die Eltern des Kindes nur vertragliche Beziehungen des Arztes zu den Eltern angenommen hatte.

c) Der weitaus überwiegende Teil der ärztlichen Tätigkeit wird von den *Kassenärzten* ausgeübt, wobei zunächst ein Dienstvertrag zwischen Kassenarzt und Krankenkasse zustande kommt. Gleichzeitig tritt aber auch der Patient in das Vertragsverhältnis zum Arzt auf Grund § 328 BGB ein, d. h. der Patient erhält in einem solchen Falle nach den Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter Anspruch auf Erfüllung des Arztvertrages, also vor allem auf sachgemäße Behandlung. Auch hier werden die unmittelbaren Vertragsbeziehungen des Kassenpatienten zum Arzt wie in dem oben erörterten Falle, daß Eltern den Arzt zur Behandlung ihres Kindes zuziehen, aus dem Zweck des Vertrages zwischen Krankenkasse und Arzt hergeleitet, die in erster Reihe den Interessen des Kassenpatienten dienen soll (BGHZ 1, 383 ff., Anh. Nr. 1).

<sup>1</sup> Vgl. *Heesen* „Die Haftung der Ehefrau für das Arzthonorar“, Niedersächs. Ärzteblatt 1947, Nr. 4, S. 46 f., ferner besonders eingehend und klar: *Beitzke*, Monatsschrift für Deutsches Recht 1951, 262 f.

## 2. Vertragsähnliche Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Außer durch ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Dienstvertrag können Ansprüche für und gegen den Arzt auch aus einem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis entstehen, der sogenannten *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§ 677 ff. BGB). Dieser Fall kann eintreten, wenn der Arzt z. B. bei Unglücksfällen hinzukommt und einem bewußtlosen Schwerverletzten Hilfe leistet, oder in Abwesenheit des unterhaltspflichtigen Ehegatten oder des gesetzlichen Vertreters des Kranken seine ärztlichen Dienste zur Verfügung stellt. Daß er in diesen Fällen Honorar für seine Tätigkeit beanspruchen kann, u. U. sogar, wenn er gegen den Willen des Geschäftsherrn (also des Kranken) tätig geworden ist, wurde schon oben zu b) Abs. 2 erwähnt.

Dabei ist der Arzt durch § 679 BGB weitgehend geschützt. Ein seiner Tätigkeit entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn, hier also des Verunglückten, ist nach § 679 BGB unerheblich, wenn ohne die Hilfeleistung des Arztes eine Pflicht des Geschäftsherrn, die im öffentlichen Interesse liegt oder eine Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn unerfüllt bleiben würde. Auch die Erhaltung des Lebens eines Selbstmordkandidaten liegt im öffentlichen Interesse. Zudem ist der mißglückte Selbstmordversuch stets als Unglücksfall zu werten, auch wird er sich dem Arzt regelmäßig als solcher darstellen. Der Arzt kann sich daher immer gemäß § 330c StGB zur Hilfeleistung verpflichtet fühlen. Er kann sich also in diesem Falle immer auf § 679 BGB berufen<sup>1</sup>. Eine Haftung kann den Arzt als Geschäftsführer ohne Auftrag dann treffen, wenn er schuldhaft gegen die ihm obliegende Pflicht zur sachgemäßen Behandlung verstößt (§ 276 BGB). Sofern aber die Hilfeleistung des Arztes die Abwendung einer drohenden dringenden Gefahr bezweckte, wie es bei Unglücksfällen meist und stets im Falle des § 330c StGB zutreffen wird, so beschränkt sich die Haftung des Arztes für eine bei der Hilfeleistung begangene Gesundheitsbeschädigung auf Vorsatz und *grobes* Verschulden (§ 680 BGB). Bloße Fahrlässigkeit des Arztes genügt in diesem Falle nicht, um seine Ersatzpflicht auszulösen.

§ 330c StGB stellt an sich keine besondere Arztspflicht auf<sup>1</sup>. Kommt es aber für die Erste Hilfe auf ärztliche Sachkunde an, so ist jeder Arzt, der in der Nähe des Verunglückten sich befindet, zur Hilfeleistung verpflichtet und macht sich strafbar, wenn er die ihm ohne eigene Gefahr und ohne Beeinträchtigung eigener Pflichten mögliche Hilfe verweigert. So der BGH in BGHSt. 2, 297 ff., Anh. Nr. 25.

