



ANWALT GRAF

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

vorab per Fax 0781 933-1170

Landgericht Offenburg
Hindenburgstraße 5

77654 Offenburg

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
21.11.18

ZEICHEN
- - -

Az. 3 OH XYZ/18

In Sachen

Mustermandant, F ./ Landkreis Ortenaukreis u.a.

nehmen wir hiermit Stellung zum laufenden Verfahren:

A. Zum Erwidierungsschriftsatz der Antragsgegnerin zu 4)

I. Zum Tatsachenvortrag der Antragsgegnerin zu 4)

Der Vortrag der Antragsgegnerin zu 4) ist unrichtig, insbesondere die folgenden Punkte sind nochmals richtig zu stellen:

1)

Die Antragsgegnerin zu 4) geht unverständlicherweise davon aus, dass der Antragsteller durch den Arbeitsunfall vom 10.07.2015 ausschließlich folgenlos verheilte Prellungen am rechten Arm erlitt. Die MRT-Untersuchung vom 06.08.2015 ergab eindeutig eine komplette Ruptur der Supraspinatussehne mit Retraktion um 3 cm. Dieser Befund wurde durch eine Arthroskopie am 20.08.2015 bestätigt.

2)

Soweit die Antragsgegnerin zu 4) behauptet, diese Gesundheitsschäden seien degenerativer Natur und ohne Zusammenhang zum Arbeitsunfall, kann diese Unterstellung unter Hinweis auf das von der Antragsgegnerin zu 4) selbst in Auftrag gegebene Unfallchirurgische Gutachten des Herrn Dr. med. Jochen Musterarzt A vom 18.10.2017 (vorgelegt mit Antragsschriftsatz vom 24.07.2018) und das im Auftrag des SG Freiburg im Verfahren mit dem Aktenzeichen S 22 U 2166/18 erstellte

UST-ID:
DE240475748

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

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



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

Sachverständigengutachten des Facharztes Herr Dr. med. Klaus Musterarzt K vom 28.08.2018 (vorgelegt als Anlage zu diesem Schriftsatz) entkräftet werden:

a)

Zum einen entsprach der im Durchgangsarztbericht vom 10.07.2015 dokumentierte klinische Erstbefund im Hause der Antragsgegnerin zu 1) (die starken Schmerzen in der rechten Schulter, die Bildung eines Hämatoms über dem Oberarm, sowie die stark eingeschränkte Beweglichkeit der Schulter) dem bei einer frischen Rotatorenmanschettenruptur zu erwartenden Funktionsverlust. Auch konnte weder in der MRT-Untersuchung vom 06.08.2015 noch in der zweiten Arthroskopie am 11.04.2016 Anzeichen für eine Arthrose oder sonstige degenerative Veränderungen des Schultergelenks gefunden werden,

vgl. S. 4 des Unfallchirurgischen Gutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt A vom 18.10.2017.

b)

Zum anderen litt der Antragsteller bis zu seinem Arbeitsunfall vom 10.07.2015 unter keinen Schultergelenksbeschwerden. Die Rotatorenmanschette, die im Laufe des Lebens besonderen Belastungen ausgesetzt ist, weist bei einem 59-jährigen Mann immer leichte bis mäßige Abnutzungserscheinungen auf, ohne dass eine evidente klinisch relevante Ruptur bestehen würde. Das Unfallereignis war mithin geeignet, eine altersgemäß entwickelte gesunde Rotatorenmanschette zum Zerreißeln zu bringen,

vgl. S. 14 f. des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018.

c)

Unter Heranziehung der S.5 der Stellungnahme des sie beratenden Arztes Herr Prof. Dr. med. Musterarzt W vom 17.08.2018 (Anlage B IV 10) behauptet die Antragsgegnerin zu 4), Herr Dr. med. Musterarzt A postuliere einen „biomechanisch nicht vorstellbaren Verletzungsmechanismus mit einer Abscherung der Sehne des M. Supraspinatus am Oberkopf durch eine direkte Gewalteinwirkung“.

Hierzu ist auszuführen:

Herr Dr. med. Musterarzt A stützt seine Beurteilung der Verletzung als traumatisch nicht auf eine direkte Gewalteinwirkung gegen die Sehne. Vielmehr betont er die Schwere des Sturzes auf einen fast scharfkantigen Gegenstand, die zu einem besonders heftigen indirekten Trauma im rechten Schultergelenk und dadurch zur Rotatorenmanschetten-Ruptur geführt hat. Diese Beurteilung des Unfallhergangs wird von Herrn Dr. med. Musterarzt K unter Hinweis auf das Körpergewicht des Antragstellers zum Unfallzeitpunkt (97 kg) geteilt,

vgl. S. 5 des Unfallchirurgischen Gutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt A vom 18.10.2017 und S. 11 und S.13 des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018.

