Oberlandesgericht Hamm, 3 U 119/00

Datum:	12.12.2001
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	3. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	3 U 119/00
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2001:1212.3U119.00.00

Vorinstanz:	Landgericht Essen, 4 O 593/98

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 21. Februar 2000 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Essen – unter Zurückweisung der Berufung im übrigen – abgeändert.

Der Beklagte zu 3) wird verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 250.000,00 DM nebst 4 % Zinsen auf den Betrag von 120.000,00 DM ab dem 04.02.1999 und nebst 8,42 % Zinsen auf diesen Betrag von 120.000,00 DM ab dem 01.05.2000 zu zahlen mit der Maßgabe, daß die Leistung auf die von dem Haftpflichtversicherer des verstorbenen Prof. Dr. U zahlende Entschädigung begrenzt ist.

Es wird festgestellt, daß der Beklagte zu 3) verpflichtet ist, der Klägerin den zukünftigen materiellen und weiteren zukünftigen, nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden aus der Entfernung der linken Brust (Operation am 23.03.1994) und der Entfernung der rechten Brust (Operation am 30.03.1995) zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder sonstigen Dritten übergegangen sind und mit der Maßgabe, daß die Leistung auf die von dem Haftpflichtversicherer des verstorbenen Prof. Dr. U zahlende Entschädigung begrenzt ist.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Gerichtskosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin und der Beklagte zu 3) jeweils zur Hälfte. Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) voll. Die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Klägerin und seine eigenen außergerichtlichen Kosten trägt der Beklagte zu 3). Im übrigen trägt die Klägerin ihre außergerichtlichen Kosten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte zu 3) kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 300.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten zu 1) und 2) durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von jeweils 10.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagten zu 1) und 2) zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten. Allen Parteien bleibt nachgelassen, die Sicherheitsleistung auch durch eine unbedingte und unbefristete Bürgschaft einer deutschen Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen.

Tatbestand: 1

Die am 08.03.1964 geborene Klägerin tastete im Jahre 1992 einen Knoten in ihrer linken Brust und begab sich in die Behandlung ihrer Frauenärztin Dr. I2. Auf deren Anraten ließ die Klägerin durch einen Radiologen eine Mammographie erstellen. Dessen Befund vom 10.03.1994 ergab eine beidseits fibrozystische Mastopathie ohne Malignomnachweis. Die Klägerin wurde in die Klinik der Beklagten zu 1) überwiesen, wobei der Überweisungsschein den Hinweis enthielt: "kleine Mammaresistenz rechts". Dort wurde am 14.03.1994 ein druckdolenter Knoten in der linken Brust mit einem Durchmesser von ca. 0,5 cm festgestellt. Im Krankenhaus der Beklagten zu 1) wurden mehrere Untersuchungen durchgeführt. Es wurde ein EKG gefertigt, ein Röntgenthorax, eine Sonographie und es wurden die Laborparameter festgestellt. Die Mammographie war unauffällig. Sonographisch war kein konkreter suspekter Focus abgrenzbar. Am 15.03.1994 wurde eine Probeexcision links durchgeführt. Das Gewebe wurde dem am 02.06.1997 verstorbenen Prof. Dr. Ur histologischen Begutachtung übersandt. Dieser stellte nach Durchführung einer Schnellschnittuntersuchung und ergänzender Untersuchung des Materials nach Paraffineinbettung ein infiltrierendes duktales Mammakarzinom mit einer Größe von 1,1 cm und einem minimalen Randabstand von 0,1 cm fest sowie eine Mastopathie Grad I bis II. Am 23.03.1994 entfernte der Beklagte zu 2) bei der Klägerin die linke Brust und setzte eine sogenannte Expanderprothese ein. Das entnommene Gewebe wurde Prof. Dr. Kemnitzr Untersuchung übersandt. Dieser stellte am 24.03.1994 tumorfreie Absetzungsränder, eine Mastopathie Grad II und im übrigen karzinomfreies Mammagewebe sowie tumorfreie Lympfknoten fest. In der Zeit vom 30.08. bis zum 19.09.1994 wurde bei der Klägerin ein Prothesenwechsel durchgeführt. 2