<sup>1</sup> So jetzt die herrschende Meinung: *Palandt* BGB Bem. 2a zu § 679; *Ebermayer* S. 83; Schwarz StGB 17. Aufl. Anm. 1 zu § 330c; anders BGHSt. 2, 150. Diese Entscheidung ist jedoch durch Beschluß des Großen Senats des BGH vom 10. März 1954 (BGHSt. 6, 14) gegenstandslos geworden, worin der Große Strafsenat ausgesprochen hat, daß auch der mißglückte Selbstmordversuch ein Unglücksfall ist. Gegen diesen Beschluß des Großen Strafsenats neuestens Schweizer NJW 55, 816 ff.

§ 330c StGB lautet: Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bestraft.“

Ein Unglücksfall im Sinne des § 330c StGB ist nach der Rechtsprechung des RG ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erheblichen Schaden an Personen oder Sachen verursacht und weiteren Schaden zu verursachen droht (RGSt. 75, 68). Es braucht aber keineswegs immer ein äußeres Ereignis den Unfall hervorgerufen zu haben. Vielmehr gibt es Fälle im Rahmen der Krankheit, die gemäß § 330c StGB als Unglücksfall anzusehen sind. Die gleichen Grundsätze müssen nach der Entscheidung des RG vom 18. März 1941 D 752/40 RGSt. 75, 160 ff. auch gelten, wenn die Fortentwicklung einer Schwangerschaft zu einem plötzlichen Ereignis mit Schadenfolge oder Schadensdrohung führt. Auch in einem solchen Fall ist ein Arzt zur Hilfeleistung verpflichtet. Lehnt er sie trotzdem ab, obwohl ihm die tatsächlichen Umstände, die das sofortige Eingreifen des Arztes erforderlich machen, mitgeteilt werden, so macht er sich ebenfalls nach § 330c StGB strafbar und könnte unter Umständen sogar wegen fahrlässiger Körperverletzung der Frau, oder wenn nachweisbar das Kind infolge Nichteingreifens des Arztes alsbald nach der Geburt stirbt, wegen fahrlässiger Tötung des Kindes bestraft werden. So die oben genannte Entscheidung des RG vom 18. März 1941 Anh. Nr. 27.

### 3. Krankenhaus und Patient.

Dienstvertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts ist auch der Krankenhausaufnahmevertrag, also der Vertrag, der durch die Aufnahme eines Patienten in ein Krankenhaus entsteht.

Der Betrieb eines Krankenhauses ist unter Umständen Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung und daher konzessionspflichtig. Öffentliche Krankenhäuser, staatliche oder städtische oder von einer öffentlichen Körperschaft eingerichtete Krankenhäuser, sind ebenso wie die lediglich gemeinnützigen, wohltätigen oder wissenschaftlichen Zwecken dienenden Krankenanstalten nicht konzessionspflichtig. Dagegen bedürfen die Betriebe einer Privatkranken-, Privatentbindungs- oder Privatirrenanstalt einer behördlichen Konzession. Sie sind im Gegensatz zur Ausübung des Arztberufes als solchen gewerbliche Unternehmungen. Der Arzt wird aber nicht schon dadurch zum Gewerbetreibenden, daß seine auf Gewinnerzielung gerichtete ärztliche Tätigkeit die Unterhaltung einer Privatkrankenanstalt (z. B. die Klinik eines Chirurgen oder eines Augenarztes) notwendig macht. Als Unternehmer einer Privatkrankenanstalt ist der Arzt nur dann Gewerbetreibender, wenn die Anstalt als *selbständiges Mittel* zur Erzielung einer dauernden Einnahmequelle gehalten wird (so *Landmann-Rohmer* Kommentar zur Gewerbeordnung, 10. Aufl. 1952, Anm. 2 und 3 zu § 30).

Nicht genehmigungspflichtig sind auch die üblichen Ambulatorien, Polikliniken und Sprechzimmer des Arztes (vgl. *Landmann-Rohmer* a. a. O.).