Soweit Herr Prof. Dr. med. Musterarzt W auf S.6 seiner Stellungnahme vom 17.08.2018 (**Anlage B IV 10**) zudem anführt, die seiner Meinung nach bei einer Sehnenverletzung zwingend vorliegenden weiteren Schädigungen (u.a. Schäden der über der Sehne liegenden Gewebsschichten und des M. Deltoideus sowie Knochenprellungen) seien insbesondere nicht in einem MRT nachgewiesen worden, ist darauf hinzuweisen, dass am Tag des Unfallereignisses am 10.07.2015 notwendige diagnostische Untersuchungen zur Abklärung der Schulterbeschwerden des Antragstellers ja gerade nicht vorgenommen wurden. Selbst wenn diese Schäden in allen Fällen von traumatisch bedingten Rotatorenmanschetten-Rupturen vorliegen müssten, dürfte ihr fehlender Nachweis aufgrund der Befunderhebungsfehler hier jedenfalls nicht zum Nachteil des Antragstellers gereichen.

3)

Da der Arbeitsunfall des Antragstellers am 10.07.2015 zu einer Ruptur der Supraspinatussehne geführt hat, war die vom Antragsgegner zu 2) gestellte Diagnose „multiple Prellungen“ (entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin zu 4)) nicht nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin zu 4) behauptet zwar unter Hinweis auf den Durchgangsarztbericht vom 10.07.2015, dass die vom Antragsteller vorgetragene massiven Schulterschmerzen vom Antragsgegner zu 2) angeblich nicht ignoriert wurden. Die als „höllisch“ beschriebenen Schmerzen des Antragstellers wurden aber unter Hinweis auf eine mögliche „Ausstrahlung“ der Unterarmschmerzen in die Schulter von den behandelnden Ärzten „relativiert“. Hätte der Antragsgegner zu 2) den Vortrag des Antragstellers diesbezüglich dagegen tatsächlich ernst genommen, hätte er zwingend an seiner falschen Erstdiagnose „Prellung“ zweifeln müssen. Der Verweis auf den Durchgangsarztbericht und den darin beschriebenen Befund „grober Schulterschmerzen“ entlastet die Antragsgegnerin zu 4) insofern nicht. Im Gegenteil: Daraus folgt nur, dass der Antragsgegner zu 2) die für eine Rotatorenmanschettenruptur typische Symptomatik zwar wahrgenommen, aber dennoch nicht ausreichend berücksichtigt hat. Dies stellt einen Befunderhebungsfehler, hilfsweise einen fundamentalen Diagnosefehler dar.

4)

Denn es liegt auf der Hand, dass der Antragsgegner zu 2) es am 10.07.2015 grob fehlerhaft unterließ, medizinisch zwingend erforderliche Befunde (bspw. durch eine MRT-Untersuchung) zur Abklärung der Sehnenruptur zu erheben.

Die Antragsgegnerin zu 4) bestreitet einen Befunderhebungsfehler zwar mit dem Vortrag, dass Röntgenaufnahmen „des rechten Schultergelenks mit angrenzendem

Oberarm“ angefertigt wurden. In den Behandlungsunterlagen der Antragsgegnerin zu 1) finden sich aber nur Belege für Röntgenuntersuchungen des „rechten Ellebogens in zwei Ebenen“, des „rechten Oberarms in zwei Ebenen“ und des „Navicularequartetts mit Handgelenk rechts“. Die Schulter wurden insofern allenfalls im Rahmen einer Röntgenuntersuchung des Oberarms unzureichend „mitgeröntgt“

Eine bei einer Supraspinatussehnenruptur erforderliche, umfassende auf das Schultergelenk ausgerichtete Röntgenuntersuchung, oder eine MRT-Untersuchung desselben fanden dagegen behandlungsfehlerbedingt nicht statt.

5)

Der Antragsgegner zu 2) verkannte am 10.07.2015 insofern die Notwendigkeit einer operativen Versorgung der Verletzung des Antragstellers. Seine Entscheidung für die Einleitung eines allgemeinen Heilverfahrens durch den Hausarzt und gegen die Einleitung eines besonderen Heilverfahrens war mithin, anders als von der Antragsgegnerin zu 4) behauptet, nicht vertretbar. Sofern die Antragsgegnerin zu 4) die Notwendigkeit der Einleitung eines besonderen Heilverfahrens mit dem Einwand bestreitet, dass eine Überweisung an einen „Schulterspezialisten“ angeblich nicht geboten sein konnte, da es die Begrifflichkeit eines „Schulterspezialisten“ nur im Laienverständnis und nicht als anerkannte medizinische Weiterqualifizierung gäbe, ist dieser Hinweis zur Entkräftung des Vorwurfs des Antragstellers nicht zielführend. Es wurde mit Antragschriftsatz vom 24.07.2018 hinreichend und den im selbständigen Beweisverfahren erforderlichen Substantiierungsanforderungen entsprechend dargelegt, dass die Behandlung der Verletzung des Antragstellers wegen Art und Schwere jedenfalls einer besonderen unfallmedizinischen fachärztlichen Qualifikation bedurfte und die vom Antragsgegner zu 2) angeordnete hausärztliche Betreuung diesen Anforderungen an eine sachgemäße Heilbehandlung nicht genügte.

Vgl. zu den geringen Substantiierungsanforderungen im Arzthaftungsprozess OLG Naumburg, Beschluss vom 25. 2. 2016 (1 W 46/15) = VersR 2017, 443 und OLG Naumburg, Beschluss vom 25. 2. 2016 (1 W 46/15) = VersR 2017, 443.