3

Im November 1994 ertastete die Klägerin einen Knoten in der rechten Brust. Sie wurde am 15.12.1994 erneut in die Klinik der Beklagten zu 1) eingewiesen. Nach Durchführung weiterer Untersuchungen, unter anderem einer Mammographie erfolgte am 17.12.1994 eine Probeexcision der rechten Brust. Auch diese Probe wurde Prof. Dr. Kemnitzr Untersuchung übersandt, der ein nicht invasives duktales Mammakarzinom mit einer Größe von 0,4 cm und einem minimalen Randabstand von 0,2 cm feststellte. Als die Klägerin Kenntnis von diesem Befund erhielt, begab sie sich in die Beratung weiterer Ärzte. Sie ließ unter anderem in C3 eine Magnetresonanztomographie durchführen. Diese blieb ohne Ergebnis. Die Klägerin ließ sich von dem Onkologen Dr. O beraten, der ihr zur Durchführung einer Chemotherapie riet. Hierzu war die Klägerin nicht bereit. Sie begab sich erneut in die Klinik der Beklagten zu 1) und ließ dort am 30.03.1995 die Entfernung der rechten Brust durch den Beklagten zu 2) mit anschließendem Brustaufbau durchführen. Das entnommene Gewebe wurde erneut Prof. Dr. Kemnitzr Begutachtung übergeben. Er stellte am 01.04.1995 eine Mastopathie Grad I und II mit kleinen Herden einer sklerosierenden Adenosis und mit einem Microkalk fest.

Am 05.05.1995 nahm die Klägerin ihre Arbeit wieder auf. Es schlossen sich Kuraufenthalte in de Zeit vom 03. bis zum 31.01.1996 und in der Zeit vom 05. bis zum 26.06.1997 an. Die Klägerin erhielt einen Schwerbehindertenausweis, wonach sie eine Schwerbeschädigung in Höhe von 70 % hat. 4

Im Jahre 1996 kamen dem Frauenarzt Dr. Y an den Befundungen des Prof. Dr. U. Er verlangte am 31.01.1996 die Präparate einer Patientin von Prof. Dr. U heraus, der die Herausgabe zunächst verweigerte. Am 01.02.1996 soll es zu einem Einbruch in das Institut des Prof. Dr. U gekommen sein. Am 07.03.1996 kam es zu einem C2 im Institut des Prof. Dr. U. Dieser hatte die Präparate in einem räumlich getrennten Lagerraum ausgelagert, wobei die Schnellpräparate in Kartons, die in Paraffinblöcke gegossenen Proben in Beuteln und Säcken aufbewahrt wurden. Im Anschluß an den Brand ließ Prof. Dr. U einen Großteil der Präparate entsorgen. Bei einem weiteren Brand im Institut am 02.06.1997 kam Prof. Dr. U. Über den Nachlaß von Prof. Dr. U wurde ein Nachlaßkonkursverfahren eingeleitet. Zum Nachlaßkonkursverwalter wurde der Beklagte zu 3) bestellt. 5

Die Klägerin hat die Beklagten auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 120.000,00 DM, den Ersatz bezifferter materieller Schäden und Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz zukünftiger materieller und immaterieller Schäden in Anspruch genommen. Sie hat behauptet, daß sie nicht an Brustkrebs gelitten habe. Die von Prof. Dr. U erstellten Befunde seien fehlerhaft gewesen. Beide Brustoperationen seien nicht indiziert gewesen. Eine Begutachtung der Gewebeproben sei heute nicht mehr möglich, weil diese durch den verstorbenen Prof. Dr. U nicht hinreichend gesichert worden seien. Im Institut des Prof. Dr. U hätten chaotische Zustände geherrscht. Die Präparate hätten ungeordnet herumgelegen, wobei die Säcke auf Grund des Gewichtes darüber liegender Proben teilweise aufgeplatzt seien. 6

Der Beklagte zu 3) hat behauptet, daß Prof. Dr. U die Gewebeproben ordnungsgemäß katalogisiert und archiviert habe. Bei der Aufbewahrung der Proben in Beuteln seien diese beschriftet worden. Die Säcke, in denen die Beutel zusammengefaßt worden seien, seien ebenfalls beschriftet worden, und zwar nach Jahr, Monat und laufender Nummer. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen. 7

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, daß die Klägerin eine Fehldiagnose durch Prof. Dr. U nicht nachgewiesen habe. Beweiserleichterungen kämen ihr nicht zugute. 8

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung und beantragt – nach Rücknahme der Berufungen gegen die Beklagten zu 1) und 2) -, 9

den Beklagten zu 3) zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst 4 % Zinsen seit dem 04.02.1999 und nebst 8,42 % Zinsen seit dem 01.05.2000 zu zahlen mit der Maßgabe, daß die Leistung nur auf die von der Haftpflichtversicherung zu zahlende Entschädigung begrenzt ist; 10

den Beklagten zu 3) zu verurteilen, an sie 161,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 04.02.1999 und nebst 8,42 % Zinsen seit dem 01.05.2000 zu zahlen mit der Maßgabe, daß die Leistung nur auf die von der Haftpflichtversicherung zu zahlende Entschädigung begrenzt ist; 11

festzustellen, daß der Beklagte zu 3) verpflichtet ist, ihr jedweden zukünftigen materiellen und weiteren zukünftigen, nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden aus der Entfernung der linken Brust (OP: 23. März 1994) und der rechten Brust (OP: 16.12.1994) zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder sonstigen Dritten übergegangen sind und mit der Maßgabe, daß die Leistung auf die von der Haftpflichtversicherung zu zahlende Entschädigung begrenzt ist. 12

Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen, 13

die Klägerin nach Zurücknahme der Berufung des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. 14

Der Beklagte zu 3) beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen; hilfsweise Vollstreckungsnachlaß. 16

Die Parteien wiederholen, vertiefen und ergänzen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Wegen der Einzelheiten ihres Vorbringens in der Berufungsinstanz wird auf die in dieser Instanz gewechselten Schriftsätze mit ihren Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat gemäß Beweisbeschluß vom 30.10.2000 (Blatt 570, 571 der Akten) ein ergänzendes gynäkologisches Gutachten eingeholt, die Klägerin angehört sowie die Sachverständigen Profes. Dres. E3 und P ihre schriftlichen Gutachten erläutern lassen. Insoweit wird auf den Vermerk des Berichterstatters zum Senatstermin vom 05. November 2001 verwiesen (Bl. 738 – 741 d.A.). Die Strafakten (StA Essen 66 Js 37/96 und 66 Js 438/97) waren Gegenstand der Verhandlung 17

Entscheidungsgründe: 18

Die Berufung der Klägerin gegen den Beklagten zu 3) war überwiegend erfolgreich. 19

Die Klägerin hat gegen den Beklagten zu 3) einen Anspruch auf Ersatz der titulierten immateriellen und materiellen Schäden gemäß §§ 847, 823, 831 BGB i.V.m. Art. 103 S. 1 EGInsO, §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 2, 47 KO, 157 VVG. 20

In der Beurteilung des Behandlungsgeschehens macht sich der Senat die Feststellungen der Sachverständigen Profes. Dres. P und E3, die ihre Gutachten überzeugend erläutert haben und dem Senat seit langem als erfahren und sachkundig bekannt sind, zu eigen. Danach geht der Senat – auf Grund der Beweislastverteilung zu Lasten des Beklagten zu 3) – davon aus, daß die von Prof. Dr. U am 15.03.1994 (Anlage 4 und 7 zur Klageschrift, Blatt 84, 87 der Akten) und am 16./17.12.1994 (Anlage B 23, 24, Blatt 312, 313 der Akten) erstellten pathologischen Befunde "duktales Mammakarzinom" jeweils behandlungsfehlerhaft waren. 21

Ob die in Rede stehenden Gewebeproben tatsächlich die Bös- oder Gutartigkeit ergeben hätten, läßt sich nicht mehr sicher feststellen. Wenn die Präparate noch vorliegen würden, hätte die Entscheidung über die Bös- oder Gutartigkeit zu 100 %, so Prof. Dr. E3, getroffen werden können. Daß diese Erkenntnisse heute nicht mehr gewonnen werden können, geht zu Lasten des Beklagten zu 3). Es fällt in den Verantwortungsbereich des verstorbenen Prof. Dr. U und des Beklagten zu 3), daß diese Frage nicht mehr mit der erforderlichen Sicherheit zu klären ist. 22

Es entspricht der ständigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung, daß derjenige, der den Verlust eines erheblichen Beweismittels zu verantworten hat, sich die etwaige Vereitelung der Beweisführung vorhalten lassen muß (BGH ZIP 1985, 312, 314 m.w.N., Senat Urteil vom 23.02.2000 – 3 U 133/99 -, NA-Beschluß des BGH vom 24.07.2001, VI ZR 183/00, NJW-RR 2001, 1539). Für den Bereich des Arzthaftungsrechts ist anerkannt, daß nicht nur denjenigen, der gerade im Hinblick auf einen zu erwartenden oder bereits laufenden Prozeß die Benutzung von Beweismitteln vereitelt, Beweisnachteile treffen, wobei dies aus den §§ 427, 444, 446 ZPO abgeleitet wird. Vielmehr können auch denjenigen Arzt Beweisnachteile treffen, der gegen die Pflicht verstößt, Befunde zu sichern oder zu erheben. Bei einem Verstoß gegen die Befundsicherungs- oder Befunderhebungspflicht können dem Patienten Beweiserleichterungen, und zwar bis hin zur Beweislastumkehr zugute kommen (BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482; 1996, 779; 1589; BGHZ 138, 1 = NJW 1998, 1780) .Verletzt der Arzt die **Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufbewahrung von Befundträgern**, kann dieser Verstoß beweiserleichternde Bedeutung haben (BGH NJW 1996, 779; 1589). 23