Der Krankenhausaufnahmevertrag verpflichtet in aller Regel den Krankenhausinhaber gegenüber dem Patienten sowohl zur Gewährung von Unterkunft, Verpflegung und sachgemäßer Betreuung des Kranken, wie auch zur ärztlichen Behandlung durch den Krankenhausarzt (sog. totaler Krankenhausvertrag).

Läßt sich ein Kranker in ein Krankenhaus aufnehmen, der bisher von dessen Chefarzt oder einem anderen Arzt ambulant behandelt worden war, der ihn dann weiter in dem betreffenden Krankenhaus behandeln soll, so erstreckt sich ein solcher Vertrag mit dem Krankenhaus (sog. aufgespaltener Arzt-Krankenhausvertrag) nicht lediglich auf Unterkunft und Verpflegung, sondern auch darauf, daß dem Patienten alle erforderliche Heilbehandlung zuteil wird, insbesondere solche, die nicht durch den behandelnden Arzt selbst, sondern gewöhnlich nur mittels der personellen und sachlichen Einrichtungen eines Krankenhauses gewährt zu werden pflegt, z. B. Verabfolgung von Medikamenten, Injektionen und vieles andere mehr. Das Krankenhaus selbst entspricht dieser Erwartung, indem es solche Einrichtungen zur Verfügung stellt und die erforderlichen Maßnahmen durchführt und berechnet<sup>1</sup>. Zu derartigen Maßnahmen gehört auch z. B. eine Bluttransfusion<sup>2</sup>, da die zu Bluttransfusionen notwendigen Apparate im allgemeinen nur in Krankenhäusern zur Anwendung gelangen (so das vorstehend genannte Urteil des BGHZ Bd. 5, S. 323). Wird durch eine Heilmaßnahme, die ein Assistenzarzt oder sonstiger Angestellter des Krankenhauses vornimmt, ein Patient schuldhaft verletzt oder sonst an seiner Gesundheit schuldhaft beschädigt, so hat dafür der Krankenhausinhaber gemäß § 276, 278 BGB einzustehen (Urteil des BGH in BGHZ Bd. 5, a. a. O. Anh. Nr. 3).

Wird ein Kassenpatient in ein Krankenhaus eingeliefert, so entstehen, wie beim Arztvertrag dargelegt, über § 328 BGB vertragliche Beziehungen zwischen Krankenhaus und Patient (vgl. oben 1b zu bb BGHZ 1, 386 Anh. Nr. 1).

<sup>1</sup> Der Krankenhausvertrag, durch den ein Ehemann seine Frau in einem Krankenhaus unterbringt, bewirkt jedoch keine Haftung des Krankenhauses für einen Unfall, den der Ehemann beim Besuch seiner Frau infolge mangelnder Verkehrssicherung des Krankenseinganges erleidet. Trotz der mietrechtlichen Bestandteile, die auch ein Krankenhausvertrag aufweist, können die Grundsätze, die die Rechtsprechung den Angehörigen eines Wohnungsmieters wegen nicht gefahrfreier Beschaffenheit der Mieträume zugibt, nicht auf den Krankenhausaufnahmevertrag übertragen werden (so Urteil des BGH in BGHZ 2, 94 ff. Anh. Nr. 5). Dagegen kann bei ungenügender Verkehrssicherung des Krankenseinganges sehr wohl ein Schadensersatzanspruch des verletzten Ehegatten aus unerlaubter Handlung gegen den Krankenhausinhaber geltend gemacht werden, wenn der Inhaber es schuldhaft unterlassen hat, für den verkehrssicheren Zustand des Einganges Sorge zu tragen und dadurch ein Besucher des Krankenhauses Schaden erleidet.

<sup>2</sup> Näheres ergibt das im *Anh. Nr. 3* abgedruckte Urteil in BGHZ 5, 323 f.