6)

Die Antragsgegnerin zu 4) verkennt, dass die Diagnostik im Rahmen der MRT-Untersuchung vom 06.08.2016 fehlerhaft war.

Die im Arztbrief der Antragsgegnerin zu 1) vom 06.08.2015 beschriebene Athrophie des Supraspinatus ist jedoch unwahrscheinlich, da bei der zweiten Arthroskopie des Schultergelenkes am 11.04.2016 die Mobilisation der Sehne und des Muskels soweit möglich war, dass eine Rotatorenmanschettennaht erfolgen konnte,

vgl. S. 4 des Unfallchirurgisches Gutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt A vom
18.10.2017.

An der Richtigkeit der Diagnose zweifelte auch der Operateur der zweiten Arthroskopie am 11.04.2016, Herr Dr. med. Hensler, nach dessen Ansicht sich im MRT praktisch keine Hinweise für eine Muskelatrophie finden lassen konnten. Die dahingehende Aussage des Herrn Dr. med. Hensler ist im Übrigen durch die Aktennotiz vom 12.05.2016 (eingeordnet in den Behandlungsunterlagen des Klinikum Offenburg-Gengenbach, vorgelegt mit Antragschriftsatz vom 24.07.2018) dokumentiert.

7)

Die Sehnenruptur des Antragstellers war nicht degenerativ, sondern traumatisch bedingt (s.o.). Der intraoperative Befund vom 20.08.2015 beruht daher entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin zu 4) auf einer fehlerhaft unterlassenen Behandlung.

Der laut OP-Bericht vom 21.08.2015 vorgefundene Befund eines „verplumpten und retrahierten Rissrandes“ der Supraspinatussehne ist insofern nur darauf zurückzuführen, dass die Ruptur aufgrund der fehlerhaften Einschätzung des Antragstellers zu 2) nicht direkt im Anschluss an den Sturz des Arbeitsunfalls operativ versorgt wurde. Die verzögerte Rekonstruktion von akuten Rotatorenmanschettenläsionen führt nämlich zu Retraktionen, Vernarbung und Verwachsung der Sehnen,

vgl. hierzu auch die Einschätzung des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018 auf S. 12
f. des Sachverständigengutachtens.

8)

Nicht nachvollziehbar ist der Vortrag der Antragsgegnerin zu 4), dass eine Mobilisation des Schultergelenks während der Arthroskopie am 20.08.2015 nicht möglich gewesen sein soll.

a)

Im OP-Bericht der Antragsgegnerin zu 1) vom 20.08.2015 wird zwar beschrieben, dass eine Mobilisation „nicht in Frage komme“. Diese Beurteilung wird allerdings nicht begründet. Aus dem OP-Bericht geht auch nicht hervor, dass eine Rekonstruktion der Rotatorenmanschette wenigstens versucht wurde,

vgl. S. 11 des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018.

b)

Für eine Mobilisationsfähigkeit der Supraspinatussehne während der ersten Arthroskopie am 20.08.2015 spricht dagegen die erfolgte Mobilisation in der zweiten Arthroskopie am 11.04.2016,

vgl. S. 4 des Unfallchirurgisches Gutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt A vom
18.10.2017.

Auch die behandelnden Ärzte im Ortenau Klinikum Offenburg-Gengenbach gingen offensichtlich von der Möglichkeit einer Mobilisation bereits am 20.08.2015 aus, wenn sie im stationären Entlassungsbericht vom 11.04.2016 von einer „nicht versorgten Supraspinatussehnenruptur“ sprechen.

c)

Auch dem Sachverständigen Herr Dr. med. Musterarzt K erschließt sich nicht, wie „der Operateur der Arthroskopie dazu kam zu schreiben ‚der zentrale Rissrand findet sich in Höhe des Glenoids, er ist verplumpt und retrahiert, eine Mobilisation kommt nicht in Frage‘, ohne es auch nur ansatzweise versucht zu haben“,

vgl. S. 11 des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018.

9)

Die aufgrund der Diagnose und Befunderhebungsfehler des Antragsgegners zu 2) am 10.07.2015 nicht erfolgte Rekonstruktion der Sehnenruptur hat zu einer Verplumpung und Retraktion der Sehne und somit entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin zu 4) zu weiteren Gesundheitsbeeinträchtigungen und dauerhaften Schäden des Antragstellers geführt.

Aus dem OP-Bericht vom 20.08.2015 ergibt sich, dass der Antragsgegner zu 3) aufgrund seiner fehlerhaften, unzureichenden Diagnose und Befunderhebung davon ausging, dass eine Mobilisation der Sehne nicht mehr möglich sei. Der Sehnenriss des Antragstellers blieb in der Folge fehlerhaft bis zum 11.04.2016 unbehandelt, was zu einer massiven Arthrofibrose, Verwachsung und Vernarbung der Supraspinatussehne führte,

vgl. OP-Bericht des Herrn Dr. med. Hensler vom 11.04.2016.