Gegen diese Pflicht hat der verstorbene Pathologe Prof. Dr. U verstoßen. Die Pflicht zur Aufbewahrung der pathologischen Präparate betrug für die in Rede stehenden Gewebeproben 10 Jahre. Diese Aufbewahrungspflicht bestand, wie Prof. Dr. E3 bestätigt hat und wie dem Senat auch aus anderen Verfahren bekannt ist, aus medizinischen Gründen. Für die Nachbehandlung im Falle des Auftretens von Rezidiven oder Metastasen konnte die aus den aufzubewahrenden Präparaten zu gewinnende Erkenntnis aus medizinischen Gründen von Bedeutung sein. 24

Der Verstoß gegen die Aufbewahrungspflicht liegt zum einen schon darin, daß die Gewebeproben nicht standardgemäß gelagert worden sind. Eine Lagerung in Plastiksäcken entspricht und entsprach auch 1994 evident nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Lagerung. Gesichert werden die Befundträger durch eine solche Lagerung schon deshalb nicht, so Prof. Dr. E3, weil die Gefahr besteht, daß der Plastiksack reißen und das Präparat herausfallen kann. 25

Daß eine Lagerung in Plastiksäcken stattgefunden hat, ist unstreitig. Bis zum Ende des Senatstermins war zwischen den Parteien nicht streitig, daß die Präparate in Plastiksäcken gelagert worden sind. Noch im Senatstermin hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zu 3) – auf Nachfrage – erklärt, er bestreite nicht, daß die Präparate in Plastiksäcken gelagert worden seien (Seite 4 des Berichterstattervermerks, Blatt 741 der Akten). Wenn der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zu 3) am Ende des Senatstermins (Seite 3 des Protokolls vom 05.11.2001, Blatt 730 der Akten) erstmals angibt, diese Tatsache zu bestreiten, so ist dies widersprüchlich und genügt nicht den Anforderungen an ein erhebliches Bestreiten gemäß § 138 ZPO. Zudem ist die Tatsache der Lagerung in Plastiksäcken im Senatstermin mit der Wirkung des § 288 ZPO zugestanden worden. Darüber hinaus ist eine solche Lagerung der Fotodokumentation zum Brandschutzgutachten vom 27.09.1996 (Blatt 22 bis 25, Band VII der Strafakten StA Essen 66 Js 37/96) zu entnehmen. 26

27

Dem Beweisantritt (Anlage zum Schriftsatz des Beklagten zu 3) vom 25.09.2001, (Blatt 727 der Akten) die Zeugen Q, Günther, Venne, F2, Lunczyn, Bienert – nichtärztliche Mitarbeiter im ehemaligen Institut von Prof. Dr. U – dazu zu vernehmen, daß Prof. Dr. U alle Standardanforderungen an die Registrierung, Befundung und Aufbewahrung der Gewebematerialen eingehalten habe, ist der Senat nicht nachgekommen, weil die Frage der standardgemäßen Lagerung auf Grund des unstreitigen Sachverhalts von Prof. Dr. E3 überzeugend beantwortet worden ist. Zur Beantwortung einer medizinischen Beweisfrage ist auf die Fachkenntnisse des Sachverständigen aus dem betreffenden medizinischen Sachgebiet abzustellen (zuletzt Senat, Urteil vom 26.01.2000 – 3 U 100/99 -, NA-Beschluß des BGH vom 24.10.2000 – VI ZR 129/00 – VersR 2001, 249). Durch den Sachverständigen Prof. Dr. E3 als Direktor des Instituts für Pathologie der Universität zu L ist auf das betreffende Sachgebiet abgestellt und die Beweisfrage der Lagerung überzeugend beantwortet worden.

Auch dem Beweisantrag, die Zeugen Dr. C und Dr. D vom Institut für Rechtsmedizin der Universität N zur Lagerung zu vernehmen, war schon deshalb nicht nachzugehen, weil das in Rede stehende medizinische Sachgebiet nicht das Gebiet der Rechtsmedizin, sondern das der Pathologie betrifft. 28