Außer der Haftung für das Verschulden eines Arztes oder sonstiger Angestellter des Krankenhauses trifft den Krankenhausträger eine allgemeine Überwachungs-, Kontroll- und Unterweisungspflicht. Nach dieser Richtung hat das Reichsgericht sehr strenge Grundsätze, insbesondere für den Inhaber eines öffentlichen Krankenhauses aufgestellt (RGZ 112, 290 ff. Anh. Nr. 4). In diesem Falle waren an Krätze Erkrankte, die in ein städtisches Krankenhaus eingeliefert waren, statt mit der üblichen Schwefelsalbe mit einem giftigen Chromgemisch eingerieben worden, das dem Krankenhaus von einer Apotheke als Schwefelsalbe geliefert worden war. Infolge der hohen Giftigkeit der Einreibung starben zwei Kranke, ein Dritter konnte erst nach langem Krankenlager seine Gesundheit wiedererlangen. Das Verschulden des Krankenhauses wurde nicht darin erblickt, daß die Salbe vor ihrer Ingebrauchnahme nicht untersucht worden war, insoweit nahm das Reichsgericht an, daß für die Zusammensetzung eines Medikaments nicht der Arzt oder Heilgehilfe des Krankenhauses, sondern der Apotheker verantwortlich sei. Dagegen sei die Stadtgemeinde auf Grund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber den einzelnen Kranken zu einer sachgemäßen Leib und Leben nicht gefährdenden Behandlung verpflichtet gewesen. Danach habe aber der Stadt auch eine allgemeine Überwachungs- und Unterweisungspflicht obgelegen, für deren Verletzung, soweit sie verfassungsmäßigen Vertretern zur Last zu legen sei, die Stadtgemeinde aus §§ 31, 89 BGB hafte.

Im gegebenen Falle sei aus der Eigenschaft der Stadt als Fürsorgepflichtigen, der die unbemittelten Kranken ihre höchsten Güter, Gesundheit und Leben, anvertrauten, zu folgern, daß sie durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter Vorschriften hätte erlassen müssen, die einerseits die Verpflichtung der Wärter festlegten, jede auffällige von den regelmäßigen Beobachtungen abweichende Wirkung eines Heilmittels sowie jede bei seiner Anwendung zutage tretende außergewöhnliche Erscheinung den Ärzten zu melden und andererseits die Verpflichtung der Ärzte regelten, bei solchen Meldungen unverzüglich geeignete Vorsichtsmaßregeln zu treffen. Damit sei jedoch der Aufgabenkreis der Stadt noch nicht erschöpft, sie sei vielmehr außer zu den vorgenannten Anordnungen verpflichtet gewesen, Vorsorge zu treffen, daß von Zeit zu Zeit in sachgemäßer Weise die Befolgung der Anordnung nachgeprüft würde.

Diese sehr weitgehenden Verpflichtungen eines Krankenhausesinhabers sind seit dem Erlaß des Urteils RGZ 112, 293 ff. (im September 1929) durch die Rechtsprechung nicht eingeschränkt worden. Der BGH hat in einem Urteil vom 10. Juli 1954 Abs. V ähnlich weitgehende Grundsätze aufgestellt (Anhang Nr. 16).

#### 4. Öffentlich-rechtliches Verhältnis.

Außer durch bürgerlich-rechtlichen Vertrag können Beziehungen zwischen Arzt und Patient, sowie zwischen Krankenhaus und Patient auch auf Grund eines *öffentlich-rechtlichen Verhältnisses* eintreten.



