

*J.M.*

MR

ANWALTSKANZLEI  
DR. MARION ROSENKE

Dr. Marion Rosenke · Kättkenstr. 10 · 33790 Halle/Westf.

Oberlandesgericht Hamm  
Heßlerstr. 53  
59065 Hamm

Rechtsanwältin  
Fachanwältin  
für Medizinrecht

Kättkenstr. 10 · 33790 Halle/Westf.  
Tel. 05201 3096 · Fax 05201 6404

e-mail: post@dr-rosenke.de  
www.dr-rosenke.de

**Datum: 29. August 2016**

Aktenzeichen: [REDACTED] / [REDACTED]  
[REDACTED]

**I-26 U 91/16**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED] gegen [REDACTED] Krankenhaus [REDACTED]

wird unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld (mindestens jedoch € 30.000,-) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.11.2011 zu zahlen;
2. die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner € 1.037,25 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

3. die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner € 2.940,49 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Für den Fall, dass der Senat eine Zurückverweisung für notwendig erachtet, wird eine solche hilfsweise beantragt, § 538 II 1 Nr. 1 ZPO.

Begründung:

Das erstinstanzliche Gericht hat die Klage abgewiesen, weil wegen der am 12.07.1983 durchgeführten Circumcision weder ein Behandlungsfehler feststellbar sei noch Ersatzansprüche aufgrund eines Aufklärungsversäumnisses in Betracht kämen. Die Kammer folgte den aus ihrer Sicht überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Dr. [REDACTED], an dessen Sachkunde sie nicht zweifelte, der alle vorhandenen Krankenunterlagen zugrunde gelegt habe und aus den vollständig ermittelten Befund- und Anknüpfungstatsachen in jeder Hinsicht nachvollziehbare und widerspruchsfreie Schlussfolgerungen gezogen habe.

Das Urteil verstößt gegen anerkannte Grundsätze des Arzthaftungsrechts, § 546 ZPO. Gerade aufgrund der unstreitig vorhandenen Krankendokumentation und der deshalb erstinstanzlich zugrunde zu legenden Tatsachen wäre eine anderweitige Entscheidung geboten gewesen, § 529 ZPO. Die Ausführungen des Landgerichts zur Aufklärungsrüge lassen eine fehlerhafte rechtliche Einordnung der Beweislastverteilung sowie eine fehlerhafte "Anwendung" der vom Bundesgerichtshof entwickelten Stufentheorie erkennen.

In den Urteilsgründen findet sich auch keine Auseinandersetzung mit dem vom Kläger vorgelegten Privatgutachten des Herrn Dr. [REDACTED], der unter Auswertung der Krankendokumentation zu einem gegensätzlichen Ergebnis kam als der gerichtliche Sachverständige.

Der Tatrichter hat jedoch allen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen von Amts wegen nachzugehen; insbesondere hat er Einwendungen einer Partei gegen das Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen zu berücksichtigen und die Pflicht, sich mit von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinander zu setzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, wenn sich ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergibt (vgl. etwa BGH NJW 2004, 1871; BGH VersR 2004, 1579; BGH ArztR 5/2009, 132 f.; BGH Beschl. v. 11.03.2014, VI ZB 22/13; für den Honorarprozess BVerfG Beschl. v. 15.05.2012, 1 BvR 1999/09; BGH Beschl. v. 15.12.2015, VI ZR 557/15).

Es muss erkennbar sein, weshalb das Gericht hinsichtlich der entscheidenden medizinischen Fragen dem gerichtlichen Gutachten den Vorzug gegenüber dem Privatgutachten gibt (BGH Beschl. v. 11.03.2014, VI ZB 22/13). Der Tatrichter ist auch nicht dadurch von der Verpflichtung, sich mit dem Privatgutachten auseinanderzusetzen, enthoben, weil der Privatsachverständige nicht in der mündlichen Verhandlung anwesend ist (BGH Urt. v. 08.07.2008 - VI ZR 259/06).

Diesen anerkannten Grundsätzen des Arzthaftungsrechts läuft die Entscheidung des Landgerichts Bielefeld zuwider. Sie hält deshalb einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie verstößt gegen materielles Recht und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 520 III Nr. 2 ZPO.

Im Einzelnen:

**I. Zum Behandlungsfehler**

1. Das Landgericht knüpft für die Frage der Indikation des Eingriffs an die Vorgabe des gerichtlichen Sachverständigen an, dass für eine Circumcision eine klare medizinische Notwendigkeit bestehen muss. Sowohl im schriftlichen Gutachten des Herrn Dr. [REDACTED] vom 06.10.2015 als auch bei seiner Anhörung gab dieser vier Fallgruppen an (1. Probleme bei der Miktion 2. rezidivierende Balanoposthritiden 3. schmerzhafte Erektionen oder Einrisse des Präputiums bei der Erektion 4. unmögliche oder schmerzhafte Retraktion des Präputiums mit dem Mangel einer hygienisch einwandfreien Reinigung). Ein diesen Maßgaben entsprechender, klinisch-urologischer Befund lag dokumentiert nicht vor, wobei der gerichtliche Sachverständige auf Nachfrage angab, dass Befunde, die einen Eingriff indizieren sollen, aus medizinischen Gründen dokumentationspflichtig gewesen wären (Seite 5 Mitte des Protokolls vom 03.06.2016). Danach kam das erstinstanzliche Gericht zunächst zu einer den Tatsachen und der materiellen Wahrheit entsprechenden Schlussfolgerung: Dass nämlich vorliegend die Indikation zur Operation nicht nachvollzogen werden könne (Seite 9 Mitte des Urteils) und weder die Phimose an sich noch das dokumentierte einmalige Auftreten einer Vorhautentzündung eine solche klare medizinische Indikation begründeten (Seite 10 oben des Urteils).