Hierdurch wurde der Behandlungserfolg der schließlich im Rahmen der Arthroskopie vom 11.04.2016 erfolgten Mobilisation erheblich geschmälert. Aufgrund der nach der langen Zeit der inadäquaten Behandlung starken Verklebung der Sehnen wird eine dauerhafte Fixierung derselben nun wohl nicht mehr möglich sein,

vgl. S. 13 des Sachverständigengutachten des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018.

Es ist mithin sehr wohl davon auszugehen, dass der Antragsteller bei sofortiger Behandlung nach dem Unfall heute schmerzfrei leben und seinen Arm wieder so bewegen könnte wie vor dem Unfall.

II. Zur Passivlegitimation der Antragsgegnerin zu 4)

Die Antragsgegnerin zu 4) bestreitet fälschlich ihre Passivlegitimation für die vorliegenden Behandlungsfehler.

Die Tätigkeit eines Durchgangsarztes ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin zu 4) nicht ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen, da der Durchgangsarzt bei der Entscheidung, ob eine allgemeine oder besondere Heilbehandlung erforderlich ist, eine öffentlich-rechtliche Pflicht der Berufsgenossenschaften erfüllt,

vgl. BGH Urteil vom 29.11.2016 (VI ZR 208/15) Rz.9.

Darüberhinaus hat der BGH in seiner Entscheidung vom 29.11.2016 (VI ZR 208/15) und in der Folgeentscheidung vom 20.12.2016 (VI ZR 395/15) erstmals klar gestellt, dass die Maßnahmen, die die Entscheidung des Durchgangsarztes über die Art des Heilverfahrens vorbereiten (etwa Erstversorgung, Befunderhebung oder Diagnosestellung), trotz ihres Charakters als Heilbehandlungsmaßnahmen aufgrund des inneren Zusammenhangs mit dieser Entscheidung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Durchgangsarztes zuzuordnen sind mit der Folge, dass die Unfallversicherungsträger für etwaige Fehler in diesem Bereich haften,

vgl. BGH Urteil vom 29.11.2016 (VI ZR 208/15) Rz.18 ff. und BGH Urteil vom 20.12.2016 (VI ZR 395/15) Rz.12 ff.

Für die Schäden, die dem Antragsteller dadurch entstanden sind, dass der Antragsgegner zu 2) es am 10.07.2015 unterlassen hat, notwendige und erforderliche Befunde zu erheben, haftet die Antragsgegnerin zu 4) folglich gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Diese Fehler haben sich nämlich notwendigerweise dahingehend ausgewirkt, dass der Antragsgegner 2) die Erforderlichkeit der besonderen Heilbehandlung in Form der Operation verneint hat. Hierdurch hat er eine fehlerhafte Entscheidung über die Art des Heilverfahrens getroffen und dadurch seine Amtspflicht verletzt.

B. Zum Erwidernsschriftsatz der Antragsgegner zu 1 bis 3)

I. Zum Tatsachenvortrag der Antragsgegner zu 1) bis 3)

1)

Die Antragsgegner zu 1) und zu 3) behaupten unzutreffend, dass die Diagnostik der MRT-Untersuchung vom 06.08.2016 nicht fehlerhaft war, ohne dies jedoch näher zu begründen. Hier verweisen wir auf unsere unter Punkt A.I.6) (vgl. Seite 4 f.) bereits diesbezüglich gemachten Ausführungen.

2)

Die Antragsgegner zu 1) und zu 3) verkennen zudem, dass durch die im Befund dieser MRT-Untersuchung vom 06.08.2015 beschriebene Athrophie sehr wohl eine degenerative Genese des Sehnenrisses angedeutet wurde und diese fundamental fehlerhafte Diagnose sich auf die nachfolgende fehlerhafte Behandlung auswirkte.

Die Arthroskopie am 20.08.2015 zur Behandlung des Sehnenrisses wurde nämlich auf Grundlage dieses fehlerhaft festgestellten Ursachenzusammenhangs geplant. So ergibt sich aus der Formularaufklärungsdokumentation vom 19.08.2015, dass bereits vor der OP eine subakromiale Dekompression als Therapie der Wahl bestimmt wurde. Dieser Eingriff erfolgt zur Behandlung der Gleitbehinderung der Supraspinatussehne aufgrund einer degenerativ bedingten Einengung des subakromialen Raumes.

Der Antragsgegner zu 3) ging offensichtlich schon vor der arthroskopischen Untersuchung am 20.08.2015 aufgrund des fehlerhaften MRT-Befundes davon aus, degenerative Veränderungen im Schultergelenk des Antragstellers vorzufinden und plante den Eingriff auf Grundlage dieser Annahme.