Darüber hinaus läßt allein der Umstand, daß die Aufbewahrungssystematik von Prof. Dr. U es ermöglicht haben soll, die Gewebeproben ausfindig zu machen (so Seite 3 der Anlage zum Schriftsatz vom 25.09.2001, Blatt 727 der Akten), nicht den Schluß zu, daß eine Aufbewahrung der Gewebeproben in Plastiksäcken dem fachpathologischen Standard entsprochen haben soll. Schließlich würde sich an der Bewertung zur Befundsicherung durch den Sachverständigen Prof. Dr. E3 nichts ändern, falls die vorgenannten Zeugen eine ordnungsgemäße Lagerung bestätigen sollten. Dies hat Prof. Dr. E3 im Senatstermin ausdrücklich bestätigt und dies damit begründet, daß die von ihm in Augenschein genommenen Fotos eine Lagerung der Gewebeproben in Plastiksäcken zeigen würden und eine solche Lagerung aus den zuvor erwähnten Gründen nicht standardgemäß sei. 29

Der Senat geht auch davon aus, daß dem verstorbenen Prof. Dr. U und dem Beklagten zu 3) der Verlust/die Nichtvorlage der Gewebeproben anzulasten ist. Bei der Lagerung von Gewebeproben handelt es sich nach Auffassung des Senats um ein sogenanntes voll beherrschbares Risiko (vgl. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 8. Aufl. Rn. 500; Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. Rn. 124; Geiß/Greiner Rn. B 214 jeweils m.w.N.). Können tatsächlich erhobene Befunde oder Befundträger nicht mehr vorgelegt werden, so muß die Behandlungsseite darlegen und beweisen, daß sie diesen Umstand nicht verschuldet hat. Ist der Verbleib von Befundträgern ungeklärt, so geht dies grundsätzlich beweismäßig zu Lasten des Arztes. 30

Der Beklagte zu 3) hat nicht dargelegt und bewiesen, warum von diesem Grundsatz zur Befundssicherung eine Ausnahme zu machen ist, d.h. er hat nicht bewiesen, daß die Nichtvorlage der Befundträger für ihn unverschuldet ist. Der Beklagte zu 3) hat nicht bewiesen, daß die drei in Betracht kommenden (Ausnahme-) Möglichkeiten (evtl. Einbruch am 01.02.1996, 1. Brand am 07.03.1996, 2. Brand am 02.06.1997) nicht in den Verantwortungsbereich von Prof. Dr. U gefallen sind. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn der Einbruch von fremden Personen verübt oder die Brände durch dritte Personen oder infolge sogenannter höherer Gewalt verursacht worden wären. Daß diese Möglichkeiten bestehen, ist denkbar, jedoch ist dies – wegen der Ausnahme von dem zuvor erwähnten Grundsatz zur Befundsicherung – von demjenigen zu beweisen, der sich – wie der Beklagte zu 3) – auf einen solchen Ausnahmetatbestand beruft. Dies gilt insbesondere dann, wenn es 31

Verdachtsmomente gibt, daß derjenige, der sich auf solche Ausnahmetatbestände beruft, diese selbst veranlaßt oder verursacht haben könnte. Daß diese Verdachtsmomente gegen Prof. Dr. U bestanden haben, ist dem Entwurf der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Essen (Blatt 5 bis 306, Band XIV der Strafakten 66 Js 37/96) zu entnehmen. Unmittelbar nachdem der niedergelassene Gynäkologe Dr. Y, der eine auffällige Häufung von positiven Krebsdiagnosen bemerkt hatte, am 31.01.1996 (so auch die Einlassung des verstorbenen Prof. Dr. U vom 22.04.1996, Blatt 178, 179, Band I der Strafakten) Gewebeproben von dem verstorbenen Prof. Dr. U herausverlangt hatte, soll am 01.02.1996 ein nicht näher konkretisierter Einbruch stattgefunden haben. Inwieweit hierbei Gewebeproben der Klägerin entwendet worden sein könnten, hat weder der verstorbene Prof. Dr. U noch der Beklagte zu 3) dargelegt. Bei standardgemäßer Archivierung hätte dies, sollte der Einbruch stattgefunden haben, leicht festgestellt und notiert werden können. Zudem hatte Prof. Dr. Kemnitznächst nur einen Strafantrag wegen eines Einbruchs in seine Privatwohnung gestellt (Bl. 190, Bd. XIV der Strafakten) und Angaben dazu gemacht, daß Armbanduhren und nicht etwa Präparate entwendet worden seien. Daß Präparate und Parraffinblöcke gestohlen worden seien, hat Prof. Dr. U – insoweit widersprüchlich – erst mit einer weiteren Strafanzeige vom 24.07.1996 (Blatt 152, Band IV der Strafakten) behauptet. Objektive Anzeichen dafür, daß am 01.02.1996 in das Institut für Pathologie eingebrochen worden sein soll, bestehen nicht.