Es ließ sich jedoch sodann durch ein vom gerichtlichen Sachverständigen favorisiertes Ergebnis zu einer nicht mehr mit dem Grundsatz der materiellen Wahrheit in Einklang zu bringenden Interpretation der Krankenunterlagen verleiten.

12

Anknüpfungspunkt für diese fehlerhafte und auch nicht mehr vertretbare Interpretation der Krankendokumentation war die Aussage des Sachverständigen, dass eine "unvollständige" Dokumentation nicht gleichbedeutend sei mit dem Nichtvorhandensein eines klinischen Befundes (vgl. Seite 2 Mitte des Protokolls vom 03.06.2016). Aus dieser eigensinnigen Wertung des Sachverständigen machte die Kammer "äußerst lückenhafte Krankenunterlagen" (Seite 10 Mitte des Urteils), deren angebliche Lücken sie sodann mit von Herrn Dr. [REDACTED] geäußerten Mutmaßungen füllte.

12

Die nicht vorhandene Niederlegung des Ausmaßes der Phimose könne auf einem bloßen Versäumnis oder einem Irrtum über Umfang der Dokumentationspflichten beruht haben (Seite 10 unten des Urteils). Eine solche Sachverhaltsspekulation haben jedoch nicht einmal die Beklagten vorgetragen. Sie ist aber auch rechtlich unerheblich, weil es auf den objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff ankommt und etwaige subjektive Irrtümer bei den unstreitig bestehenden medizinischen Dokumentationspflichten und der Indikationsstellung, also an dem gültigen medizinischen Standard, nichts ändern. Zudem ergibt sich aus den Krankenunterlagen der Beklagten ein sehr klares und eindeutiges Bild des damaligen Zustands des Klägers. Es lagen keine Beschwerden vor, der Harnstrahl war normal und in dem Jahr zuvor erfolgten keine ärztlichen, keine urologischen Behandlungen. Dies alles ergibt sich aus der Krankendokumentation, welche weder unvollständig noch lückenhaft ist, sondern diesen Gesundheitszustand des Klägers im Sommer 1983 deutlich, schlüssig und widerspruchsfrei wiedergibt. Der Kläger verweist insofern und zwecks Meidung von Wiederholungen auf seinen Schriftsatz erster Instanz vom 20.06.2016. Sollte das Berufungsgericht einen solchen Hinweis als nicht hinreichend substantiierten Tatsachenvortrag werten, wird höflich ein richterlicher Hinweis erbeten, § 139 ZPO.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts lassen insbesondere die fehlenden Eintragungen in der dafür vorgesehenen Rubrik "Urologischer Befund" nur den Rückschluss zu, dass seinerzeit kein behandlungsbedürftiger urologischer Befund vorgelegen hatte. Dies gilt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht:

Zum einen konnte dort gar kein behandlungsbedürftiger Befund eingetragen werden, weil an anderer Stelle bereits dokumentiert wurde, dass "sonst keine anderen Beschwerden" bestanden (mit Ausnahme einer Vorhautentzündung vier Jahre zuvor – was streitig ist) und der Harnstrahl normal war. Angesichts dessen ist es nachvollziehbar, dass in der Rubrik "Urologischer Befund" kein Eintrag vorhanden ist, denn dies hätte sich in Widerspruch zu dem bereits dokumentierten Gesundheitszustand des Klägers gesetzt. Wenn der Untersucher sich seinerzeit die Mühe gemacht hätte, dort Einträge vorzunehmen, hätte sich jeweils "o. B.", ein Minuszeichen oder ähnliches gefunden, weil alles andere sich in Widerspruch zu dem dokumentierten Gesundheitszustand des Klägers gesetzt hätte. Die Wertung des erstinstanzlichen Gerichts, dass es sich um "äußerst lückenhafte Krankenunterlagen" handele, ist von daher aus tatsächlichen Gründen verfehlt.

Die auf Seite 10 unten des Urteils nachzulesende Erwägung, dass zum damaligen Zeitpunkt insgesamt noch weniger hohe Anforderungen an eine Dokumentation gestellt wurden, findet weder in dem schriftlichen Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen noch in dessen mündlicher Anhörung eine Stütze. Die auf Seite 5 Mitte des schriftlichen Gutachtens vom 06.10.2015 nachzulesende Feststellung, dass sich "zur Zeit" die Anforderungen an Aufklärung und Dokumentation im Bereich der operativen Medizin deutlich verschärft hätten, bezog sich aus Sicht des Herrn Dr. [REDACTED] auf die Alternativenaufklärung.

Die Übertragung dieser (fraglich) verschärften Entwicklung auf die Dokumentation von klinischen Befunden findet in dem zugrunde zu legenden Sachverhalt keine Stütze.