Ein lediglich öffentlich-rechtliches Verhältnis liegt vor, wenn die Tätigkeit des Arztes am Patienten in Ausübung ihm übertragener Hoheitsrechte erfolgt, also insbesondere, wenn der Arzt in seiner Eigenschaft als Amtsarzt tätig wird. In diesem Falle gibt das Gesetz dem verletzten Patienten nur den sog. Amtshaftungsanspruch gegen den Staat oder den Hoheitsträger, der dem Arzt die Beamtenstellung gegeben hat. Das nahm man früher in der Regel dann an, wenn der Patient in ein Krankenhaus zur Behandlung eingeliefert wurde, dessen Ärzte Beamtenstellung hatten. Das hoheitliche Verhältnis der Klinik gegenüber den Kranken wurde in diesem Falle aus der dem Bereiche staatlicher Fürsorge dienenden Zielsetzung des Dienstes an Forschung und Lehre gefolgert. Letzteres war insbesondere in einem Beschlusse des Kammergerichts vom 5. Januar 1929 (JW 1929, 2287) nachdrücklich betont worden. Dort handelte es sich um die Behandlung von Kranken in einer Universitätsklinik, die als Maßnahme staatlicher Fürsorge angesehen worden war, so daß dem Patienten wegen falscher ärztlicher Behandlung ein Anspruch nur gegen den Staat aus Amtspflichtverletzung des beamteten Arztes, nicht aber auch unmittelbar gegen den Arzt gewährt wurde. Diese Auffassung gilt heute nicht mehr. Das RG nahm zwar bei Aufnahme eines Kranken in ein öffentliches Krankenhaus das Entstehen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen Krankenhaus und Patient an. Bereits in RGZ 91, 263; 112, 290 f., zuletzt in DR 1943 S. 854 hat das RG, sofern zugleich ein Rechtsverhältnis vorlag, das den Hoheitsträger zur Fürsorge verpflichtete, neben der Staatshaftung eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 278 BGB (Haftung für Verschulden eines Erfüllungsgehilfen) für gegeben erklärt. Der III. Zivilsenat des BGH sagt über das Rechtsverhältnis des Patienten eines öffentlichen Krankenhauses in BGHZ Bd. 4, 152, daß von einem Unterordnungsverhältnis des Patienten gegenüber dem Krankenhaus, wodurch eine Amtshaftung des Krankenhausträgers begründet werden könnte, bei Durchführung der Behandlung in einem staatlichen oder städtischen Krankenhaus nicht die Rede sein könne. In einem solchen Falle entstehe zwar ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem unentgeltlich aufgenommenen Kranken und dem Krankenhausträger, wodurch Letzterer zur Gewährung von Krankenhilfe verpflichtet werde. Für ein Verschulden der Hilfsperson des Krankenhausträgers bei dieser Behandlung hafte der Krankenhausinhaber in entsprechender Anwendung des Rechtsgrundsatzes des § 278 BGB, der die Haftung des Schuldners für ein Verschulden jeder Person vorsieht, die der Schuldner bei der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung hinzugezogen hat. Noch klarer drückt dies der III. Zivilsenat in der Entscheidung BGHZ 9, 145 ff. aus. Dort wird gesagt, daß für das Verhältnis der öffentlichen Krankenhäuser und auch der Universitätskliniken zu ihren Patienten nicht in erster Reihe die Zielsetzung der Forschung und Lehre, die öffentlich-rechtlicher Natur sei, als maßgebend angesehen werden könne, sondern die Art und Weise, wie die Organisation der betreffenden

Klinik im Hinblick auf die Zielsetzung als Krankenhaus gestaltet sei. Insofern bestehe aber kein wesentlicher Unterschied bei einer Universitätsklinik zu den anderen Krankenhäusern. „In der Universitätsklinik besteht, so heißt es in der angeführten Entscheidung, abgesehen von der allgemeinen Hausordnung, kein hoheitrechtliches Unterwerfungsverhältnis der Patienten.“ Der Umstand, daß bei der Pflege und Heilung der Patienten auch für Forschung und Lehre Nutzen gezogen wird, z. B. durch wissenschaftliche Auswertung der Krankengeschichten, ist nach Meinung des BGH auf die Rechtsnatur des Verhältnisses der Klinik und Ärzte zu den Patienten ohne Einfluß. Ebensowenig werde der privatrechtliche Charakter dieses Verhältnisses durch eine etwaige hoheitliche Gestaltung der Beziehungen des Staates zu den Beamten der Klinik oder zu den in ihr lernenden und arbeitenden Personen berührt. Vgl. BGH 9, 146 ff. im Anh. Nr. 5.

Es bleiben daher für die Annahme eines lediglich öffentlich-rechtlichen Hoheitsverhältnisses zwischen Arzt und Patienten nur die Fälle der sog. Zwangsbehandlung übrig, in denen ein Patient von einem Amtsarzt, d. h. einem Arzt in Beamtenstellung, gerade in dieser seiner Eigenschaft behandelt und verletzt wird; also z. B. die Tätigkeit des früheren (oder zukünftigen) Militärarztes, des Gefängnisarztes oder des Arztes am Gesundheitsamt oder des Vertrauensarztes in der sozialen Krankenversicherung oder, wenn ausnahmsweise die Krankenkasse den Kassenpatienten in ein von ihr selbst zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Fürsorgepflicht geschaffenes Krankenhaus überweist, das *lediglich* der Durchführung der von der Krankenkasse geschuldeten ärztlichen Hilfe dient. Nur in diesen Fällen wird heute anzunehmen sein, daß ein Kranker lediglich auf den sog. Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GrundG gegen den Staat oder diejenige öffentliche Dienststelle beschränkt ist, die den Amtsarzt mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet hat. Ein Anspruch gegen den Amtsarzt selbst ist in diesem Falle durch Art. 34 des GG ausgeschlossen. Näheres über den sog. Amtshaftungsanspruch ist unter B 2 b ausgeführt.

