



ANWALT GRAF

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE | HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20 | 79100 FREIBURG

vorab per Fax 0761/205-2030

Landgericht Freiburg
Salzstraße 17

79098 Freiburg

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE

MICHAEL GRAF
Fachanwalt für Medizin-/ Versicherungsrecht

GABRIELA JOHANNES
Rechtsanwältin

STANDORT FREIBURG
Heinrich-von-Stephan-Str. 20
79100 Freiburg (Kanzleisitz)

STANDORT KARLSRUHE
Ludwig-Erhard-Allee 10
76131 Karlsruhe (Beratungsbüro)

STANDORT OFFENBURG
Schutterwälderstraße 4
77656 Offenburg (Beratungsbüro)

TELEFON
+49 (0) 761 - 897 88 610

TELEFAX
+49 (0) 761 - 897 88 619

EMAIL
patienten@anwaltgraf.de

HOMEPAGE
www.anwaltgraf.de

DATUM
20.08.18

ZEICHEN
KER-T2-035/16

Subjektive Antragsweiterung



In Sachen



1) ./ Johnson & Johnson Medical GmbH
- Antragsgegnerin zu 1 -

2) ./ DePuy International Limited,
St. Anthony's Road, Leeds, LS11 8 DT, Großbritannien,
vertr. in Deutschland durch Johnson & Johnson Medical GmbH
Robert-Koch-Straße 1, 22851 Norderstedt
- neue Antragsgegnerin zu 2 -

3) ./ DePuy Orthopädie, Inc.,
700 Orthopaedic Drive, P.O. Box 988, in 46581 Warsaw, USA,
vertr. in Deutschland durch Johnson & Johnson Medical GmbH
Robert-Koch-Straße 1, 22851 Norderstedt
- neue Antragsgegnerin zu 3 -

PB der Antragsgegnerinnen zu 1) bis zu 3):

Rechtsanwälte CMS Hasche Sigle

Stadthausbrücke 1-3, 20355 Hamburg (Zeichen: RiE-Imb-2016/11198)

erweitern wir unseren Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens auf die gesamtschuldnerisch mithaftenden Antragsgegner zu 2) und zu 3) und nehmen zum Verfahren im übrigen Stellung. Wir legen zwei beglaubigte Abschriften der Antragschrift vom 23.06.2017 bei.

UST-ID:
DE240475748

GESCHÄFTSKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	2 035 020	700 700 24	DE12 7007 0024 0203 5020 00	DEUTDE3333

ANDERKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	0 136 341	700 700 24	DE93 7007 0024 0013 6341 00	DEUTDE3333



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

A) Antragserweiterung

Aktuelle Recherchen haben ergeben, dass bzgl. des hier 02/2008 implantierten Pinnacle Acetabular Implantats nicht nur die Antragsgegnerin zu 1) hier Herstellerin iSd ProdHaftG ist, sondern - nach eigenen verschiedenlichen nunmehr vorliegenden Angaben der Antragsgegnerseite - auch die neuen Antragsgegnerinnen zu 2 und zu 3. Mithin haften hier alle Antragsgegner aus § 1 ProdHaftG und aus § 823 BGB (das Saarländische Oberlandesgericht erklärte in seinem Urteil vom 03. August 2011 sowohl das Produkthaftungsgesetz als auch die deliktische Produzentenhaftung nach §§ 823 ff. BGB auf Hersteller von Medizinprodukten für parallel und unmittelbar anwendbar. Nach beiden Vorschriften haftet der MedizinproduktHersteller, wenn durch ein fehlerhaftes Medizinprodukt ein Personenschaden oder ein Sachschaden entstehe: Saarländisches Oberlandesgericht, Urteil v. 03.08.2011, Az. 1 U 316/10-89, 1 und im Einzelnen: Backmann, Produkthaftung bei Medizinprodukten, MPR 2012, 37).