In rechtlicher Hinsicht gilt, dass zugunsten des geschädigten Patienten Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr in Betracht kommen, wenn die gebotene ärztliche Dokumentation lückenhaft bzw. unzulänglich ist und deswegen die Aufklärung des Sachverhalts unzumutbar erschwert wird (st. Rspr. seit BGH Beschluss vom 29.03.1988 in AHRS Teil I 6450/39; s. auch Ehlers / Broglie, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2005, RN 809; Geiß / Greiner Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl. 2006, RN 248). Dies hat der BGH bereits im Jahr 1956 ausdrücklich für das Fehlen des Operationsberichts entschieden (BGH vom 06.03.1956 in AHRS Teil I 6450/1). Wie dargelegt, konnte (durfte) das Landgericht schon aus denklologischen Gründen nicht von einer lückenhaften Dokumentation ausgehen. Wenn es aber eine solche annahm, so hätte es vorliegend diesen arzthaftungsrechtlichen Grundsätzen entsprechend verfahren müssen und zumindest eine Beweiserleichterung zugunsten des Klägers dahingehend annehmen müssen, dass dieser eine fehlende medizinische (klare) Indikation für den Eingriff vom 12.07.1983 mit ausreichender Gewissheit dargetan hat, wenn es nicht sogar aufgrund der – aus seiner Sicht – lückenhaften Dokumentation eine Beweislastumkehr dahingehend hätte annehmen müssen, dass die Beklagten das Vorhandensein einer klaren medizinischen Indikation hätten beweisen müssen, was ihnen nicht gelungen ist.

Das vom Landgericht zitierte Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm aus dem Jahr 2003 (Urt. v. 29.01.2003, 3 U 91/02) kann vorliegend nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

Dort wurde für einen verlorenen gegangenen CTG-Streifen entschieden, dass nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist von in aller Regel zehn Jahren Dokumentationsversäumnisse nicht (mehr) zu Beweiserleichterungen des Patienten führen, sodass es bei dessen voller Darlegungs- und Beweislast verbleibt. Zum einen handelt es sich bei der CTG-Schreibung um eine ärztliche (gebotene) Maßnahme, also um ein aktives ärztliches Tun, wohingegen es im Fall des Klägers um eine Beschreibung seines Zustands ging, also gerade nicht um ein aktives ärztliches Tun im Sinne einer Behandlungs-, Therapie- oder Überwachungsmaßnahme. Zudem ist es im Fall des Klägers nicht zum Verlust von Aufzeichnungen gekommen, dies behaupten nicht einmal die Beklagten. Im Gegensatz zu dem vom Oberlandesgericht Hamm entschiedenen Fall konnten hier die Krankenunterlagen von den Beklagten vollständig vorgelegt werden, es "fehlen" (aus Sicht des erstinstanzlichen Gerichts) schlicht Eintragungen auf vorhandenen Blättern. Die zur Entscheidung gebrachten Sachverhalte sind nicht vergleichbar und die Erwägungen in dem genannten Urteil des Oberlandesgerichts Hamm deshalb nicht übertragbar. Zudem wurde in dem "CTG-Fall" dargelegt, dass zumindest in der Regel CTG's geschrieben wurden, wohingegen im Fall des Klägers von den Beklagten nicht vorgetragen wurde, dass urologisch relevante Befunde, die der Indikation für einen urologischen Eingriff dienen sollen, im Jahr 1983 regelhaft nicht, also nie, dokumentiert wurden, obgleich dafür extra Rubriken in den Krankenunterlagen vorgesehen sind.

Dementsprechend hätte die in dem genannten Urteil des Oberlandesgerichts Hamm getroffene und auch vom Landgericht Bielefeld zitierte Erwägung Beachtung finden müssen, dass auch nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist "selbstverständlich" (so wörtlich im Urteil vom 29.01.2003) Krankenunterlagen zur Haftung des Arztes führen können, wenn sie noch vorhanden sind und die fehlerhafte Behandlung des Arztes belegen.

Vor der dokumentierten Fehlerhaftigkeit des ärztlichen Handelns sind nicht nur deshalb die Augen zu verschließen, weil die Aufbewahrungsfristen verstrichen sind.

Das Landgericht misst den Erinnerungen des Klägers zu seiner völligen Beschwerdefreiheit vor dem Eingriff faktisch keine Bedeutung zu, weil er mit seiner Mutter nur einmal darüber gesprochen habe und diesen eigenen Erinnerungen insgesamt nur ein geringer Beweiswert zugemessen werden könne, weil nach der Erfahrung der Kammer Erinnerungen, die bis ins Kleinkindalter zurückreichen, nur recht schwach ausgeprägt seien und nicht selten durch spätere Erlebnisse und Erfahrungen subjektiv gefärbt würden (Seite 11 oben des Urteils). Es wird aus den Urteilsgründen nicht deutlich, welchen Beweiswert die Kammer den Erinnerungen des Klägers beimaß, obgleich doch nach ihrer eigenen Auffassung zumindest ein geringer Beweiswert nicht verneint werden kann. Eine Beweiswürdigung fehlt insoweit, was einen Verstoß gegen § 286 ZPO beinhaltet. Es wird auch nicht begründet, inwiefern ein nur einmaliges Gespräch mit der Mutter geeignet sein soll, die Erinnerung des Klägers zu schmälern (?), zu trüben (?) oder gar zu verfälschen sowie überhaupt eine Darlegung fehlt, warum es auf die Anzahl von Gesprächen ankommen soll. Vor allem aber legt die Kammer nicht dar, woher sie ihre Sachkunde für die Feststellung bezieht, dass Erinnerungen des Kleinkindalters nur recht schwach ausgeprägt seien und nicht selten durch spätere Erlebnisse und Erfahrungen subjektiv gefärbt würden und inwiefern dies auf den konkreten Fall des Klägers zutreffen soll. Der pauschale Hinweis auf eigene Erfahrungen ist für die Darlegung der eigenen Sachkunde nicht ausreichend (vgl. auch BGH NJW 2004, 1164). Ohne die Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigen-gutachtens hätte die Kammer die Erinnerungen des Klägers zu seiner völligen Beschwerdefreiheit also nicht einfach "vom Tisch fegen dürfen".