## B. Die Haftpflicht des Arztes und Krankenhauses im einzelnen.

### 1. Verträge.

Grundlage der Haftpflicht des Arztes ist in aller Regel der mit ihm geschlossene *Dienstvertrag*, in Ausnahmefällen Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie verpflichten den Arzt zur sachgemäßen Behandlung seines Patienten, wozu auch die sachgemäße Durchführung einer Operation gehört. Jede schuldhaft, d. h. vorsätzliche oder fahrlässige Schädigung des Patienten durch

den Arzt löst die vertragliche Pflicht zum Schadensersatz aus (§ 276, § 249 BGB).

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr *erforderliche* Sorgfalt außer acht läßt. Dabei ist das Maß der vom Arzt zu beobachtenden Sorgfalt nach dem Durchschnittsmaßstab des gewissenhaften Berufsgenossen zu bestimmen und zu fragen, was ein ordentlicher Arzt in diesem Falle getan oder hätte tun müssen oder dürfen. Mit anderen Worten, es ist zu prüfen, welches Maß von Wissen, Können und Sorgfalt unter den gegebenen Verhältnissen von einem gewissenhaften Durchschnittsarzt zu verlangen war (*Ebermayer* S. 91). Dabei sind alle Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Es dürfen z. B. an den Landarzt, der sich genötigt sieht, unter den ungünstigsten örtlichen Verhältnissen eine Operation auszuführen (z. B. weil der Zustand des Patienten einen Transport nach dem weit entfernten Krankenhaus nicht mehr gestattet), nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden, wie sie von einem gewiegten Operateur in einem gut eingerichteten Krankenhaus erwartet werden können. Es muß auch stets geprüft werden, ob der Mißerfolg ausschließlich auf der Fahrlässigkeit des Arztes beruhte, oder ob etwa andere vom Arzte nicht zu vertretende Umstände den Eintritt des den Patienten schädigenden Erfolges herbeigeführt haben. Es kann nach den besonderen Umständen des Falles eine geringe Fahrlässigkeit des Arztes als entschuldbar angesehen werden. Das hat das Reichsgericht bereits im Jahre 1912 angenommen, als es in RGZ 78, 435 ausführte:

„Auch der geschickteste Arzt arbeitet nicht mit der Sicherheit einer Maschine; trotz aller Sorgfalt und Geschicklichkeit des Operateurs kann ein Griff, ein Stich, ein Schnitt mißlingen, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt.“

a) Schuldhaft handelt der Arzt stets dann, wenn er einen sog. *Kunstfehler* begeht. Als solchen sieht auch der Bundesgerichtshof in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht ein Abweichen des Arztes von anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft an. *Eberhard Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht*, S. 137 f., will als Kunstfehler nur die tatsächliche Feststellung gelten lassen, „daß in einem bestimmten Einzelfalle etwas geschehen ist, was vom medizinischen Standpunkt aus unrichtig ist.“ *E. Metzger* in der Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1953, S. 370, will als Kunstfehler nur einen Eingriff beim Patienten ansehen, der nicht „lege artis“ erfolgt. Im praktischen Ergebnis kommen diese Begriffsbestimmungen im wesentlichen auf das gleiche hinaus, da man etwas medizinisch Unrichtiges oder einen nicht „lege artis“ erfolgten Eingriff ebenfalls als unvereinbar mit anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft wird ansehen müssen.

