

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6288-5>

**Carolin Wever**

## I. Kommentierte Gerichtsentscheidungen

### Aufklärung über Behandlungsalternativen

*OLG Hamm, Urt. v. 15. 2. 2022 – 26 U 21/21 –*

*Aufklärung über Behandlungsalternativen bei „Tennisarm“*

Auch die medizinische Wissenschaft ist bisweilen dadurch geprägt, dass unterschiedliche Ansichten zu bestimmten Therapiemethoden vertreten werden. Insbesondere in Bereichen, in denen durch fortschreitende Erkenntnisse auch neue Methoden zur Verfügung stehen, kommt es mitunter vor, dass der behandelnde Arzt mehrere Methoden zur Wahl hat, die jeweils von unterschiedlichen Experten präferiert werden.

Wenig verwunderlich ist, dass sich daher auch die Gerichte im Rahmen von Arzthaftungsklagen häufiger mit der Frage beschäftigen müssen, welche Auswirkungen ein solcher „Meinungsstreit“ innerhalb der Medizin auf die Arzthaftung hat (vgl. etwa auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 31. 7. 2019 – 7 U 118/18, dazu bereits *Bergmann/Wever*, MedR 2019, 1002). Häufig stellen sich in diesem Zusammenhang zwei Fragen: Einerseits ist zu klären, ob die tatsächlich gewählte Methode vor dem Hintergrund der abweichenden Ansichten in der medizinischen Wissenschaft als standardgerecht zu bewerten ist, andererseits stellt sich stets die Frage, ob eine Aufklärung über Behandlungsalternativen notwendig ist.

Insbesondere letztere Frage hat nun das OLG Hamm in einer lesenswerten Entscheidung zur Behandlung einer Epikondylitis hummeri radialis – einem sog. „Tennisarm“ – näher beleuchtet. Die Klägerin stellte sich beim Beklagten mit einem Druck- und Belastungsschmerz am rechten Ellenbogen vor. Der Beklagte diagnostizierte eine Epikondylitis hummeri radialis rechts. Der Beklagte stellte die Indikation zu einer subkutanen Injektion. Es erfolgte sodann die Unterzeichnung eines Aufklärungsblattes, wobei zwischen den Parteien streitig war, ob zuvor ein Aufklärungsgespräch stattfand. In der Folgezeit litt die Klägerin unter deutlichen Beschwerden am Ellenbogen, weshalb sie sich in die Behandlung einer orthopädischen Gemeinschaftspraxis begab. Dort wurde eine Ellenbogenentzündung am rechten Ellenbogen festgestellt. In der Folgezeit entwickelte die Klägerin Fieber, so dass sie stationär aufgenommen worden ist und eine chirurgische Revision mit ausgiebiger Spülung, Gelenköffnung und Drainage durchgeführt wurde. Eine Abstrichentnahme ergab den Nachweis von Staphylokokkus aureus. Die Klägerin warf dem Beklagten vor, die Behandlung sei nicht indiziert und zudem fehle es an einer Aufklärung über konservative Therapiemaßnahmen als echte Behandlungsalternativen. Das erstinstanzlich mit dem Fall befasste LG Bochum (Urt. v. 9. 12. 2020 – 6 O 170/18) hatte die Klage abgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Berufung vor dem OLG Hamm hatte unter dem Aspekt der Aufklärung über Behandlungsalternativen Erfolg. Nach sachverständiger Beratung kam das OLG zu dem Ergebnis, dass ein Aufklärungsmangel vorliege. Die Therapie des sog. Tennisellenbogens sei seit Jahrzehnten äußerst umstritten. Es stünden verschiedene