1) Hintergründe:

Die DePuy Synthes ist ein Franchise-Unternehmen für Orthopädie und Neurochirurgie. Das Unternehmen wurde 1998 von Johnson & Johnson erworben und gehört zur Johnson & Johnson Medical Devices Gruppe. DePuy entwickelt und vertreibt Produkte unter den Marken Codman, DePuy Mitek, DePuy Orthopaedics und DePuy Spine. DePuy ist (Stand 2013) Gegenstand von mehr als 11.000 Klagen im Zusammenhang mit dem Rückruf fehlerhafter Hüftgelenkersatzsysteme, die nach Einschätzung von Anwälten und Branchenanalysten die Muttergesellschaft Johnson & Johnson Milliarden von Dollar zur Lösung kosten werden (Fundstelle: Meier, Barry (8. März 2013). "J. & J. verliert den ersten Fall über ein defektes Hüftimplantat" . New York Times . Abgerufen am 5. September 2013).

DePuy Orthopaedics entwickelt, fertigt, vermarktet und vertreibt Produkte zur Rekonstruktion geschädigter oder erkrankter Gelenke und zur Reparatur und Rekonstruktion traumatischer Skelettverletzungen.

2) Geschichte & Firmenkonstrukt:

1895 von DePuy in Warschau, Indiana, gegründet begann DePuy Manufacturing mit der Konstruktion und dem Bau von Faserschienen, die Holzfasstäbe ersetzen sollten, die zum Setzen von Brüchen verwendet wurden. DePuy ist jetzt in mehreren Ländern tätig, darunter Großbritannien, Japan, Frankreich, Deutschland, Irland und Australien. In vielen anderen Ländern ist DePuy als Marke im Rahmen der Johnson & Johnson Medical-Organisation tätig. Am 22. April 2008 eröffneten die DePuy-Franchise und Johnson & Johnson Medical die offizielle Eröffnung von Johnson &

Johnson Medical (Suzhou), Ltd.. (<https://translate.google.com/translate?hl=de&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/DePuy&prev=search>).

Am 14. Juni 2012 schlossen Johnson und Johnson die Übernahme von Synthes ab, das in die DePuy-Franchise integriert wurde, um die DePuy Synthes Companies von Johnson & Johnson zu gründen.

Weitere Hersteller und Betreiber des - für Verbraucher mehr als undurchsichtigen - Firmenkonzernkonstrukts sind - neben der DePuy Orthopädie, Inc. - bspw. auch Codman & Shurtreff, Inc., DePuy Mitek, Inc., und DePuy Spine, Inc..

— Bzgl. des hier 02/2008 implantierten Pinnacle Acetabular Implantats sind nach eigenen Angaben der Antragsgegnerseite die Antragsgegnerinnen zu 1) bis 3) gemeinsame Hersteller iSd ProdHaftG.

B) Produktfehler

Die mit Antrag vom 23.06.2017 vorgelegten medizinischen Unterlagen belegen zweifelsfrei, dass das 02/2008 implantierte Pinnacle Acetabular Implantat produktfehlerhaft gewesen ist.

— Zu den Produktfehlern des hier implantierten Pinnacle Acetabular Implantats hatten wir zuletzt mit **Repliksschriftsatz vom 10.01.2018 (ab S. 4 unten ff.)** ausführlich vorgetragen

Der Produktfehler, also das fehlerhaft hergestellte Produkt, beinhaltet das Unwerturteil und indiziert die Haftung des Herstellers, die sich damit als verschuldensunabhängige Unrechtshaftung darstellt (Wellner in Geigel, *Haftpflichtprozess*, 27. Aufl., 2. Teil *Haftpflichttatbestände* 14. Kapitel. Anwendungsfälle des § 823 Abs. 1 BGB Rn. 297).

1)

— Gerügt wird hier zunächst, dass das implantierten Pinnacle Acetabular Implantat einen Fehler iSd ProdHaftG aufweist, da es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere seiner Darbietung, des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, sowie des Zeitpunkts, in dem es in den Verkehr gebracht wurde, berechtigterweise erwartet werden kann.

Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektive Sicherheitserwartung des jeweiligen Benutzers, sondern objektiv darauf, ob das Produkt diejenige Sicherheit bietet, die die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält (vgl. BT-Drs. 11/2447, 18; BGH NJW 2009, 2952; VersR 2009, 649 f. mwN; OLG Köln VersR 2007, 1003; OLG Schleswig NJW-RR 2008, 691, 692).

2)

Ein Produkt ist, wenn es sich -wie hier- um ein in den menschlichen Körper implantiertes Medizinprodukt handelt, bereits dann fehlerhaft, wenn bei einer signifikanten Anzahl von Geräten derselben Serie eine Fehlfunktion aufgetreten, ein Fehler des im konkreten Fall implantierten Geräts aber nicht festgestellt (Wellner in Geigel, aaO, Rn. 311) = Fehlerverdacht als Produktfehler nach § 3 ProdHaftG (vgl. NJW 2014, 1567, beck-online).

3)

Insbesondere liegt hier ein Konstruktionsfehler vor, da das Produkt hier schon seiner Konzeption nach unter dem gebotenen Sicherheitsstandard bleibt. Zur Gewährleistung der erforderlichen Produktsicherheit hat der Hersteller bereits im Rahmen der Konzeption und Planung des Produkts diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Vermeidung einer Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind.

Ebenso liegt hier ein Fabrikationsfehler vor, da die Herstellung des Produktes selbst fehlerhaft erfolgte.

Ein Instruktionsfehler liegt hier wegen der fehlerhaften Produktkennzeichnung, und der falschen oder unvollständigen Gebrauchsanweisung vor.

4)

Zudem hätte der Hersteller hier Warnungen darüber aussprechen müssen, dass die implantierten Pinnacle Acetabular Implantate zu den vorliegenden Risiken und Folgen führen können, (Wellner in Geigel, aaO, Rn. 316).

5)

Die geschädigte Patientin hat hier zwar nach § 1 Abs. 4 Satz 1 ProdHaftG den Produktfehler und den dadurch verursachten Schaden nachzuweisen, jedoch kommen ihr durchaus Beweiserleichterungen zugute (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2001, 1539). Zugunsten der Patientin wird bspw. widerlegbar vermutet, dass der Produktfehler z.Z. des Inverkehrbringens des Produkts vorhanden war.

Zudem kommen hier nach OLG Brandenburg die Regeln über den Anscheinsbeweis zum Tragen:

"Zu Recht hat jedoch das Landgericht die Regeln über den Anscheinsbeweis für anwendbar erachtet, den Anscheinsbeweis nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. med. S. als geführt angesehen und die Möglichkeit eines anderweitigen Geschehensablaufes ausgeschlossen. Auch auf diese Feststellungen des Landgerichts wird in vollem Umfange verwiesen. Die

vom Senat ergänzend durchgeführte Beweisaufnahme rechtfertigt keine anderweitigen Feststellungen, sondern hat die des Landgerichts vollständig bestätigt.

a. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass als Beweiserleichterung für den Geschädigten im Rahmen der Produzentenhaftung ein Anscheinsbeweis in Betracht kommt. Das heißt, die Beweisführung wird ihm erleichtert, wenn es sich erstens um einen **typischen Geschehensablauf** handelt, der unter Verwertung allgemeiner Erfahrungssätze, insbesondere der Lebenserfahrung, die Bejahung eines ursächlichen Zusammenhangs nahe legt und damit die richterliche Überzeugung in vollem Umfange begründet. **Der Beklagte muss dann zweitens Tatsachen vortragen**, die hinreichen, um ernsthaft die Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes in Betracht zu ziehen und damit den Anscheinsbeweis zu erschüttern

(...)