Auf Seite 11 des Urteils setzt sich das erstinstanzliche Gericht mit dem Eintrag

*"Als das Kind 4 Jahre alt war 1979, erst mal Vorhautentzündung."*

auseinander und meint dazu, dass anhand der vorliegenden Krankenunterlagen nicht mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden könne, dass sich derartige Beschwerden in der Folge wiederholt haben und dem Kläger aufgrund eines nicht als sonderlich belastend empfundenen Verlaufs nicht mehr in Erinnerung seien. Eine Auseinandersetzung mit dem vollständigen Eintrag in den Krankenunterlagen, der lautet:

*"Als das Kind 4 Jahre alt war 1979, erst mal Vorhautentzündung. Sonts keine andere Beschwerden. Jetzt bei uns wegen Fimose."*

fehlt. Aus diesem Eintrag erschließt sich deutlich, dass der Kläger aktuell keine Beschwerden hatte und auch nur eine einmalige Vorhautentzündung vier Jahre zuvor (was streitig ist) vorlag, weil der Untersucher ansonsten die Anzahl und die zeitliche Abfolge (angeblicher) Vorhautentzündungen notiert hätte, was sich insbesondere daraus erschließt, dass er die aktuelle Anamnese erfragte: *"Jetzt bei uns wegen Fimose"* und: *"Sonts keine andere Beschwerden."*

Ein Entzündungsgeschehen wäre jedoch weder dem Kläger noch der Mutter des Klägers und schon gar nicht einem Untersucher im Krankenhaus entgangen, weil sich dabei der Zustand des Penis erheblich verändern würde

**Beweis:** Einholung eines urologischen Obergutachtens

und sich etwa eine Balanitis darstellen würde wie eine "dicke rote fette Waldschnecke".

**Beweis:** Einholung eines urologischen Obergutachtens

**vgl. auch:** Urteil des LG Osnabrück vom 21.08.2002, 2 O 3002/00  
(Anlage K 8), dort Seite 9

Rechtsfehlerhaft ist diese Erwägung des Landgerichts Bielefeld aber auch deshalb, weil selbst bei einem "nicht als sonderlich belastend empfundenen Verlauf" die Voraussetzungen für eine klare medizinische Indikation nicht vorliegen würden. Nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen wären dafür rezidivierende Balanoposthitiden – Entzündungen des Präputiums und/oder der Glans penis – teilweise auch mit phlegmonöser Ausbreitung auf die Penisschafthaut erforderlich (Seite 4 oben des Gutachtens vom 06.10.2015), was nicht nur ein "aliud" zu einem "nicht als sonderlich belastend empfundenen Verlauf" beinhaltet, sondern geradezu das Gegenteil manifestiert.

**Beweis:** Einholung eines urologischen Obergutachtens

Im Hinblick auf den Eintrag "*Harnstrahl normal*" berücksichtigt das Landgericht Bielefeld wiederum nicht den vollständigen Eintrag in der Dokumentation und lässt sich von Herrn Dr. [REDACTED] der offenkundig nach dem Prinzip "if you cannot convince them, confuse them" vorgeht, in die Irre leiten. Für die Unterstellung eines gleichwohl krankhaften Befundes war kein Raum, weil der vollständige Eintrag lautet:

*"Harnstrahl: normal , abgeschwächt, Harnträufeln, Sperre"*

Hieraus folgt denknotwendig, dass das Vorliegen eines abgeschwächten Harnstrahls, eines Harnträufelns oder einer Harnstrahlsperrung vom Untersucher erfragt wurde, weil aus diesen vorgegebenen Möglichkeiten ansonsten keine Auswahl hätte getroffen werden können (multiple choice-Prinzip).

Diese Erwägung des erstinstanzlichen Gerichts beinhaltet einen Verstoß gegen Denkgesetze und fördert einen völlig unkritischen Umgang mit den Äußerungen des gerichtlichen Sachverständigen zutage.

Auf Seite 12 des Urteils heißt es, dass Probleme bei der Miktion oder rezidivierende Balanoposthitiden für eine medizinische Notwendigkeit – eine **klare** medizinische Notwendigkeit muss nach Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts also nicht mehr vorliegen – nicht zwingend erforderlich waren. Für eine Circumcision würde auch schon die Unmöglichkeit der Retraktion des Präputiums mit der Folge einer unzureichenden Reinigungs- und Pflegemöglichkeit dieses Bereichs eine Indikation begründen, ohne dass damit zwingend körperliche Beschwerden oder stattgehabte Infektionen zusammenhängen müssten. Unabhängig davon, dass sich keine Begründung dafür findet, warum auf einmal keine klare medizinische Notwendigkeit mehr nötig sein soll, tut sich mit dieser Äußerung ein Widerspruch zu dem schriftlichen Gutachten des Herrn Dr. [REDACTED] auf, wo es auf Seite 4 oben heißt, dass es bei dieser Fallkonstellation zu Schmerzen (= körperliche Beschwerden) kommen müsste.