3)

Sofern die Antragsgegner zu 1) bis 3) unzutreffend behaupten, dass der intraoperative Befund nicht auf einer fehlerhaft unterlassenen Behandlung beruht haben soll, verweisen wir zunächst auf unsere diesbezüglich bereits unter Punkt A.I.7) (vgl. Seite 5) gemachten Ausführungen.

a)

Der vom Antragsgegner zu 3) im OP-Bericht vom 20.08.2015 beschriebene Befund „degenerative Veränderungen“ stellt zudem einen fundamentalen Diagnosefehler dar. Zum einen begründet der Antragsgegner zu 3) diese von ihm lediglich auf Grundlage „makroskopischer“ Bewertung erstellte Diagnose nicht. Zum anderen wurde die Ruptur von mehreren Gutachtern und einem weiteren Unfallmediziner als traumatisch bedingt beurteilt,

vgl. S. 11 des Sachverständigengutachten des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2015,
S. 5 des Unfallchirurgischen Gutachten des Herrn Dr. med. Musterarzt A vom 18.10.2015,
sowie die Aktennotiz des Herrn Dr. med. Henslers vom 12.05.2016.

b)

Die im OP-Bericht vom 21.08.2015 „non chalant“ beschriebenen, angeblich vorgefundenen Degenerationen wurden zudem nicht histologisch nachgewiesen, was ohne Weiteres am Rand der rupturierten Supraspinatussehne oder an den Sehnenfetzen am ehemaligen Ansatz möglich gewesen wäre. Dies stellt einen Befunderhebungsfehler dar,

vgl. S. 11 des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom
27.08.2018.

c)

Die traumatisch bedingte Ruptur der Rotatorenmanschette hätte zwingend im Rahmen der Arthroskopie am 20.08.2015 behandelt werden müssen. Die Operation durch den Antragsgegner zu 3), in der er keine Anstalten unternahm, die Rotatorenmanschette zu rekonstruieren, war mithin unzulänglich und entsprach nicht dem fachärztlichen Standard,

vgl. S. 13 des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2015.

4)

Soweit die Antragsgegner zu 1) bis 3) im Übrigen die Beschwerdepersistenz des Antragstellers bis heute (einschließlich des damit einhergehenden Ursachenzusammenhangs) bestreiten, verweisen wir auf unsere Ausführungen zum Vortrag der Antragsgegnerin zu 4) unter A.I.2) (vgl. Seite 1 ff.) und A.I.9) (vgl. Seite 6).

II. Zur Passivlegitimation der Antragsgegnerin zu 1) bis 3)

1)

Für den Behandlungsfehler am 06.08.2015 haftet **der Antragsgegner zu 2)** aus Vertrag und Delikt (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Behandlungsvertrag, § 823 und § 831 BGB).

Die ärztliche Heilbehandlung, die nach einem Arbeitsunfall erfolgt, stellt keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe dar. Der Arzt, der die ärztliche Behandlung durchführt, übt deshalb kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler persönlich,

vgl. BGH Urteil vom 20.12.2016 (VI ZR 395/15) Rz. 10.

Übernimmt der Durchgangsarzt die weitere Behandlung des Patienten, so entsteht zwischen ihm und dem Patienten ein Vertragsverhältnis, aus dem er vertraglich bei Behandlungsfehlern haftet,

vgl. BGH NJW 1974, 2417; GesR 2010, 251; Ziegler GesR 2014, 65.

Die MRT-Untersuchung am 06.08.2015 erfolgte im Rahmen der vom Antragsgegner zu 2) übernommenen Heilbehandlung.

a)

Anders als von den Antragsgegnern zu 1) bis 3) vorgetragen, erfolgte die MRT-Untersuchung nicht im Rahmen einer sogenannten Nachschau gem. § 29 des Vertrags Ärzte/Unfallversicherung. Eine Nachschauuntersuchung hat vorliegend nicht stattgefunden.

aa)

Eine Nachschau setzt zwingend voraus, dass zwischenzeitlich eine Behandlung durch einen anderen Arzt stattgefunden hat, vgl. § 29 Abs. 2 Vertrag Ärzte/Unfallversicherung. Ist das nicht der Fall, liegt faktisch eine eigene allgemeine Heilbehandlung durch den D-Arzt vor, die eine Nachschau ausschließt,

vgl. S.I/30 der Arbeitshinweise der Unfallversicherungsträger zur Bearbeitung von Arztrechnungen (Arb.Hinweise Arztrechnungen), Stand: Mai 2017.

Zwar hat der Antragsgegner zu 2) gem. Durchgangsarztbericht vom 10.07.2015 eine „allgemeine Heilbehandlung durch einen anderen Arzt“ angeordnet. Dass eine solche Heilbehandlung durch einen anderen Arzt zwischen dem 10.07.2015 und dem als „Nachschautermin“ vereinbarten 31.07.2015 tatsächlich stattgefunden hat, ergibt sich aus den uns vorliegenden Unterlagen allerdings nicht. In diesem Zeitraum lag also faktisch eine allgemeine Heilbehandlung durch den Antragsgegner zu 2) vor, die dieser am 03.08.2015 durch Untersuchung der Beweglichkeit des Antragstellers und Anordnung eines MRT am 06.08.2015 fortsetzte.

bb)

Eine Abrechnung einer Nachschauuntersuchung erfolgte laut Stellungnahme der Antragsgegnerin zu 4) vom 15.10.2018 nicht. Der Antragsteller zu 2) fertigte zudem keinen Nachschaubericht an. Auch aus Sicht des Antragsgegners zu 2) handelte es sich mithin bei der MRT-Untersuchung nicht um eine berufsgenossenschaftliche Nachschau, sondern um eine Untersuchung, die er im Rahmen der übernommenen Heilbehandlung anordnete. Dieser Umstand wird auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung als maßgebend betrachtet,

vgl. hierzu OLG Schleswig, Urteil vom 02.03.2007 (4 U 22/06) Rz. 35.