Bei der Entscheidung der Frage, welche der verschiedenen möglichen Ursachen vorliegt, darf nicht lediglich von der Ursache ausgegangen werden und eine dieser Möglichkeiten lediglich deshalb als nicht festgestellt und feststellbar angesehen werden, weil sie nach der medizinischen Erfahrung nur verhältnismäßig selten in Frage kommt. **Es ist vielmehr von dem festgestellten Erfolg aus rückblickend zu fragen, welche Anhaltspunkte für das Vorhandensein etwaiger anderer möglicher Ursachen bestehen.** Ergibt diese Prüfung, dass bei einem bestimmten Krankheitsbild für eine Ursache feste Anhaltspunkte vorliegen, die diese Ursache, wenn auch nur entfernt, für möglich erscheinen lässt, während für die anderen in Frage kommenden Ursachen solche Anhaltspunkte tatsächlicher Art völlig fehlen, so spricht der Beweis des ersten Anscheins für die erste Ursache (BGH NJW 1994, 718).

Um den Beweis des ersten Anscheins durch den Nachweis der ersten Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs **zu entkräften**, genügt nicht der Hinweis auf allgemeine Möglichkeiten eines anderen Ursachenzusammenhangs. Vielmehr müssen **konkrete Tatsachen behauptet und gegebenenfalls nachgewiesen werden**, aus denen die erste Möglichkeit einer anderen Schadensursache zu schließen ist (BGH VersR 1957, 252). Umfasst der Anscheinsbeweis mehrere schuldhaft Verursachungen, ist er erst entkräftet, wenn alle Verschuldungsmöglichkeiten ausgeräumt sind"

(OLG Brandenburg Urt. v. 13.12.2006 - 13 U 156/05,
BeckRS 2006, 19436, beck-online)

Auch diese Beweiserleichterungstatbestände bedürfen hier sachverständiger Klärung.

C) Behandlungsunterlagen

Nicht nur im Arzthaftungsrecht, auch im Personenversicherungsrecht und im Medizinschadensrecht (Produkthaftung) ist die Beiziehung der notwendigen Originalbe-

handlungsunterlagen über § 142 ZPO möglich (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. 3. 2017 (5 W 1043/16) liegt in Anlage bei).

Wir beantragen die gerichtliche Beiziehung der vollständigen Originalpatientenunterlagen folgender ärztlicher Behandler der geschädigten Person (Patientin Regina Kern * 13.11.1963) für den maßgeblichen medizinischen Verlauf im Behandlungszeitraum 01.01.2016 bis 09.12.2016 über § 142 ZPO:

1. Loretto-Krankenhaus, Mercystraße 6, 79100 Freiburg im Breisgau
2. Dr. Kevin Ortlieb, Werderstraße 47, 79379 Müllheim
3. Dr. Michael Jacobs, FA Allg. Med, Wilhelmstr. 23, 79379 Müllheim
4. Praxisklinik Zähringen, Hornustr. 7, 79102 Freiburg
5. Dr. Florian Drumm, Orthozentrum Freiburg, Heinrich-von-Stephan-Str. 8, 79100 Freiburg
6. Helios Rosmann Klinik Breisach, Zeppelinstr. 37, 79206 Breisach

Eine Schweigepflichtentbindungserklärung lag dem Antrag vom 23.06.2017 bei.

Nicht nur im Arzthaftungsrecht, auch im Personenversicherungsrecht und im Medizinschadensrecht (Produkthaftung) ist es nötig, die zur Beurteilung des Versicherungsfalls maßgeblichen ärztlichen Originalbehandlungsunterlagen beizuziehen. Da der Patient nach § 630g BGB nur Anspruch auf Einsicht bzw. Herausgabe von Kopien hat, ist es hier nötig, „dass das Gericht den nicht am Prozess beteiligten Arzt zur Vorlage (der Originale) gemäß § 142 ZPO verpflichtet.“ (vgl. Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. Teil D. Personenversicherungen § 23 Krankenversicherung Rn. 19).

In einem Rechtsstreit des Geschädigten gegen den Versicherer ist auch der am Prozess nicht beteiligte Arzt auf Anordnung des Gerichts gem. § 142 ZPO zur Vorlage der Originalkrankenunterlagen verpflichtet; verfassungsrechtliche Bedenken gegen die §§ 142, 143 ZPO bestehen nicht (vgl. LG Saarbrücken, Beschluss vom 7. 1. 2003 (5 T 7/03) = VersR 2003, 234 und OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. 3. 2017 (5 W 1043/16) liegt in Anlage bei).