nichtoperative Therapiemethoden nebeneinander, etwa die medikamentöse Behandlung, eine Infiltrationstherapie, eine physikalische Therapie oder die Therapie mittels ruhigstellender Maßnahmen. Auch die AWMF-Leitlinie aus dem Jahr 2011 würde diese Maßnahmen gleichrangig nebeneinanderstellen. Der Sachverständige betonte insoweit, dass alle zur Verfügung stehenden Therapien die Beschwerden zwar teilweise bessern, es aber bei keiner Therapie einen sicheren Erfolg gebe. Auch hinsichtlich der Dauer bis zu einer möglichen Symptombesserung sei keine Therapie als führend zu bezeichnen. Dabei wiesen die verschiedenen Therapieansätze unterschiedliche Risiken auf, so sei etwa eine Stoßwellen- oder Ultraschalltherapie oder die medikamentöse Behandlung mit anderen Risiken verbunden als die hier verwendete Injektionstherapie, da nur bei letzterer das Risiko einer Infektion am Gelenk bestehe. Das OLG bejahte vor diesem Hintergrund eine Pflicht zur Aufklärung über Behandlungsalternativen. Es stünden gleichrangig mehrere Behandlungsalternativen nebeneinander, die hinsichtlich ihrer Wirksamkeit aus der maßgeblichen ex ante-Perspektive gleichrangig seien, aber jeweils unterschiedliche Risiken nach sich ziehen. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zur Notwendigkeit einer Aufklärung über Behandlungsalternativen sei daher eine solche Aufklärung über Behandlungsalternativen notwendig, um eine selbstbestimmte Entscheidung des Patienten darüber zu ermöglichen, auf welche Risiken er sich einlassen will. Nach Anhörung des Beklagten gelangte der Senat nicht zu der Überzeugung, dass die Klägerin über die anderen Therapiemöglichkeiten als die angewendete Injektionsbehandlung aufgeklärt worden ist.

Die Entscheidung ist zudem aus einem weiteren prozessualen Aspekt beachtenswert: Unstreitig kam es zu einer nachträglichen Änderung der Behandlungsdokumentation, ohne dass dies entsprechend der Regelung des § 630f Abs. 1 S. 2 und 3 BGB erkennbar gemacht worden ist. Der Beklagte konnte keine Dokumentenhistorie der digitalen Dokumentation einreichen, da eine solche bei der von ihm eingesetzten Praxissoftware nicht hinterlegt wurde. Das OLG verneinte daher die Indizwirkung der ordnungsgemäßen Dokumentation.

Die Entscheidung bewegt sich im Rahmen der sonstigen obergerichtlichen Rechtsprechung. Gerade der Vergleich zur bereits zitierten Entscheidung des OLG Karlsruhe v. 31. 7. 2019 – 7 U 118/18 – zeigt aber, dass es bei der Frage der Notwendigkeit einer Aufklärung über Behandlungsalternativen einer sorgfältigen Analyse des medizinischen Sachverhaltes bedarf. Im dortigen Verfahren standen ebenfalls zwei Behandlungsalternativen gleichwertig nebeneinander (Hohlkehlpräparation oder Stufenpräparation bei Zahnersatz). Allerdings führten diese unterschiedlichen Methoden nicht zu einem unterschiedlichen Risiko.

Auch die prozessuale Frage zur fehlenden Indizwirkung der nicht gegen nachträgliche Änderungen gesicherten Dokumentation erfolgt im Einklang mit § 630f BGB. Aus Gesichtspunkten des Qualitäts-Risiko-Managements sollte diese Entscheidung des OLG Hamm Anlass sein, eingesetzte Dokumentationssysteme auf die Möglichkeit der Einreichung einer Dokumentationshistorie zu überprüfen.

### Prozessrecht

*OLG Dresden, Beschl. v. 10. 1. 2022 – 4 W 899/21 –*

*Ablehnung eines Prozesskostenhilfeantrags unter Verweis auf Ergebnis des ärztlichen Schlichtungsverfahrens*

Nach § 114 Abs. 1 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten

der Prozessierung nicht aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Das OLG Dresden setzte sich mit der Frage auseinander, inwieweit ein Gutachten aus einem ärztlichen Schlichtungsverfahren bei der Bewertung der Frage der hinreichenden Erfolgsaussichten und der Mutwilligkeit herangezogen werden kann.

Im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage ist in einem eng begrenzten Rahmen eine vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig. Diesbezüglich bestätigt das OLG zunächst, dass die begehrte Prozesskostenhilfe dann zu versagen ist, wenn die Gesamtwürdigung aller schon feststehenden Umstände und Indizien eine positive Beweiswürdigung zugunsten des Antragstellers als ausgeschlossen erscheinen lässt und eine vernünftige und wirtschaftlich denkende Partei, die die Kosten des Rechtsstreits selbst tragen müsste, von einer Prozessführung absehen würde. Im Rahmen dieser Bewertung ist nach Ansicht des OLG auch das Gutachten aus einem ärztlichen Schlichtungsverfahren zu berücksichtigen, so dass eine ablehnende Stellungnahme der Schlichtungskammer im Rahmen der zulässigen antizipierten Beweiswürdigung zur Annahme führen kann, dass der Antragsteller sein Vorbringen nicht beweisen können. Das in einem Schlichtungsverfahren eingeholte Sachverständigengutachten sei ebenso wie das abschließende Schreiben der Schlichtungsstelle im Wege des Urkundenbeweises verwertbar. Eine Verwertbarkeit sei nur dann zu verneinen, wenn das Gutachten Widersprüche aufweise oder die Feststellungen des Gutachters nicht erschöpfend, lückenhaft oder aus sonstigen Gründen unrichtig oder unvollständig seien. Es genüge in diesem Zusammenhang trotz der abgesenkten Substantiierungspflichten im Arzthaftungsprozess nicht, wenn der Antragsteller ohne eine nähere Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Schlichtungsstelle schlicht feststellt, der Auffassung des Gutachters könne nicht gefolgt werden.

Die Entscheidung ähnelt in ihrer Begründung dem Urteil des OLG Dresden v. 7.12.2021 – 4 U 561/21 – (vgl. dazu schon *Wever*, MedR 2022, 452) über den notwendigen Substantiierungsgrad vom Vorbringen im Rahmen der Berufungsbegründung. Inhaltlich ist die Entscheidung überzeugend. Eine Partei, die ihre Kosten selbst tragen würde, würde nur bei begründeten Zweifeln hinsichtlich der Feststellungen der Schlichtungsstelle die Risiken eines Prozesses auf sich nehmen. Welche Auswirkungen die Entscheidung jedoch auf die Bedeutung des Schlichtungsverfahrens hat, bleibt abzuwarten. Die Entscheidung des OLG Dresden setzt eine durchaus strenge, aber in sich schlüssige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Anspruchsbegründung bei Prozesskostenhilfesuch fort. So hatte das OLG Dresden zuvor bereits die Anforderungen an die Substantiierung eines Behandlungsfehlers näher konkretisiert

(vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 11.10.2021 – 4 W 655/21, dazu *Wever*, MedR 2022, 265).

## II. Gerichtsentscheidungen in Leitsätzen

### Prozessrecht

*OLG Hamm, Urt. v. 14.2.2022 – 3 U 121/21*

#### *Zulässigkeit eines Grundurteils*

1. Der Erlass eines Grundurteils kommt nur in Betracht, wenn der Rechtsstreit hinsichtlich des Grundes betreffend sämtlicher geltend gemachter Teilansprüche zur Entscheidung reif ist. Im Grundverfahren geklärt und durch Grundurteil entschieden werden muss die Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale, von deren Erfüllung der vom Kläger geltend gemachte Anspruch abhängt.

2. Streiten die Parteien darüber, ob der vom Kläger geltend gemachte Schaden entstanden ist, muss vor Erlass des Grundurteils festgestellt werden, dass ein zu ersetzender Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit entstanden ist.

3. Erfolgt außergerichtlich bereits Vorschusszahlungen, muss sich das Gericht bei Erlass eines Grundurteils auch mit der Frage auseinandersetzen, ob angesichts dieser Vorschusszahlung weitergehende Schadenspositionen mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sind.

*OLG Dresden Beschl. v. 31.1.2022 – 4 W 19/22*

#### *Befangenheit des Sachverständigen*

1. Die fehlende Auseinandersetzung eines Sachverständigen mit Vorgutachten anderer Sachverständiger ist nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen zu begründen.

2. Der Umstand, dass ein Sachverständiger in seinem Gutachten häufig auf die Ausführungen eines Vorgutachters verweist, rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Sachverständige sich keine eigene Meinung gebildet hat, wenn eine eigene Bewertung durch den Sachverständigen erkennbar wird.

### Arbeitsrecht

*ArbG Gießen, Urt. v. 12.4.2022 – 5 Ga 1/22 –*

#### *Freistellung von ungeimpften Arbeitnehmern bei einrichtungsbezogener Impfpflicht*

Der Regelung des § 20a IfSG folgt, dass der Gesetzgeber vulnerable Personen, zu denen insbesondere die Bewohnerinnen und Bewohner von Seniorenheimen gehören, vor einer Ansteckung mit dem SARS-CoV-2-Virus geschützt werden sollen. Der Arbeitgeber, der in den Anwendungsbereich der einrichtungsbezogenen Impfpflicht fällt, kann ungeimpfte Mitarbeiter daher auch dann freistellen, wenn diese Freistellung nicht auf Anordnung des Gesundheitsamtes erfolgt.