Daß insbesondere der Brand vom 07.03.1996 durch Fremdeinwirkung oder durch sogenannte höhere Gewalt verursacht worden sein soll, hat der Beklagte zu 3) nicht bewiesen. Eine Brandentwicklung durch Einwerfen eines Brandsatzes von außen wird zwar von dem Brandsachverständigen Sandmann (Brandursachengutachten vom 27.09.1996, Blatt 13, 18, Band VII der Strafakten) für möglich gehalten. Angesichts der konkreten örtlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der vergitterten und von außen unbeschädigten Fenster zur Pathologie (vgl. Lichtbildmappe im Ergänzungsgutachten des Brandsachverständigen Sandmann vom 07.02.1997, Blatt 119 bis 137 Band X der Strafakten) hält es der Senat nur für theoretisch denkbar, daß der Brandanschlag von außen erfolgt sein soll. Auch ein Einbruch und eine mögliche Entwendung von Präparaten, wie dies Prof. Dr. U in der Strafanzeige vom 24.07.1999 (Blatt 152, Band IV der Strafakten) behauptet hat, hält der Senat aus den vorgenannten Gründen und auf Grund der Tatsache, daß die Zugangstür zur Pathologie am 07.03.1996 durch die Feuerwehr gewaltsam geöffnet werden mußte (so der Brandbericht der Feuerwehr Essen vom 08.03.1996, Blatt 2 R, Band V der Akten) ebenfalls für nur theoretisch denkbar. 32

Zum anderen liegt ein Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht darin, daß der verstorbene Prof. Dr. U nach dem Brand nicht die gebotenen Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf die Präparate getroffen hat. Unstreitig sind durch die NWG Klinik – Entsorgungs KG in E Körperteile und Organabfälle nach dem Brand vom 07.03.1996 entsorgt worden. Dabei sind die Leistungsnachweise von Mitarbeiten des Prof. Dr. U als Auftraggeber unterzeichnet worden. Ausweislich der Leistungsnachweise vom 20. und 22.03.1996 sind 1.728/288 kg Körperteile und Organabfälle in 100/18 Behältnissen mit einem Fassungsvermögen von jeweils 50 l entsorgt worden (Blatt 134, 135, Band III der Strafakten). Ausweislich der Rechnung vom 31.03.1996 (Blatt 136, Band III der Strafakten) sind in der Zeit vom 19. bis 22.03.1996 insgesamt 2.175 kg Organabfälle entsorgt worden. Auch aus den Übernahmescheinen (Blatt 170, Band III der Strafakten) der zuvor genannten Entsorgungsfirma ergibt sich, daß am 20.03.1996 eine Menge von 1.728 kg an Körperteilen/Organabfällen und am 22.03.1996 eine solche Menge von 288 kg übernommen worden sind. Diese Abfälle mit der Nummer 2004958 und der Nummer 2004880 sind später am 04.06.1996 der thermischen Verwertung zugeführt worden (so die Begleitschreiben mit den Nummern 12804399588 und 12804399586, Blatt 171 Band III der Strafakten). 33

Nachweise dafür, daß nach dem Brand am 07.03.1996 die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen in Bezug auf die Gewebeproben getroffen worden sind, haben Prof. Dr. U und der Beklagte zu 3) nicht erbracht. Der Sachverständige Prof. Dr. E3 hat überzeugend dargelegt, daß nach einem Brand eine Rekonstruktion in Bezug auf die Präparate versucht werden muß. Man müsse die vorhandenen Präparate sichern, um dem Standard zur Befundsicherung nachzukommen. Daran fehlt es. 34

Die Beweislast dafür, daß die im März 1994 und im Dezember 1994 erstellten Befunde "duktales Mammakarzinom" jeweils nicht behandlungsfehlerhaft waren, trägt der Beklagte zu 3) schon deshalb, weil er den zweifachen Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht, welche hier aus den zuvor erwähnten Gründen als sogenanntes voll beherrschbares Risiko einzustufen ist, zu verantworten hat. 35

Die Beweislast dafür, daß die Gut- oder Bösartigkeit der Gewebeproben nicht mehr geklärt werden kann, trägt der Beklagte zu 3) darüber hinaus auch deshalb, weil der Senat beide Verstöße gegen die Befundsicherungspflicht als grobe Behandlungsfehler wertet. Die Annahme eines groben Behandlungsfehlers setzt die Feststellung voraus, daß der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begannen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGHZ 138, 1, 6 = NJW 1998, 1780, 1781 = VersR 1998, 457, 458 m.w.N.; Senat, Urteil vom 06.12.1999 – 3 U 86/99 -, VersR 2001, 593, 594). Bei der Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler als grob einzustufen ist, handelt es sich um eine durch den Senat vorzunehmende juristische Wertung. Diese Wertenentscheidung hat auf tatsächlichen Anhaltspunkten zu beruhen, die sich in der Regel aus der medizinischen Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen ergeben (BGH a.a.O.). 36