D. Begutachtung; Sachverständigenauswahl

Wir bitten vorliegend um Begutachtung der Sache und weisen auf die bisher dargelegten Beweismaß- und Beweislastleichterungstatbestände hin, welche im Beweisbeschluss bitte unbedingt Niederschlag finden und den beiden Sachverständigen vorgegeben werden sollten, vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., E. Prozessuale Grundsätze Rn. 12, 13, und 15.

I.)

Zunächst wäre ein **Produktfehlergutachten** und ein ergänzendes **Medizingutachten** einzuholen.

Wir regen an, hier die beiden aus anderen Produkthaftungsverfahren des LG Freiburg (bspw. 6. Zivilkammer, Urt. v. 24.02.2017 - 6 O 359/10) **bereits gerichtsbewährten** Sachverständigen Hr. Prof. Dr. med. habil. Wolfram Mittelmeier (Medizinschaden) und Hr. Prof. Dr. med. habil. Dipl.-Ing. Rainer Bader (Produkthaftung) auszuwählen:

Prof. Dr. med. habil. Wolfram Mittelmeier
Klinikdirektor
Tel 0381 494-9301 und Fax 0381 494-9303
Mail wolfram.mittelmeier@uni-rostock.de
Orthopädische Klinik und Poliklinik, Doberaner Straße 142, 18057 Rostock

Prof. Dr. med. habil. Dipl.-Ing. Rainer Bader
W2-Professur für Biomechanik und Implantattechnologie, Leiter
Forschungslabor FORBIOMIT
Tel.: +49 381 494-9335 und Fax: +49 381 494-9308
Mail rainer.bader@med.uni-rostock.de
Orthopädische Klinik und Poliklinik, Forschungslabor für Biomechanik und
Implantattechnologie, Doberaner Straße 142, 18057 Rostock

II.)

Sollte das Gericht hier andere Sachverständige auswählen wollen, so beantragen wir (abweichend zu unserer bisherigen Anregung):

- (7) die Beauftragung eines erfahrenen Oberarztes oder Chefarztes einer Universitätsklinik, so dass sowohl die klinische Praxis, als auch die wissenschaftlichen Hintergründe des Facharztstandards im Sachverständigen fachlich vereint sind. Hierzu Stegers in VersR 2000, 419.
- (8) Zudem möge gewährleistet sein, dass der Sachverständige keine beruflichen Kontakte oder wirtschaftliche Kooperationen zu den Antragsgegnern inne hat bzw. in der Vergangenheit inne hatte, vgl. hierzu das Kapitel „Persönliche oder geschäftliche Beziehungen zu einer Partei“ in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Auflage 2015, XII. Der Arzt als medizinischer Sachverständiger Rn. 17ff.).
- (9) Wir bitten auch darum, einen Sachverständigen auszuwählen, der nicht in Baden Württemberg niedergelassen ist, weil die Kanzlei des Unterzeichners auch regelmäßig Rechtsstreitigkeiten v.a. im Medizinschadensrecht und Gebührenrecht gegen Kliniken und Ärzte, vorwiegend in Baden Württemberg, führt und daher die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass ein Sachverständiger aus

Baden Württemberg von einem solchen Rechtsstreit persönlich betroffen sein könnte.

E. Zulässigkeit der Beweisfragen

Zur Zulässigkeit der Beweisfragen hatten wir zuletzt mit Repliksschriftsatz vom 10.01.2018 ausführlich vorgetragen.

Michael Graf

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Fachanwalt für Medizinrecht

Anlage:

- 1 x beglaubigte Abschriften der Antragsschrift vom 23.06.2017 für AG zu 2)
- 1 x beglaubigte Abschriften der Antragsschrift vom 23.06.2017 für AG zu 3)
- 1 x OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. 3. 2017 (5 W 1043/16 für Gericht
- 1 x OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. 3. 2017 (5 W 1043/16 für AG1
- 1 x OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. 3. 2017 (5 W 1043/16 für AG2
- 1 x OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. 3. 2017 (5 W 1043/16 für AG3