cc)

Dafür, dass der Antragsteller sich zum Zeitpunkt der MRT-Untersuchung am 06.08.2015 bereits in Behandlung des Antragsgegners zu 2) befand, spricht auch, dass der Antragsgegner zu 2) am 03.08.2015 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellte. Gem. § 47 des Vertrags Ärzte/Unfallversicherung ist die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit Sache des behandelnden Arztes.

b)

Lediglich hilfsweise ist auszuführen:

Selbst wenn ab dem 10.07.2015 die Heilbehandlung des Antragstellers zwischenzeitlich durch einen anderen Arzt übernommen wurde, erfolgte jedenfalls die MRT-Untersuchung am 06.08.2015 nicht im Rahmen einer sog. Nachschau des Antragsgegners zu 2).

aa)

Als Nachschautermin war bereits der 31.07.2015 vereinbart. Der Antragsteller wurde an diesem Tag auch vorstellig. Aufgrund seiner noch anhaltenden Beschwerden wurde für den 03.08.2015 eine zusätzliche Untersuchung durch den Antragsgegner zu 2) vereinbart. Aus der Patientenakte ergibt sich, dass der Antragsgegner zu 2)

(a) im Rahmen dieser Untersuchung die Bewegungsfähigkeit der rechten Schulter des Antragstellers testete und

(b) in Folge dieser Untersuchung -wie sich auch aus dem MRT-Befund vom 06.08.2015 ergibt- eine MRT-Untersuchung unter der Verdachtsdiagnose „Rotatorenmanschettenruptur“ anordnete.

Spätestens mit Erstellung dieser Diagnose bei der Untersuchung (=a)) war eine etwaige Nachschau beendet und die Heilbehandlung des Antragstellers wurde durch Anordnung der MRT-Untersuchung (=b)) zur weiteren Diagnostik durch den Antragsgegner 2) übernommen.

bb)

Hierfür spricht auch, dass der Antragsgegner zu 2) bereits am 03.08.2015 mit dem Antragsteller die Befunderörterung der MRT-Untersuchung vereinbarte. Er beschränkte sich mithin nicht auf die Überprüfung seiner Entscheidung, eine allgemeine Heilbehandlung anzuordnen, sondern koordinierte die von ihm bereits zu diesem Zeitpunkt übernommene Heilbehandlung.

cc)

Dafür, dass die Heilbehandlung des Antragstellers bereits vor der MRT-Untersuchung durch den Antragsgegner 2) übernommen wurde, spricht auch, dass der Antragsgegner zu 2) die Arthroskopie vom 20.08.2015 laut Eintrag in die Patientene-

nakte „zur definitiven Abklärung eines bg-lichen Befunds“ anordnete und im Zwischenbericht vom 21.08.2018 die „Beendigung des Heilverfahrens“ empfahl.

Aus § 6 des Vertrags Ärzte/Unfallversicherung folgt, dass der Durchgangsarzt von sich aus die Behandlung zu Lasten des UV-Trägers beenden soll, wenn sich im Verlauf der Behandlung herausstellt, dass keine Folgen eines Versicherungsfalls (mehr) vorliegen,

vgl. der Arbeitshinweise der Unfallversicherungsträger zur Bearbeitung von Arztrechnungen (Arb.Hinweise Arztrechnungen), Stand: Mai 2017.

Der Antragsgegner zu 2) ging also ab der Wiedervorstellung des Antragstellers am 31.07.2015 davon aus, dass er eine Heilbehandlung zu Lasten der Antragsgegnerin zu 4) erbrachte und ordnete die Arthroskopie an, um entscheiden zu können, ob er diese bereits übernommene Heilbehandlung nach § 6 Vertrag Ärzte/Unfallversicherung beenden sollte.

c)

Dass der Antragsgegner zu 2) die MRT-Untersuchung am 06.08.2015 nicht selbst durchführte, berührt seine Haftung nicht. Gem. § 12 des Vertrags Ärzte/Unfallversicherung kann der Durchgangsarzt im Rahmen der von ihm übernommenen Heilbehandlung andere Ärzte zur Klärung der Diagnose hinzuziehen. Aufgrund der persönlichen Leistungspflicht des Durchgangsarztes (vgl. § 24 Abs. 3 Vertrag Ärzte/Unfallversicherung) berührt selbst die Delegation von Kernaufgaben die Verantwortung des Durchgangsarztes nicht,

vgl. Ziffer 5.2. der Auslegungsgrundsätze zu den Anforderungen der gesetzlichen Unfallversicherungsträger zur Beteiligung am Durchgangsarztverfahren.

2)

Mit stationärer Aufnahme des Antragstellers am 20.08.2015 hat sodann die Antragsgegnerin zu 1) die Heilbehandlung übernommen. Jedenfalls **für die Behandlungsfehler am 20.08.2015 haftet die Antragsgegnerin zu 1)** folglich aus Vertrag (§ 280 Abs. 1 i.V.m. dem Behandlungsvertrag) und aus Delikt (§§ 823 Abs.1 und Abs.2, 31 BGB).