Zudem tut sich ein Widerspruch zu dem Privatgutachten des Herrn Dr. [REDACTED] vom 06.02.2013 (Anlage K 1) auf, der auf Seite 8 festhält, dass eine Circumcision im mitteleuropäischen Kulturraum im Jahr 1983 keinerlei hygienische Vorteile hatte. Mit dieser konträren sachverständigen Aussage setzt sich das Landgericht Bielefeld nicht auseinander unabhängig davon, dass sich zu diesem Punkt auch keine Auseinandersetzung mit der Krankendokumentation findet ("*Sonts keine andere Beswerden.*").

Schließlich hätte man vom Landgericht Bielefeld auch einen kritischeren Umgang mit derartigen (neuen und widersprüchlichen) Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen in rechtlicher Hinsicht erwartet, weil das Gericht mit dieser Erwägung die Durchführung eines prophylaktischen Eingriffs aus angeblich hygienischen Gründen in Form einer Amputation eines Körperteils bei minderjährigen Kindern legitimiert, was mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht mehr in Einklang zu bringen ist, Art. 1 I GG, Art. 2 II GG, Art. 6 I GG.

Die auf Seite 12 des Urteils zu findende, äußerst knapp gehaltene Erwägung, dass es beim Kläger auch schon zu Vorhautverklebungen gekommen sein könne, findet keine Stütze in den zugrunde zu legenden Tatsachen – auf obige Ausführungen zur Krankendokumentation wird verwiesen – und hätte ohne weitere Sachverhaltsaufklärung keinen Eingang in die Urteilsbegründung finden dürfen. Der Kläger hatte mit seinem Schriftsatz vom 20.06.2016 ausdrücklich gerügt, dass erstens sogenannte Vorhautverklebungen keine medizinische Indikation für eine Circumcision begründen, sondern Bestandteil der physiologischen Phimose sind, und zweitens eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach weiterer Frist zu einer sachgerechten Stellungnahme beantragt, weil auch jene Feststellung des Herrn Dr. [REDACTED] in der mündlichen Verhandlung vom 03.06.2016 neu war. Das Urteil des Landgerichts Bielefeld verletzt den Kläger in seinem Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG:

Art. 103 I GG gibt dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten das Recht, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern.

Das Gericht darf nur solche Tatsachen und Beweise verwerten, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten (BGH Beschl. v. 20.09.2011, VI ZR 5/11 = ArztR 5/2012, 133 f. mit Verweis auf BVerfG NJW 1994, 1210). Dagegen hat das Landgericht Bielefeld verstoßen.

2. Die Erwägung des erstinstanzlichen Gerichts zu den vorliegend nicht in Betracht kommenden Behandlungsmethoden einer Salbentherapie und / oder von Dehnungsversuchen lassen wiederum eine sachgerechte Auseinandersetzung mit den Krankenunterlagen vermissen. Aus dem Aufklärungsbogen für die Circumcision ergibt sich nämlich eindeutig, dass Salbentherapien und Dehnungsversuche zwingend vorzuschalten gewesen wären, weil es darin heißt:

*"Die Behandlung mit Salben und Dehnungsversuche bringen keine Heilung. Wir raten deshalb zur Operation."*

Damit wird sowohl der medizinische Standard für das Jahr 1983 als auch der krankenhauserne medizinische Standard wiedergegeben, worin ein eklatanter Widerspruch zu den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen liegt. Diesen Widerspruch hat die Kammer nicht aufgeklärt. Zudem ist auch in dieser Hinsicht die vom Landgericht postulierte "freie Methodenwahl" angesichts des irreversibel amputativen Charakters einer Circumcision bei einem dazu noch nicht selbst einwilligungsfähigen Kind rechtlich nicht haltbar (s.o., Art. 1 I GG, Art. 2 II GG, Art. 6 I GG).

Letztlich jedoch ist diese Erwägung obsolet, weil bei dem Kläger kein pathologischer urologischer Befund vorlag und eine klare medizinische Indikation unter keinem tatsächlichen und / oder rechtlichen Gesichtspunkt hätte bejaht werden dürfen.

3. Auf Seite 13 des Urteils führt die Kammer drei verschiedene Ärzte an, die "offenbar" eine Indikation für den operativen Eingriff aufgrund der diagnostizierten Phimose sahen. Diese Erwägung findet keine Stütze in den zugrunde zu legenden Tatsachen. Ob die Schulärztin und der Kinderarzt Dr. [REDACTED] selbst eine klare medizinische Indikation stellten oder lediglich einen aus ihrer Sicht unklaren Befund alio loco abklären lassen wollten, ist nicht geklärt. Diesen Punkt hätte die Kammer nicht offen lassen dürfen. Angesichts dieser Nichtaufklärbarkeit gleichwohl eine Indizwirkung für eine (klare?) medizinische Indikation abzuleiten, ist angesichts des einschneidenden Eingriffs in die körperliche (und seelische) Integrität eines minderjährigen Kindes sowie angesichts der eindeutigen Krankendokumentation schwerlich vertretbar.