Kunstfehler und Verschulden decken sich jedoch nicht immer. In der Entscheidung BGHZ 8, 140 sagt der BGH (Anh. Nr. 7):

„Mag auch der Arzt, Zahnarzt oder Dentist regelmäßig nur dann schuldhaft handeln, wenn er von anerkannten Regeln der Wissenschaft abweicht, so kann doch im Einzelfall ein fahrlässiges Verschulden im Sinne von § 276 BGB auch dann gegeben sein, wenn kein ärztlicher Kunstfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere dann,

wenn die Ansichten der Fachkreise auseinandergehen, und die Regeln, gegen die verstoßen worden ist, noch keine allgemeine Anerkennung in der Wissenschaft gefunden haben. In derartigen Fällen, in denen die Meinungen der ärztlichen Wissenschaft und Praxis über die ordnungsgemäße Behandlungsweise auseinandergehen, dürfen zwar die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes nicht überspannt werden<sup>1</sup> (RGJW 38, 2203 Nr. 19). Herrscht aber Streit darüber, welches Maß von Vorsicht zur Verhütung von Schäden bei der Behandlung notwendig ist, so hat der Arzt im allgemeinen die größere Vorsicht zu beobachten, wenn er nicht fahrlässig handeln will. Denn der Kranke kann verlangen, daß der Arzt alle, auch entfernte Verletzungsmöglichkeiten in den Kreis seiner Erwägungen zieht und sein Verhalten bei der Behandlung des Patienten hiernach einrichtet (RGJW 23, 603).“

Mit sinngemäß gleicher Begründung hatte das Reichsgericht in einem Falle den Schadensersatzanspruch des Kranken gegen das Krankenhaus für berechtigt erklärt, der, obwohl er an einer offenen Wunde litt, im gleichen Raume untergebracht worden war, in dem ein an Gesichtsrose (Erysipel) erkrankter Patient lag und sich an ihm angesteckt hatte. Obgleich über die Zulässigkeit der Unterbringung beider Kranker in einem Raume die Meinungen zweier ärztlicher Autoritäten auseinander gingen, hat das RG der Schadensersatzklage stattgegeben und zur Begründung gesagt:

„Herrscht in der ärztlichen Wissenschaft Streit darüber, welches Maß von Vorsicht zur Verhütung einer Ansteckung notwendig ist, so hat der Arzt im allgemeinen die größere Vorsicht zu beobachten, wenn er nicht fahrlässig handeln will (RG HRR 32 Nr. 1828).“

b) Eine falsche *Diagnose* wird zwar häufig, braucht jedoch nicht stets auf einem Kunstfehler oder einem sonstigen fahrlässigen Verhalten des Arztes zu beruhen. Das ist u. a. in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. Juni 1940 III 134/39 (WarnRspr. Bd. 41, S. 30) ausgeführt<sup>2</sup>.

In diesem Falle hatte ein Arzt bei einem Patienten, dessen linkes Bein, während er auf ebener Straße mit dem Fahrrad fuhr, plötzlich unter starken Schmerzen versagt hatte, die Diagnose auf Ischias gestellt. Erst nach zwei Wochen veranlaßte der behandelnde Arzt auf Drängen des Patienten eine Röntgenuntersuchung in einer benachbarten Klinik, wobei als Ursache der Schmerzen ein eingekeilter Oberschenkelhalsbruch links festgestellt wurde.

Die Fehldiagnose auf Ischias hatte das Berufungsgericht mit Billigung des Reichsgerichts nicht als schuldhaft angesehen, weil der Patient mit aller Bestimmtheit das Fehlen jeder Gewalteinwirkung auf seinen Oberschenkel behauptet hatte. Danach habe der Arzt keinen Anlaß gehabt, mit einem Knochenbruch zu rechnen, und habe nicht pflichtwidrig gehandelt, daß er verspätet eine Röntgenuntersuchung veranlaßte. Eine schuldhafte Pflichtverletzung des beklagten Arztes hat das Reichsgericht jedoch darin erblickt, daß der Beklagte nach Aufdeckung der Fehldiagnose nicht sofort die größte

<sup>1</sup> Eine gute Übersicht über Fälle überspitzter ärztlicher Sorgfaltspflicht bietet ein Aufsatz von Prof. Dr. med. *Heinz Lossen* in der Zeitschrift „Hippokrates“ 1952, S. 197, 224, 254.

<sup>2</sup> Vgl. das im Anh. Nr. 6 wiedergegebene Urteil.