Es ist hier davon auszugehen, dass die Antragsgegner zu 2) und 3) für ein umfassend zuständiges - bzw. sich als solches nach außen darstellendes - Krankenhaus (die Antragsgegnerin zu 1) tätig und von diesem auch honoriert wurden. Jedenfalls in einem solchen Fall muss sich der Krankenhausträger einen Fehler des behandelnden Arztes nach § 278 zurechnen lassen,

vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 397; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht Rn. 18; BGH Urteil vom 21.01.2014 (VI ZR 78/13).

Darüberhinaus haftet auch der **Antragsgegner zu 3)** aus § 823 Abs.1 und Abs.2 BGB für die fehlerhafte Operation am 20.08.2015. Aufgrund seiner gem. § 24 Abs. 3 Vertrag Ärzte/Unfallversicherung fortwährenden persönlichen Verantwortung für die berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung (s.o.) besteht auch gegen den **Antragsgegner zu 2)** ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 und 831 Abs.1 BGB für die Behandlungsfehler am 20.08.2015.

C. Zum Schadens-/Streitwert

I.

Die behandlungsfehlerbedingt immer noch vom Antragsteller zu ertragenden Schmerzen und die nach wie vor vorhandene Bewegungseinschränkung in der Schulter des rechten Armes wurden durch die Untersuchung des Herrn Dr. med. Musterarzt K nachgewiesen,

vgl. S. 7 und das Messblatt für obere Gliedmaßen sowie die Fotografien im Anhang an das Sachverständigengutachten des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 27.08.2018.

Bei derzeitigem Befund ist sogar davon auszugehen, dass diese Beschwerden nur durch die Implantation einer inversen Schulterprothese gemildert werden können,

vgl. S. 13 des Sachverständigengutachten des Herrn Dr. med. Musterarzt K vom 28.08.2018.

Durch die unzulängliche Behandlung der von den Antragsgegnern zu 1) bis 3) fehlerhaft nicht als frisch und traumatisch erkannte Verletzung kam es mithin zu einem Dauerschaden beim Antragsteller.

II.

Der dem Antragsteller durch diese Gesundheitsschäden entstandene Dauerschaden wurde ausreichend dargelegt. Denn „eine schlüssige Behauptung genügt für Streitwert und Anspruch...“ im selbständigen Beweisverfahren, vgl.

vgl. Musielak/Voit, Kommentar ZPO, 12. Aufl., § 487, Rn. 6.

Der Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens entspricht -wie im Antragschriftsatz dargelegt- dem eines gleichartigen Hauptsacheverfahrens. Für die Bewertung des Interesses sind entscheidend die Darlegung in der Antragschrift, sowie der sich daraus ergebende Wert der Vorwurfstatsachen,

vgl. OLG Düsseldorf v. 17.2.2009 - I-10 W 132/08, OLGR 2009, 364.

Der Streitwert wurde vorliegend korrekt und konkret bemessen, insbesondere wurden sogar schon die künftigen Klageanträge genau beziffert.

III.

Der Streitwert ist im Beschluss vom 31.07.2018 -wie bereits mit Schriftsatz vom 20.08.2018 gerügt- unzutreffend festgesetzt. Der Feststellungsantrag ist hier -wie beantragt- mit mindestens 42.000,00 Euro zu bewerten. Eine doppelte Berücksichtigung von Schadensteilen liegt nicht vor.

1)

Aufgrund der Behandlungsfehler sind dem Antragsteller -wie in der Antragschrift dargelegt- erhebliche Erwerbsschäden und Haushaltsführungsschäden entstanden. Es ist möglich und wahrscheinlich, dass hier in Zukunft eine weitere Verschlechterung eintreten wird, so dass weitere materielle Schäden entstehen, die durch die in der Antragschrift genannten Leistungsanträge nicht abgedeckt sind und mithin nicht doppelt in den erläuterten Feststellungsantrag der Antragschrift fallen. So musste der Antragsteller mittlerweile behandlungsfehlerbedingt seinen Beruf als Schlosser ganz aufgeben und war vom 01.05.2018 bis zum 30.09.2018 arbeitslos. Dieser Umstand konnte mit den in der Antragschrift vom 24.07.2018 genannten Leistungsanträgen noch nicht geltend gemacht werden. Dieses Beispiel führt sehr klar vor Augen, dass durch den Feststellungsantrag keine doppelte Berücksichtigung von Schäden erfolgt ist.

2)

Im vorliegenden Fall besteht bereits jetzt ein (jährlich steigender) Pflegebedarf von mindestens 14 Stunden / Woche. Es ist ebenso diesbzgl. möglich und wahrscheinlich, dass hier in Zukunft eine weitere Verschlechterung eintreten wird, so dass auch bzgl. diesem Posten zusätzliche materielle Schäden entstehen, die durch die in der Antragschrift genannten Leistungsanträge nicht abgedeckt sind und mithin in den erläuterten Feststellungsantrag der Antragschrift (und zwar nicht doppelt) fallen.

3)

Aufgrund der andauernden gesundheitlichen Beeinträchtigung werden mithin zukünftig noch -wie in der Antragschrift dargelegt- "weitere" Schäden entstehen, welche sich noch in der Entwicklung befinden, insbesondere Kosten für die Behandlung der erneuten Ruptur der Supraspinatussehne, bspw. für die Implantation einer inversen Schulterprothese und deren Nachbehandlung, sowie weitere Kosten für Medikamente, notwendige Fahrten zu den Behandlungsterminen und Rechtsanwaltskosten.

Der Feststellungsantrag ist hier daher mit mindestens 42.000,00 Euro zu bewerten, denn eine doppelte Berücksichtigung von Schadensteilen liegt nicht vor.

IV.

Das Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,00 Euro ist auch nicht, wie von den Antragsgegnern vorgetragen, übersetzt.

Entscheidend für die Bemessung des Schmerzensgeldes sind alle Begleitumstände aufseiten des Geschädigten und des Schädigers, vgl. BGH Urt. v. 12.05.1998 - VI ZR 182/97. Diese Kriterien sind immer **einzelfallabhängig** und können nicht nach bestimmten, in Schmerzensgeldtabellen aufgeführten, Diagnosen pauschalisiert werden. Die für die Höhe des Schmerzensgeldes entscheidenden, vom Antragsteller geschilderten, Begleitumstände haben wir ausführlich dargelegt. Wir verweisen auch auf den **ausführlichen** Aufsatz von

— Ziegler, Bein ab, Arm dran, JR 1-2009, S. 1 ff..

Bei der Bemessung des Schmerzensgelds im Rahmen des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens vom 24.07.2018 wurde noch nicht einmal dem Umstand Rechnung getragen, dass die behandlungsfehlerbedingten Schmerzen und Beschwerden des Antragstellers nur noch durch das Einsetzen einer inversen Schulterprothese gebessert werden können.

— Da es vorliegend mithin um immense körperliche und psychische Dauerpersonenschäden geht, ist die Forderung eines Schmerzensgelds in Höhe von 40.000,00 Euro alles andere als „übersetzt“. Diese Einschätzung wird auch von dem Sachverständigen im sozialgerichtlichen Verfahren Herrn Dr. med. Musterarzt K geteilt,

vgl. S. 13 des Sachverständigengutachtens des Herrn Dr med. Musterarzt K vom 27.08.2015.

D. Streitwert

Wir bitten daher höflich um Streitwertüberprüfung, vgl. auch unser Gesuch mit Schriftsatz vom 20.08.2018

E. Fazit

— Der vorliegende Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens (und auch der darin enthaltenen Fragenkatalog zur ärztlichen Aufklärung) hält sich vollständig an die **aktuellen höchstrichterlichen Maßgaben** des OLG Hamburg, VersR 2017, 967 und des OLG Nürnberg VersR 2017, 969.

Die Antragsgegner werden nicht bestreiten können, dass im Falle eines **behandlungsfehler-/aufklärungsfehler-/causabejahenden Sachverständigengutachtens** eine **gütliche Einigung** der Parteien zwecks Meidung der Hauptsacheklage möglich sein kann/wird.

Laut zutreffender Entscheidung des OLG Naumburg fordert § 487 ZPO nur geringe Substanziierungsanforderungen an beweisbedürftige Tatsachen im Arzthaftungs-beweisantrag,

vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 25. 2. 2016 (1 W 46/15) = VersR 2017, 443.

Höchst vorsorglich bitten wir höflich um rechtzeitige und konkrete richterliche Hinweise, sollte das Gericht bzgl. dem Antrag oder bzgl. der Formulierung bzw. Zulässigkeit einzelner Beweisfragen noch Bedenken haben. § 139 ZPO gilt in allen Instanzen und Verfahrensarten,

vgl. Prütting / Gehrlein: ZPO Kommentar, 8. Auflage 2016, § 139 ZPO, Rn. 4.

Die in § 139 ZPO normierte richterliche Hinweispflicht gilt mithin im selbständigen Beweisverfahren, denn § 139 ZPO gilt nicht nur bzgl. Hinweisen zur Unzulässigkeit des Antrags und bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung, sondern umfassend,

vgl. Prütting / Gehrlein: ZPO Kommentar, 8. Auflage 2016, § 492 ZPO, Rn. 2. Wir verweisen zudem auf BGH, Beschl. vom 13.12.2016, Az. VI ZR 116/16 (r+s 9/2017, S. 504) und OLG Bamberg, Urt. v. 18.08.2016, Az. 1 U 24/16 (r+s 9/2017, S. 504).

Michael Graf

Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht

Anlagen:

§ 131 ZPO: Sind Urkunden -wie hier- dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfang, so genügt ihre genaue Bezeichnung mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren, die Beklagten mögen mithin Akteneinsicht nehmen:

- Sachverständigengutachten des Facharztes Herr Dr. med. Klaus Musterarzt K vom 28.08.2018

Kathrin Schmidt-Troje

Rechtsanwältin
Patientenanwältin im Medizin-/Versicherungsrecht