Eine Sicherung der Gewebeproben in Plastiksäcken wertet der Senat deshalb als groben Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht, weil die Gefahr des Abhandenkommens, sei es zum Beispiel durch Zerreißen der Plastiksäcke, sei es durch Zerstörung der hier in Rede stehenden Art, erkennbar erhöht und dadurch die Aufklärung des Behandlungsverlaufs besonders erschwert wird. Der erfahrene Sachverständige Prof. Dr. E3 hat diese nicht mehr verständliche Lagerung auch überzeugend damit begründet, daß ihm kein Institut bekannt sei, das eine solche Lagerung in Plastiksäcken vornehme und auch im Jahr 1994 nicht vorgenommen habe. 37

Die mangelnden Sicherungsmaßnahmen nach dem Brand vom 07.03.1996 sind erst Recht als grober Verstoß gegen die medizinische Befundsicherungspflicht zu werten. Insoweit hat der Sachverständige eindrucksvoll ausgeführt, daß es für ihn "eine schlimme Vorstellung" wäre, wenn nach einem Brand – ohne den Versuch einer Rekonstruktion – die Entsorgung durch eine Entsorgungsfirma angeordnet und vollzogen würde. 38

Das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers führt grundsätzlich zur Umkehr der Beweislast. Nur ausnahmsweise kann auch bei Annahme eines groben Behandlungsfehlers eine Beweislastumkehr ausgeschlossen sein, wenn es gänzlich unwahrscheinlich ist, daß der Fehler zum Schadenseintritt beigetragen hat (BGHZ 138, 1 = NJW 1998, 1780 = VersR 1998, 457). Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast sind erst dann ausgeschlossen, wenn ein jeglicher Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist (BGH NJW 1997, 796 = VersR 1997, 362). Es ist nicht gänzlich unwahrscheinlich, daß die aus den zweifachen Verstößen gegen die Befundsicherungspflicht abzuleitenden Fehlbehandlungen dazu beigetragen haben, daß der Klägerin beide Brüste amputiert worden sind. Vielmehr ist eher davon auszugehen, daß die Gewebeproben tatsächlich nicht bös-, 39

sondern gutartig gewesen sind. Die Mammographie vom 10.03.1994 zeige beidseits, so Prof. Dr. E2 auf Seite 4 des schriftlichen Gutachtens (Blatt 439 der Akten), eine fibrozystische Mastopathie ohne Malignom-Nachweis. Ausweislich des Berichtes des Radiologen Laufer vom 10.03.1994 (Anlage 1 zur Klageschrift, Blatt 81 der Akten) war zum schriftlichen Vorbefund aus dem Jahr 1992 keine wesentliche Befundänderung festgestellt worden. Die klinische Untersuchung durch die behandelnde Frauenärztin Dr. I hatte dagegen den Rat zur Probeexcision zur Folge. Dieser Umstand aber macht einen bösartigen Tumor nur denkbar, ist dagegen nicht beweisend (so der Sachverständige Prof. Dr. E3 auf Seite 13 des schriftlichen Gutachtens, Blatt 448 der Akten). Weder der klinische Tastbefund, weder die Sonographie noch die Mammographie vermögen, so die Sachverständigen Profes. Dres. P und E3, die Diagnose eines Brustkrebs zu sichern. Auch der Gynäkologe kann grundsätzlich intraoperativ das Präparat nicht sicher hinsichtlich der Gut- oder Bösartigkeit einschätzen. Diese sichere Beurteilung muß der Befundung des Pathologen überlassen bleiben.

Auch der Umstand, daß bei der damals gerade 30-jährigen Klägerin bis heute kein Rezidiv aufgetreten ist, spricht eher für die Annahme, daß bei der Klägerin kein duktales Mammakarzinom vorgelegen hat und läßt die Annahme der Gutartigkeit wahrscheinlicher erscheinen. Dies insbesondere deshalb, weil die Rezidivgefahr um so höher einzuschätzen ist, je jünger die befallene Patientin ist (so der Sachverständige Prof. Dr. P auf Seite 4 des schriftlichen Gutachtens, Blatt 589 der Akten). 40