In die Entscheidungsgründe hätte aber auch einfließen müssen, dass der Überweisungsempfänger bzw. Krankenhausarzt eigenständig die Diagnose und ggf. die Indikation für einen operativen Eingriff zu stellen hat losgelöst von der Einschätzung des niedergelassenen / überweisenden Arztes, denn:

Der Überweisungsempfänger hat die Diagnose selbständig zu stellen und die Diagnostikmethode eigenverantwortlich zu wählen; in eigener Verantwortung ist zu prüfen, ob die erbetene Leistung den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht und nicht etwa kontraindiziert ist (vgl. Brandenburgisches OLG Urt. v. 27.03.2008, 12 U 239/06; vgl. auch OLG Thüringen ArztR 1/2009, 15 ff.; vgl. auch OLG Köln Urt. v. 17.03.2010, 5 U 51/09 und zur Aufklärungspflicht des Überweisungsempfängers Brandenburgisches OLG, Urt. v. 27.03.2008, 12 U 239/06 - zit. bei juris; OLG Naumburg Urt. v. 08.11.2012, 1 U 62/12).

4. Nach alledem hätte das Landgericht Bielefeld zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Kläger den Vollbeweis einer nicht vorhandenen klaren medizinischen Indikation für eine Circumcision erbracht hat. Das Vorliegen eines Behandlungsfehlers hätte es nicht verneinen dürfen.

## II. Fehlende Facharztreihe des Beklagten zu 2)

Auf den Seiten 14 / 15 des angefochtenen Urteils ist nachzulesen, dass der zwar äußerst knapp gehaltene Operationsbericht dennoch "keinerlei Zweifel" an einer chirurgisch korrekt durchgeführten Operation aufkommen lasse und dass ohne besondere – hier nicht dokumentierte – makroskopische Auffälligkeiten eine histopathologische Beurteilung des entfernten Gewebes nicht erforderlich sei. Es verwundert und wirkt doch befremdlich, dass entgegen der Vorgehensweise zur fraglichen Indikation das Landgericht Bielefeld derartige Dokumentationslücken an dieser Stelle nicht durch Mutmaßungen zu füllen versucht. Eine Ungleichbehandlung im angewandten Beweismaß einseitig zulasten des Klägers kann nicht von der Hand gewiesen werden.

Nach klägerischer Auffassung hätte die Kammer die Frage, ob der Beklagte zu 2) bereits die Facharztreihe besaß, nicht offenlassen dürfen. Denn auch für die Frage der Indikation und nicht nur für die Durchführung der Operation ist der jeweils gültige medizinische Standard geschuldet, was im Vorfeld eines urologischen Eingriffs mit einschneidenden, irreversiblen Folgen den urologischen Facharztstandard voraussetzt. Herr Dr. [REDACTED] hält die Facharztreihe des Operateurs oder seiner Assistenz / Supervision für erforderlich (vgl. Seite 5 oben des Gutachtens vom 06.10.2015).

Die Beklagten haben in ihrer Klageerwiderung auf Seite 4 vorgetragen, dass noch ermittelt werde, ob der Beklagte zu 2) zum Zeitpunkt der Operation den Facharztstatus hatte. Der Kläger hatte dies (den Facharztstatus) in seinem Schriftsatz vom 05.09.2013 auf Seite 3 ausdrücklich bestritten sowie in Abrede gestellt, dass die Circumcision unter fachärztlicher Supervision stattfand. Entgegen dem Verständnis des erstinstanzlichen Gerichts fand überhaupt keine operative Assistenz / Supervision statt. Der Beklagte zu 2) hatte den chirurgisch-urologischen Eingriff vom 12.07.1983 in dem Sinne allein und eigenverantwortlich durchgeführt, weil sich der Eintrag in dem Operationsbericht

"Assistenz: ██████████"

auf die Anästhesie bezieht, wie sich auch insbesondere dem Anästhesie-Aufklärungsbogen und dem schriftlichen Operationsvorschlag entnehmen lässt.

Der Kläger hatte die Anregung des gerichtlichen Sachverständigen auf Seite 5 oben des schriftlichen Gutachtens zum Anlass genommen, die zuständige Landesärztekammer nach der Facharztreihe des Beklagten zu 2) im Jahr 1983 zu befragen. Dort sind jedoch keine Informationen mehr vorhanden.

**Beweis:** 1. Anfrage Kanzlei Dr. Rosenke vom 16.06.2016

(Anlage K 9)

2. Antwort der ██████████ vom 04.07.2016 (Anlage K 10)

Mangels Nachweises der fachärztlich gebotenen Indikationsstellung und Operationsdurchführung, was im Rahmen der sekundären Darlegungslast nun den Beklagten obliegt, ist auch unter diesem Gesichtspunkt ein Verstoß gegen den fachärztlich geschuldeten Standard, mithin ein Behandlungsfehler anzunehmen.

Mit einer solchermaßen anzunehmenden Anfängeroperation geht eine Beweislastumkehr für den eingetretenen Gesundheitsschaden einher (BGH Urt. v. 27.09.1983 in NJW 1984, 655 ff.).

### **III. Zur Aufklärungsrüge**

Dem Urteil ist auf Seite 16 zu entnehmen, dass das erstinstanzliche Gericht von einer notwendigen (Grund-) Aufklärung "im Großen und Ganzen" wegen des von der Mutter unterzeichneten Aufklärungsbogens ausgeht und der Kläger diese Indizwirkung nicht erschüttert habe. Das erstinstanzliche Gericht verkennt die Beweislastverteilung im Rahmen der Aufklärungsrüge. Diese steht zum Vollbeweis der Beklagtenseite (jetzt § 630 h II 1 BGB).

Mit dem Aufklärungsbogen müsste also auch tatsächlich eine Indizwirkung einhergehen. Auf ihm befinden sich jedoch keine handschriftlichen Eintragungen zu Alternativen und Risiken des Eingriffs, im Gegenteil ist dort in irreführender Art und Weise von einer "palliativen OP" die Rede. Eine palliative Circumcision existiert jedoch gar nicht, was beide hier involvierten Sachverständigen auch klar so benennen. Missverständlichen Aufklärungsformularen kommt kein Beweiswert zu (OLG Koblenz Beschl. v. 12.01.2010, 5 U 967/09). Von einer Indizwirkung eines solchermaßen irreführenden Bogens konnte und durfte das Landgericht somit nicht ausgehen.

Bei der Alternativenaufklärung vertritt das erstinstanzliche Gericht die Auffassung, dass es sich bei der Operation einerseits und einer etwaigen konservativen Behandlung andererseits nicht um "alternative Methoden mit einigermaßen gleichwertigen Heilungs- und Erfolgsaussichten" gehandelt habe, sodass sich eine defizitäre Aufklärung auch nicht aus dem Vorwurf des Klägers ergäbe, seine Eltern seien nicht auf konservative Behandlungsmöglichkeiten wie Salben und Dehnungsversuche hingewiesen worden (Seiten 16 / 17 des Urteils). Es ist jedoch rechtlich fehlerhaft, auf "einigermaßen gleichwertige Heilungs- und Erfolgsaussichten" abzustellen, weil es im Rahmen der Alternativenaufklärung darauf ankommt, ob es mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden gibt, die zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können, was nun auch ausdrücklich in § 630 e I 3 BGB normiert ist. Eine in diesem rechtlichen Sinne bestehende Alternative gab es sogar nach den Ausführungen des Herrn Dr. ██████████ in Form von Dehnungsversuchen und einer lokalen Salbentherapie (vgl. Seite 5 des Protokolls vom 03.06.2016). Mangels nachgewiesener Alternativenaufklärung hätte das erstinstanzliche Gericht die vom Kläger erhobene Aufklärungsrüge bei richtiger Rechtsanwendung bejahen müssen (einen behandlungsbedürftigen urologischen Befund theoretisch unterstellt).

In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils findet man Ausführungen zur angeblichen Ermächtigung des Vaters zugunsten der Mutter des Klägers, was ausreichend sei, weil es sich um einen komplikationsarmen und nicht schwerwiegenden Routineeingriff, der nicht mit erheblichen Risiken für den Kläger verbunden gewesen sei, gehandelt habe.

Derartige, die Entscheidung tragende Ausführungen zur Aufklärungsrüge durften nicht ohne weitere, sachverständig beratende Sachverhaltsermittlung zur Grundlage einer richterlichen Entscheidungsfindung gemacht werden, weil sie in Widerspruch zu dem Privatgutachten des Herrn Dr. [REDACTED] und zu dem schriftlichen Gutachten des Herrn Dr. [REDACTED] stehen. Nach dem Gutachten des Herrn Dr. [REDACTED] (Anlage K 1) handelt es sich bei der Circumcision unter Berücksichtigung des Kenntnisstandes im Jahr 1983 um einen verstümmelnden Eingriff, der zu permanenten Veränderungen der äußeren Erscheinung und der Funktionen des Penis führt (vgl. insbesondere Seite 9 des Gutachtens vom 06.02.2013). "Bereits in den 1960er und folgenden Jahren war durch psychosoziale Studien in mehreren Ländern bekannt, dass Eingriffe mit nachhaltig körperveränderndem Charakter sowohl körperliche wie emotional / psychische Folgeschäden hervorrufen können, was ja auch ohne wissenschaftliche Untermauerung jedem einleuchtet. Insbesondere die nicht selbst bestimmte und ungewollte, unumkehrbare operative Veränderung an den Geschlechtsorganen stellt eine besondere Traumatisierung dar, die sich – wie die psychologischen Untersuchungen zeigten – erst im Alter der Geschlechtsreife oder viel später manifestiert. Sowohl das seit der Geburt geprägte Schmerz- und das Angstgedächtnis rufen durch im Kindesalter verursachte körperliche und seelische Verletzungen später signifikante posttraumatische psychische Belastungsstörungen hervor" (Seite 8 des Gutachtens vom 06.02.2013).

Diese sachverständigen Ausführungen machen mehr als deutlich, dass es sich bei der Vornahme einer Circumcision genau um das Gegenteil eines nicht schwerwiegenden Routineeingriffs handelt. Selbst Herr Dr. [REDACTED] pflichtete diesen Ausführungen in seinem schriftlichen Gutachten ausdrücklich bei (Seite 7: "7. Den Ausführungen kann im Wesentlichen gefolgt werden, keine Einwände, vor allem nicht gegen den 2. Absatz.")

Dass das Landgericht Bielefeld diesen Widerspruch nicht aufgeklärt hat, macht seine Entscheidung in diesem Punkt fehlerhaft.

Nach der vom Bundesgerichtshof im Jahr 1988 entwickelten Stufentheorie kann die Einwilligung in medizinische Eingriffe bei Minderjährigen grundsätzlich nur von beiden sorgeberechtigten Elternteilen erteilt werden (BGH Urt. v. 28.06.1988, VI ZR 288/87). Lediglich in Routinefällen – wozu die Circumcision nicht zählt –

**Beweis:** Einholung eines urologischen Obergutachtens

kann davon ausgegangen werden, dass der mit dem Kind vorsprechende Elternteil ermächtigt ist, für den Abwesenden die erforderliche Einwilligung in ärztliche Heileingriffe nach Beratung durch den Arzt mitzuerteilen. Nach den schriftlichen Ausführungen beider involvierter Sachverständiger durfte das Landgericht Bielefeld diesen (ersten) Ausnahmefall nicht bejahen.

Auf der zweiten Stufe, wenn es um ärztliche Eingriffe schwerer Art mit nicht unbedeutenden Risiken geht, muss sich der Arzt darüber hinaus vergewissern, ob der erschienene Elternteil die beschriebene Ermächtigung des anderen hat und wie weit diese reicht; er wird dabei, solange dem nichts entgegensteht, auf eine wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen; darüber hinaus kann es angebracht sein, auf den erschienenen Elternteil dahin einzuwirken, die vorgesehenen ärztlichen Eingriffe und deren Chancen und Risiken noch einmal mit dem anderen Elternteil zu besprechen (BGH Urt. v. 28.06.1988, VI ZR 288/87; s. auch BGH Urt. v. 15.06.2010, VI ZR 204/09; OLG Hamm Urt. v. 29.09.2015, I-26 U 1/15). Selbst wenn man die streitgegenständliche Circumcision auf dieser zweiten Stufe einordnen wollte, lägen die Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung nicht vor.

Denn dass sich der Beklagte zu 2) in diesem Sinne vergewissert und eine Auskunft bei der Mutter des Klägers eingeholt hätte, wird von den Beklagten nicht vorgetragen.

Weil es sich aber bei der am Kläger im Alter von sieben Jahren vorgenommenen Circumcision jedoch nicht um einen ärztlichen Heileingriff handelte, sondern um eine Körperverletzung mit weitreichenden körperlichen und seelischen Folgen (s. o.),

**Beweis:** Einholung eines urologischen Obergutachtens

hätte das Landgericht bei vollständiger und richtiger Tatsachenwürdigung den dritten Ausnahmefall der sogenannten Stufentheorie zur Anwendung bringen müssen: Geht es um schwierige und **weitreichende** Entscheidungen über die Behandlung des Kindes, die mit erheblichen Risiken für das Kind verbunden sind, liegt eine Ermächtigung des einen Elternteils zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe bei dem Kind durch den anderen nicht von vornherein nahe. Deshalb muss sich der Arzt in einem solchen Fall die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist (BGH Urt. v. 28.06.1988, VI ZR 288/87; BGH Urt. v. 15.06.2010, VI ZR 204/09; OLG Hamm Urt. v. 29.09.2015, I-26 U 1/15). Für das Verschaffen einer solchen Gewissheit ist nichts vorgetragen, dafür ist auch nichts ersichtlich und tatsächlich lag ein solches Verschaffen auch nicht vor.

Der vom Vater unterzeichnete Anästhesie-Aufklärungsbogen hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung, weil es sich bei dem anästhesiologischen Gespräch (so ein solches stattgefunden hat), nicht um ein urologisch-chirurgisches Aufklärungsgespräch handelt.

Zudem hatte der Kläger bestritten, dass der Vater überhaupt in der Klinik anwesend war, weil es durchaus üblich ist, dass Aufklärungsbögen mit nach Hause gegeben und dort unterzeichnet werden (Seite 5 des klägerischen Schriftsatzes vom 05.09.2013). Dafür spricht auch, dass – wenn der Vater in der Klinik anwesend gewesen wäre – er auch den chirurgischen Aufklärungsbogen unterschrieben hätte.

Nach alledem hätte schon die vom Kläger erhobene Aufklärungsrüge der Klage zum Erfolg verhelfen müssen.

#### **IV. Prozessuales**

Sowohl die unterlassene Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung als auch die Benennung der Mutter als neues Angriffsmittel, womit der Kläger aber präkludiert sei, sind verfahrensfehlerhaft. Wie weiter oben dargelegt, hätte das erstinstanzliche Gericht die Widersprüche zwischen den Sachverständigengutachten als auch zwischen den mündlichen und schriftlichen Äußerungen des Herrn Dr. [REDACTED] von Amts wegen aufklären müssen. Es hätte von Amts wegen die mündliche Verhandlung zwecks Beweisaufnahme wiedereröffnen müssen, in deren Rahmen dann auch die Mutter des Klägers zur völligen Beschwerdefreiheit des Klägers hätte vernommen werden können. Eine vom Kläger verschuldete Verzögerung des Rechtsstreits wäre nicht eingetreten. Zudem hatte der Kläger in seinem Schriftsatz vom 20.06.2016 zu den neuen Feststellungen des Herrn Dr. [REDACTED] (vorläufig) Stellung genommen und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend gemacht. Damit war die mündliche Verhandlung nach § 156 II Nr. 1 ZPO wiederzueröffnen.

V.

Weil das angefochtene Urteil aus den genannten Gründen fehlerhaft ergangen ist, kann es keinen Bestand haben und muss der Aufhebung unterliegen. Bei richtiger Tatsachenwürdigung und Rechtsanwendung hätte der Klage stattgegeben werden müssen.

Ergänzend nimmt der Kläger Bezug auf sein gesamtes Vorbringen erster Instanz nebst Beweisangeboten.



Dr. Rosenke

Fachanwältin für Medizinrecht