Der Sachverständige Prof. Dr. E3 ist auch zutreffend davon ausgegangen, daß die in den Berichten vom 15.03.1994 (Blatt 84 der Akten) mit der Confer E-Nr. 94-03-409 und vom 17.12.1994 mit der Nr. 397 (Blatt 313 der Akten) bezeichnenden Befunde nicht mehr darauf untersucht werden können, ob sie tatsächlich von der Klägerin stammen. Die Voraussetzungen zur Überprüfung der Personenidentität mittels DNA-Analyse hat der Beklagte zu 3) nicht dargelegt. Die pauschalen Beweisantritte des Beklagten zu 3), über die – behaupteten – beschlagnahmten und asservierten Befundträger eine DNA-Analyse erstellen zu lassen (Schriftsatz vom 02.05.2001, Blatt 719, 720 der Akten und Seite 6 der Anlage zum Schriftsatz vom 25.09.2001) genügen – auch unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses – nicht den Anforderungen an einen Beweisantritt gemäß § 403 ZPO. Bei der Menge an asservierten Befundträgern wäre eine Konkretisierung anhand des behaupteten Archivierungs- und Beschriftungssystems erforderlich gewesen. Der Beklagte zu 3), der aus den zuvor genannten Gründen für die Einhaltung der Befundsicherungspflicht darlegungs- und beweispflichtig ist, hätte von seinem Akten-, Asservateneinsichtsrecht und/oder von seinem Auskunftsrecht Gebrauch machen können und müssen, gegebenenfalls über den Verteidiger des verstorbenen Prof. Dr. U gemäß § 147 StPO. Gründe der etwaigen Kostenbelastung hätten für den Beklagten zu 3) nicht bestanden. Ausweislich des Schreibens des Versicherers des verstorbenen Prof. Dr. U vom 18.09.1998 (Blatt 186, 187 der Akten) sind die Kosten für die Sicherstellung und Archivierung der noch aufgefundenen medizinischen Unterlagen und Präparate übernommen worden. Dabei hätte die Auskunft dergestalt gestellt werden können, ob die in Rede stehenden Befundträger 408, 409, 669 und 670 (Seite 12 des schriftlichen Gutachtens von Prof. Dr. E3, Blatt 447 der Akten) noch vorhanden sind. Eine DNA-Analyse aller beschlagnahmten Gewebeproben dahin, ob sie von der Klägerin stammen, hält der Senat – auch auf Grund der Erkenntnisse in vergleichbaren Verfahren – für nicht durchführbar. 41

Der Beklagte zu 3) ist verpflichtet, der Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen. Die physischen und psychischen Leiden der Klägerin können nicht mit einer bestimmten Geldsumme ausgeglichen werden. Die gemäß § 847 BGB zuzusprechende 42

"billige Entschädigung in Geld" muß der Höhe nach allerdings die schweren Beeinträchtigungen widerspiegeln. Dabei hat der Senat insbesondere berücksichtigt, daß die Klägerin sich mit gerade 30 Jahren dem ersten Eingriff unterziehen mußte, starke Angst um ihr Leben haben mußte, sich etwa 7 Monate später mit dem gleichen Krankheitsbild konfrontiert sah und auch die zweite Brust opfern mußte.

Sie hat zwei große Operationen mit Entfernung der Lympfknoten über sich ergehen lassen müssen. Als recht junge Frau hat sie beide Brüste verloren und muß bis an ihr Lebensende Prothesen mit den dadurch gegebenen gesundheitlichen Risiken tragen. Den damit verbundenen physischen und psychischen Beeinträchtigungen ist die Klägerin ein Leben lang ausgesetzt. 43

Insgesamt hält der Senat ein Schmerzensgeld von 250.000,00 DM für angemessen. Dabei weist der Senat darauf hin, daß die Gerichte nicht gemäß § 308 ZPO an die Begehrensvorstellungen der klagenden Partei gebunden sind, sondern diese bei einem unbezifferten Schmerzensgeldantrag auch deutlich überschreiten dürfen (BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; von Gerlach, VersR 2000, 525, Senat Urteil vom 24.01.2001, NJW 2001, 3417). Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist wegen der umfassenden Haftung des Beklagten zu 3) sowohl wegen der zukünftigen materiellen als auch wegen der zukünftigen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden begründet. 44

Die Klage war in sehr geringem Umfang (Kopiekosten von 165,50 DM, Blatt 79, 80 der Akten) abzuweisen, da diese Kosten nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden sind. 45

Die Ausführungen des Beklagten zu 3) in den Schriftsätzen vom 04.12.2001 46

(Bl. 748 – 755 d.A.) und vom 05.12.2001 (Bl. 756 – 762 d.A.) haben dem Senat keine Veranlassung gegeben, die Wiedereröffnung der Verhandlung oder eine weitere Begutachtung anzuordnen. 47

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92, 108, 515 Abs. 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Das Urteil beschwert den Beklagten mit mehr und die Klägerin mit weniger als 60.000,00 DM. 48

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE