

**8 U 159/10**

2/04 O 182/09 Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll  
am 30.08.2011

Justizfachangestellte  
als Urkundsbeamtin der Ge-  
schäftsstelle



**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Dr. Petra Gutmann,

Frankfurt am Main,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt

gegen

1. Prof. Dr. Frank L.
2. Universitätsklinik Frankfurt am Main, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes und ärztlichen Direktor Prof. Dr. Roland K. Theodor Stern Kai 7, 60596 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Kagerer und die Richter am Oberlandesgericht Dr. Schellenberg und Tillmanns  
auf Grund der mündlichen Verhandlung  
vom 17. Mai 2011  
für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 9.6.2010 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main (2-04 O 182/09) teilweise abgeändert.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, die folgenden Unterlagen in Kopie an die Klägerin herauszugeben, Zug um Zug gegen Erstattung der Kopierkosten:

- a) Das CTG, das am 3.11.2007 gegen 17.20 Uhr von der Klägerin gefertigt wurde,
- b) die Aufzeichnungen der Doppleruntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007,
- c) die Aufzeichnungen der Ultraschalluntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007,
- d) den Aufklärungs- und Einwilligungsbogen, der von der Klägerin vor der Durchführung des Kaiserschnitts am 3. oder 4.11.2007 unterschrieben wurde.

Die Berufung wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Versagung von Ansprüchen auf Korrektur der Patientenakte und auf Auskunftserteilung (Anträge I. und VIII) richtet.

Im Übrigen wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Berufung, an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.000 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Wert des Berufungsverfahrens wird festgesetzt auf 87.374,15 EUR.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin fordert Schmerzensgeld, materiellen Schadensersatz, Korrekturen der Patientenakte, Herausgabe verschiedener Unterlagen, Auskunftserteilung und die Feststellung, dass die Beklagten zum Ersatz künftiger materieller und immaterieller Schäden verpflichtet sind. Sie stützt die Klage auf eigenes Recht, abgetretenes Recht des Ehemannes und übergegangenes Recht des Kindes Moritz Emil Gutmann. Wegen ihrer erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen, aus denen sich erstinstanzlich ein streitwertes Interesse von 87.374,15 EUR ergibt.

Der Beklagte zu 1) ist beamteter Arzt bei der Beklagten zu 2), die die Universitätsfrauenklinik Frankfurt am Main betreibt. Er nahm ambulante Untersuchungen an der damals 41 Jahre alten schwangeren Klägerin am 25.6.2007, 25.9.2007 und am 30.10.2007 vor, dem errechneten Geburtstermin. Die Oberärztin R.\_\_\_\_ verabreichte der Klägerin am 3.11.2007 gegen 10:10 Uhr ein vaginales „Einleitungsgel“, das inzwischen mit „Minprostin Vaginalgel 1,0 mg“ mit dem Wirkstoff Dinoproston benannt ist.

Die Klägerin wurde am 4.11.2007 um 0:10 Uhr in dem Krankenhaus der Beklagten zu 2) durch Kaiserschnitt von dem Sohn Moritz Emil Gutmann entbunden. Der Sohn, ihr erstes und einziges Kind, verstarb etwa eine Stunde später auf der Neugeborenen-Intensivstation der Beklagten zu 2). Bei dem Sohn wurde pathologisch-anatomisch festgestellt: hochgradige Mekoniumaspiration, beidseits Pneumothoraces, Pneumoperitoneum, Pneumoperikard.

Die Klägerin hat (Klageschrift Bl. 1- 184 d.A.) zahlreiche Behandlungsfehler behauptet, darunter:

- a) die Einleitung der Geburt am 3.11.2007 sei erfolgt ohne Indikation, „ohne Aufklärung von Risiken und Nebenwirkungen“ und durch eine Medikation, die zu einem nicht mehr beherrschten „Wehensturm“ geführt habe,
- b) ein eingetretener Geburtsstillstand von über 6 ½ Stunden trotz offenen Muttermundes sei behandlungsfehlerhaft nicht früher durch Kaiserschnitt beendet worden, was zu einer Fortdauer des Wehensturms geführt habe; in den Behandlungsunterlagen befindliche CTG-Aufzeichnungen seien trotz entsprechender Anhaltspunkte nicht zum Anlass genommen worden, das Kind früher durch Kaiserschnitt zu entbinden, andere suspekte oder pathologische CTG-Aufzeichnungen seien in den Krankenunterlagen nicht mehr aufzufinden.
- c) Auch die bei dem Kinde vorhandene „Einstellungsanomalie Hoher Geradstand“ habe eine frühere Schnittenbindung unmittelbar indiziert, der erforderliche Lagerungswechsel sei überdies nicht vorgenommen worden.

Die Fehler seien als grobe ärztliche Fehlleistung zu bewerten und ursächlich für den Tod des Kindes geworden.

Das Landgericht wollte Beweis erheben durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens. Auf den Beweisbeschluss vom 2.12.2009 wird verwiesen (Bl. 386 f d.A.). Es hat die Einholung des Gutachtens von der Einzahlung eines Vorschusses (binnen 6 Wochen, also etwa bis Mitte Januar 2010) abhängig gemacht. Auf die Gegenvorstellung der Klägerin vom 11.1.2010 (Bl. 393 d.A.) verbunden mit dem Antrag auf „eine dementsprechend angemessene Fristverlängerung zur evtl. Einzahlung des Kostenvorschusses“ erfolgte der Hinweis des Kammervorsitzen- den vom 18.1.2010, wonach keine Änderung des Beweisbeschlusses erfolgen soll und um Mitteilung gebeten werde, wie lange die Klägerin noch für die Vorschuss- frage benötige (Bl. 416). Darauf reagierte die Klägerin mit weiterer Gegenvorstel- lung vom 8.2.2010 (Bl. 423 ff) und stellte Bedingungen, bei deren Erfüllung durch das Landgericht sie bereit sei, den Kostenvorschuss einzuzahlen. Der Kammer-

vorsitzende wies am 16.2.2010 darauf hin, dass eine Verlängerung der Vorschusseinzahlungsfrist noch nicht erfolgt war und dass neuer Verhandlungstermin zu bestimmen sein werde, wenn die weitere Gegenvorstellung so zu verstehen sei, dass ein Vorschuss jedenfalls vorerst nicht eingezahlt werde (Bl. 428 d.A.). Die Klägerin teilte am 12.3.2010 mit, dass die Einzahlung unmittelbar erfolgen werde, sobald und sofern abermals geäußerte Forderungen erfüllt würden (Bl. 435 d.A.), was nicht geschah.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung fand am 9.6.2010 statt und die Klägerin erklärte sich zu Protokoll bereit, den Vorschuss nunmehr unverzüglich einzuzahlen, nachdem im Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 8.6.2010 (Bl. 529 f d.A.) das „Einleitungsgel“ benannt worden sei (vgl. die Sitzungsniederschrift vom 9.6.2011, Bl. 538 d.A.).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) bestünden nicht. Eine Wahlarztvereinbarung sei aus Formgründen nicht zustande gekommen, weil der Beklagte zu 1. ein entsprechendes „Formular“ (Anlagen K 88 Bl. 286 ff) am 25.9.2007 nicht unterzeichnet habe.

Deliktische Ansprüche entfielen, weil der Beklagte zu 1) weder bei der Geburtseinleitung noch bei der Entbindung anwesend war. Soweit die Klägerin sich darauf berufen habe, dass der Beklagte zu 1) in der Klinik fehlerhafte Anweisungen gegeben habe, sei sie beweisfällig geblieben. Die angeordnete Beweisaufnahme habe wegen Nichteinzahlung des Vorschusses nicht durchgeführt werden können.

Auch gegen die Beklagte zu 2) bestünden keine Ansprüche. Wegen der Änderung der Patientenakten verneint das Landgericht einen Anspruch aus § 35 Abs. 1 BDatSchG i.V.m. dem Krankenhausvertrag. Ein danach auch betr. Patientenakten grundsätzlich denkbarer Berichtigungsanspruch gelte von vornherein nicht für Diagnosen und Verdachtsdiagnosen, weil diese lediglich Symptome wiedergäben und keine Tatsachen behaupteten. Aber auch tatsächliche Feststellungen oder Aufzeichnungen, die sich nachträglich als falsch herausstellen würden, dürften

nicht berichtigt werden, wenn damit zugleich ursprüngliche Feststellung oder Aufzeichnung gelöscht würde, was eingehend begründet wird.

Es bestünden keine Herausgabeansprüche, weil die Unterlagen sich nicht in der Patientenakte befinden.

Auch Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu 2) seien nicht gegeben.

Die Klägerin sei für die von ihr behaupteten Behandlungsfehler beweisfällig geblieben. Die Beweisaufnahme sei nach §§ 402, 379 ZPO unterblieben. Die Klägerin habe den geforderten Vorschuss nicht fristgerecht eingezahlt. Soweit hierfür ein Verschulden verlangt werden könne, liege dies vor, weil die Klägerin die Vorschusszahlung von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht habe. Nachdem sie sich schließlich in der mündlichen Verhandlung bereit erklärt habe, den Vorschuss zu bezahlen, hätte eine Durchführung der Beweisaufnahme das Verfahren verzögert. Soweit in der zuletzt genannten Erklärung ein erneutes Beweisangebot auf Einholung eines Sachverständigengutachten zu sehen sei, sei es als verspätet zurückzuweisen gewesen (§ 296 Abs. 2 ZPO), weil seine Zulassung den Rechtsstreit verzögert hätte.

Die von der Kammer beabsichtigte Beweisaufnahme sei entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht als Ausforschungsbeweis unzulässig gewesen. Die Aufforderung an den Sachverständigen, die zu klärenden Tatsachenfragen mitzuteilen, begründe sich dadurch, dass das Landgericht schon die relevanten Anknüpfungstatsachen nicht ohne sachverständige Unterstützung hätte ermitteln können. Die Bedenken der Klägerin betr. den ausgewählten Sachverständigen hätten auf sich beruhen können, weil die Beweisaufnahme mangels Vorschusszahlung ohnehin unterbleiben musste. Die Nichtzahlung des Vorschusses stelle aus näher mitgeteilten Gründen (vgl. insbes. Urteilsgründe S. 18) eine grobe Nachlässigkeit der Klägerin dar.

Behandlungsfehler der Beklagten seien auch nicht durch Urkunden belegt oder unstrittig. Denn die urkundlich belegten und unstrittigen Umstände ließen ohne

sachverständige Hilfe keine ausreichende Beurteilung zu. Entsprechendes gelte für die Frage, ob ein grober Behandlungsfehler vorlag.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen (Bl. 536 ff d.A.).

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Prozessziele weitgehend weiter.

Das Verlangen nach Berichtigung der Behandlungsunterlagen sei deswegen berechtigt, weil es Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Eintragungen manipuliert oder nachträglich vorgenommen worden seien. Dazu trägt sie insbesondere vor, dass und warum der Nabelschnur-PH-Wert nicht von ihrem Sohn stammen könne (S. 8 ff der Berufungsbegründung, Bl. 627 d.A.) und warum andere Eintragungen sachlich unzutreffend und – so muss man den Vortrag insgesamt verstehen – absichtlich mit zu Gunsten der Beklagten unwahren Inhalten vorgenommen worden seien. Das berechtigte sie, die Änderung von Eintragungen in der Patientenakte im Sinne ihrer erstinstanzlichen Klageanträge zu I. zu verlangen.

Der Herausgabeanspruch (CTG vom 3.11.2007, 17:20 Uhr; Doppleruntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007; Ultraschalluntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007; nachträglicher Geburtsbericht Dr. K. Dr. C., Hebamme S. + Aufklärungs- und Einwilligungsdokument betr. den Kaiserschnitt) folge aus dem Behandlungsvertrag. Woher das Landgericht wisse, dass die begehrten Unterlagen nicht bei den Beklagten vorhanden seien, sei unklar. Sie gehe davon aus, dass die Beklagten jedenfalls Kopien der herausverlangten Unterlagen in Besitz habe, auch wenn sich die Originale im Beschlag der Staatsanwaltschaft befänden. Nachdem sie inzwischen im Besitz eines von ihr so genannten „Gedächtnisprotokolls“ ist, welches sie auf Dr. K. und die Hebamme S. zurückführt, hat die Klägerin das entsprechende Herausgabeverlangen (Antrag II. d) für erledigt erklärt; die Beklagten haben sich dem angeschlossen.

Der Klagevortrag zu Behandlungsfehlern sei in erster Instanz nicht substantiiert bestritten worden. Daher habe allenfalls ein Gutachten von Amts wegen nach § 144 ZPO angeordnet werden dürfen, nicht aber ein Beweisgutachten mit Vorschusspflicht. Die Vorschussfrist sei nicht versäumt worden, weil ein rechtzeitig gestellter Verlängerungsantrag nicht beschieden worden sei. Die Klägerin habe daher auch nicht damit rechnen müssen, dass es im schließlich anberaumten Termin nicht um eine weitere Erörterung des Verteidigungsvorbringens der Beklagten gehen werde. Ein Vorgehen nach § 379 ZPO sei daher nicht rechtmäßig gewesen. Jedenfalls hätte das Angebot der Klägerin in der mündlichen Verhandlung, den Vorschuss nunmehr einzahlen zu wollen, als – erneuter – Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht als verspätet zurückgewiesen werden dürfen.

Zum Behandlungsfehlervorwurf konzentriert die Berufung das klägerische Vorbringen auf drei Punkte (Bl. 637 d.A.), nämlich:

Die Einleitung der Geburt ohne Indikation, „ohne Aufklärung von Risiken und Nebenwirkungen“ und durch eine Medikation, die zu einem nicht mehr zu beherrschenden „Wehensturm“ geführt habe; den Geburtsstillstand von über 6 ½ Stunden trotz offenen Muttermundes ohne Beendigung der Geburt unter Fortdauer des Wehensturms; ein fehlerhaft unterbliebener Lagerungswechsel trotz der „Einstellungsanomalie Hoher Geradstand“.

Die Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 1) sei rechtsfehlerhaft. Die Berufung weist auf verschiedene weitere Umstände hin, aus denen folge, dass der Beklagte zu 1) die wahlärztliche Behandlung der Klägerin übernommen hat.

Die Klägerin hatte sich in der Berufungsbegründungsschrift einen Zurückverweisungsantrag vorbehalten (Bl. 620 d.A.), den Zurückverweisungsantrag in der Senatsverhandlung am 17.5.2011 gestellt (Bl. 789 d.A.) und in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 7.7.2011 (Bl. 851) erklärt, dass sie ihn als einen „äußersten Hilfsantrags“ verstanden wissen will.

Die Klägerin beantragt,

das erstinstanzliche Urteil abzuändern und, soweit nicht übereinstimmend für erledigt erklärt, nach ihren Schlussanträgen in erster Instanz zu entscheiden, nämlich

- I. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die in der Patientenakte der Klägerin und ihres Sohnes Moritz Emil Gutmann dokumentierten Vorgänge anlässlich der Geburt und dem anschließenden Tod des Säuglings Moritz Emil Gutmann am 4.11.2007 in der Universitätsklinik Frankfurt am Main unwahren, im Nachhinein veränderten, widersprüchlichen und fehlerhaft dokumentierten Eintragungen zu korrigieren entsprechend den tatsächlichen Gegebenheiten, die am Morgen und am Abend des 3.11.2007 sowie in der Nacht vom 3. auf den 4.11.2007 stattgefunden haben, wie folgt:
  - a) Entgegen dem handschriftlichen Eintrag von Oberarzt Dr. K in der Patientenakte ist die Fruchtblase der Klägerin nicht um 17.50 Uhr gesprungen, vielmehr wurde die Fruchtblase der Klägerin am 3.11.2007 um 17.45 Uhr von der Hebamme Nicole W gesprengt. Der Eintrag, die Fruchtblase sei gesprungen, ist zu streichen (Anlagen K 42, Blatt 6; K 48).
  - b) Entgegen dem an verschiedenen Stellen der Patientenakte vermerkten Verdacht auf Amnioninfektionsyndrom (V.a. AIS) bei der Klägerin lag ein solcher während der Geburt tatsächlich nicht vor. Sämtliche dieser Eintragungen sind zu streichen (Anlagen K 42 Blatt 2; K 49; K 55; K 62a; K 65).
  - c) Entgegen dem Vermerk in der Patientenakte gab es in der „Eröffnungsphase“ keinen Geburtsstillstand; die Eröffnungsphase der Geburt war um 17.50 Uhr abgeschlossen. Vielmehr lag ein 6 ½-stündiger Geburtsstillstand in der Austreibungsphase der Geburt vor. Das Wort „Eröffnungsphase“ ist zu streichen und durch das Wort „Austreibungsphase“ zu ersetzen (Anlage K 59).

- d) Entgegen dem Vermerk in der Patientenakte hatte die Klägerin keine Presswehen in den letzten 20 Minuten der Geburt. Dieser Vermerk ist zu streichen (Anlage K 62a).
- e) Entgegen verschiedenen Vermerken in der Patientenakte waren die Gründe für die Durchführung des Kaiserschnitts nicht „Terminüberschreitung, grünes Fruchtwasser und Verdacht auf Amnioninfekt“. Vielmehr waren die Gründe „Komplikationen bei Wehen und Entbindung durch abnorme fetale Herzfrequenz“ bzw. „drohende fetale Asphyxie bei suspektem CTG“, wie von Dr. K. im OP-Buch und im OP-Bericht um 00.41 Uhr aufgeführt. Die gegenteiligen Angaben sind zu streichen und durch die wahre Indikationsstellung zu ersetzen (Anlagen K 42 Blatt 42; K 49; K 55; K 62a; K 65).
- f) Die Schwangerschaft ist nicht spontan, sondern mit Hilfe der Reproduktionsmedizin ICSI entstanden. Der Embryotransfer (ET) war am 3.2.2007. Dies hat die Klägerin bei der Anmeldung der Geburt angegeben, was in der Patientenakte vermerkt wurde. Im Nachhinein wurde dieser Vermerk eingeklammert und hinzugefügt „Diese Schwangerschaft ist spontan entstanden“. Diese Eintragung und die Klammer um die Worte „ICSI ET 3.2.2007“ sind zu streichen (Anlagen K 42, Bl. 1+2; K 47).
- g) Entgegen dem Eintrag in der Patientenakte ist die Klägerin am 3.11.2007 um 17.10 Uhr in der Uniklinik eingetroffen und nicht, wie mehrmals vermerkt, um 17.20 Uhr. Die Einträge „17.20 Uhr“ sind zu streichen (Anlagen K 42 Blatt 4; K 45; K 57).
- h) Entgegen den nachträglichen Eintragungen in der Patientenakte haben die Wehen/der Wehensturm bei der Klägerin nicht erst gegen 16.00 Uhr, sondern bereits um 15.15 Uhr eingesetzt. Die Angabe 16.00 Uhr ist zu streichen und durch die Angabe 15.15 zu ersetzen (Anlage K 45; K 57).

- i) Entgegen dem in der Patientenakte angegebenen venösen Nabelschnur-PH-Wert wurde ein solcher ausweislich der anonymen Blutuntersuchung überhaupt nicht ermittelt. Der Eintrag ist zu streichen (Anlagen K 49; K 55; K 62a; K 65).
  - j) Die Angabe der beiden arteriellen Nabelschnur-PH-Werte, wie sie in der Patientenakte angegeben sind, ist zu streichen, sofern die Beklagten nicht nachweisen, dass das Ergebnis dem Sohn der Klägerin zuzuordnen ist (Anlage K 44).
- II. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die folgenden Unterlagen, die sich nicht in der Patientenakte befinden, aber angefertigt wurden und sich in ihr befinden müssten, an die Klägerin herauszugeben, Zug um Zug gegen Erstattung der Kopierkosten:
- a) Das CTG, das bei Eintreffen der Klägerin im Nebenraum des Eingangsbereichs des Kreißsaals am 3.11.2007 gegen 17.20 Uhr von ihr gefertigt wurde,
  - b) die (Aufzeichnungen der) Doppleruntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007,
  - c) die (Aufzeichnungen der) Ultraschalluntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007,
  - d) ...
  - e) den Aufklärungs- und Einwilligungsbogen im Hinblick auf den vorzunehmenden Kaiserschnitt, der von der Klägerin vor der Durchführung des Kaiserschnitts unterschrieben wurde.

- III. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 6.347,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
- IV. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin ein Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,
- V. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin ein Schmerzensgeld für den verstorbenen Moritz Emil Gutmann zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,
- VI. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin ein Schmerzensgeld für Thomas Gutmann zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,
- VII. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner der Klägerin sämtliche zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen haben, die zukünftig auf Grund des Schadensereignisses, der Behandlungsfehler am 3./4.11.2007 in dem Uniklinikum Frankfurt am Main, entstehen werden,
- VIII. die Beklagten unter Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von bis zu 20.000 € gegen den Beklagten zu 1) und gegen den Vorsitzenden des Vorstands der Beklagten zu 2), ersatzweise Zwangshaft, als Gesamtschuldner zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen,

auf Grund welcher medizinischen Indikation die Geburt ihres Sohnes am 3.11.2007 um 10 Uhr eingeleitet wurde und

mit welchem Medikament, in welcher Konzentration und in welcher Dosierung die Einleitung erfolgt ist

und

die Richtigkeit der erteilten Auskünfte erforderlichenfalls an Eides Statt zu versichern.

- IX. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin weitere 7.526,70 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

hilfsweise,

das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil.

Sie weisen darauf hin, dass der Beklagte zu 1) sich als Beamter auf das Verweisungsprivileg nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen könne, selbst wenn ein Behandlungsfehler gemacht worden sei.

Zu den Berichtigungsansprüchen sei dem Landgericht im Rechtlichen zu folgen. Die Beklagten hätten ferner mehrfach dazu vorgetragen, dass und weshalb die Eintragungen in der Patientenakte nicht unrichtig seien (Bl. 667 f d.A.).

Zu den Herausgabeansprüchen: Es sei der Patientenakte nichts entnommen worden, bevor sie der Klägerin in Kopie zur Einsicht überlassen worden sei. Soweit sich Teile der herausverlangten Unterlagen bei der Staatsanwaltschaft befänden, könne die Klägerin sich dorthin wenden. Die Beklagten seien nicht im Besitz der herausverlangten Unterlagen.

Zu den Schadensersatzansprüchen gelte, dass die Beklagten behandlungsfehlerhaftes Vorgehen immer bestritten hätten. Die Einholung des Sachverständigen-gutachtens sei deswegen erforderlich gewesen. Das gelte insbesondere für die Beurteilung der Frage nach einem behaupteten groben Behandlungsfehler.

Die Beklagten tragen dazu vor, warum ihr Vorgehen nicht behandlungsfehlerhaft gewesen sei (Bl. 670 ff). Zu Aufklärungsfehlern äußern sie sich nicht.

## II.

Die Berufung ist teilweise unbegründet (Korrektur der Patientenakte, Auskunftserteilung) und deswegen zurückzuweisen. Sie ist teilweise begründet, was zur Verurteilung der Beklagten führt (Herausgabe von Behandlungsunterlagen in Kopie). Im Übrigen ist das angefochtene Urteil auf den Hilfsantrag der Klägerin aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, weil es an einem wesentlichen Mangel leidet und auf Grund dieses Mangels eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Die Berufung ist zurückzuweisen, soweit die Klägerin die Korrektur von Eintragungen in der Patientenakte (Klageanträge I. a) bis j) durch Streichungen und Änderungen verlangt. Ein derartiger Anspruch steht der Klägerin nicht zu. Eine solche

„Korrektur“ der Patientenakte im Sinne der entsprechenden Klageanträge würde selbst dann nicht stattfinden können, wenn von unrichtigen Einträgen auszugehen wäre. § 35 Abs. 1 BDSG eröffnet im hier gegebenen Zusammenhang letztlich nur die Möglichkeit, gegebene Unrichtigkeiten oder Auslassungen durch ergänzende Vermerke richtig zu stellen, ohne die ggf. fehlerhaften oder lückenhaften Dokumente durch Berichtigung in ihrem Inhalt zu verändern. Genau darum geht es aber der Klägerin, die ihre sehr dezidierten eigenen Vorstellungen vom „richtigen“ Inhalt der Patientenakte durchsetzen und statt dessen eliminiert wissen will, was ihr nicht korrekt erscheint. Die Berichtigung ärztlicher Diagnosen und Behandlungsdokumentationen kommt demgegenüber nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung nur insoweit in Betracht, als objektive Feststellungen über die körperliche Befindlichkeit von Patientinnen und Patienten oder Aufzeichnungen über die ihnen zuteil gewordene Behandlung in Rede stehen, die einem Beweis zugänglich sind. Ärztliche Bewertungen können nicht berichtigt werden. Aber auch tatsächliche Feststellungen oder Aufzeichnungen, die sich nachträglich als falsch herausstellen, dürfen dann nicht gelöscht werden, wenn damit zugleich die ursprüngliche Feststellung oder Aufzeichnung gelöscht würde. Zum einen sind die ursprünglichen Daten in einem solchen Falle möglicherweise nicht unrichtig, weil sie die ärztliche Diagnose zum Zeitpunkt ihrer Erstellung richtig wiedergeben. Zum anderen steht die ärztliche Dokumentationspflicht einer Berichtigung entgegen, die gerade im Interesse der behandelten Person sicherstellen soll, dass mögliche Beweismittel für den Arzthaftungsprozess erhalten bleiben. In einem solchen Falle kommt nur die Präzisierung der fraglichen ärztlichen Aufzeichnungen durch ein Datum und ihre Erläuterung bzw. Fortschreibung in Betracht (Dix in: Simitis, BDSG, 6. Aufl. 2006, § 35 Rdnr. 17). Dem wird auch deswegen zu folgen sein, weil ansonsten die Gefahr besteht, Dokumentationslücken zu schaffen, wo zuvor lediglich inhaltliche Unrichtigkeiten vorgelegen hätten. Das Landgericht hat auf diese Zusammenhänge bereits im angefochtenen Urteil hingewiesen (S. 15 des angefochtenen Urteils, Bl. 550 d.A.), die Klägerin hält dennoch an ihren Anträgen fest.

Zurückzuweisen ist die Berufung hinsichtlich des Auskunftsbegehrens. Soweit die Klägerin wissen will, wie die Indikation zur medikamentösen Geburtseinleitung

lautete, vermag der Senat kein rechtlich geschütztes Auskunftsinteresse zu erkennen. Der Klägerin geht es insoweit nicht darum, eine medizinische Indikation für die Geburtseinleitung zu erfahren. Diese gab es offenbar nicht, denn sonst hätten die Beklagten sie zu ihrer Verteidigung gegen den Behandlungsfehlervorwurf vorgebracht. Möglicherweise geht es der Klägerin darum, dass die Beklagten die mangelnde Indikation oder einen Indikationsirrtum und damit einen Behandlungsfehler ausdrücklich zugestehen. Dessen bedarf es nicht, um rechtlich schützenswerte Interessen zu verfolgen. Soweit die Klägerin Auskünfte über das Einleitungsgel verlangt, sind diese erfüllt durch die entsprechenden Darlegungen der Beklagten im Schriftsatz vom 6.11.2009 (dort S. 16/ Bl. 342 d.A.) und vom 8.6.2010 (Bl. 529 f d.A.). Daraus folgt eindeutig, dass im damaligen Zeitpunkt entweder das Prostaglandingel in der Dosierung 0,5 mg Dinoproston-Intrazervikalgel oder 1.0 mg Dinoproston-Vaginalgel verwendet worden sei, dass Hebammen immer nur vaginal verabreichten hätten und dass mithin bei der Klägerin das Vaginalgel („Minprostin“) in der genannten Dosierung zum Einsatz gekommen sei.

Der Klägerin stehen die geltend gemachten Herausgabeansprüche zu (§§ 810, 421 BGB), soweit (Antrag II. d) nicht inzwischen übereinstimmend für erledigt erklärt wurde.

Im Streit sind insoweit noch eine CTG-Aufzeichnung vom 3.11.2007, 17:20 Uhr; Aufzeichnungen einer Doppleruntersuchung und einer Ultraschalluntersuchung der Klägerin am Morgen des 3.11.2007 sowie das Aufklärungs- und Einwilligungsdokument betr. den Kaiserschnitt kurz nach 0:00 Uhr des 4.11.2007. Die Beklagten haben lapidar darauf verwiesen, die Patientenakte enthalte solche Unterlagen nicht. Demgegenüber haben sie sich mit dem Vortrag der Klägerin, wonach die genannten Untersuchungen stattfanden, nicht auseinandergesetzt. Dass die Untersuchungen stattfanden, muss daher ebenso als unstreitig gelten wie der Umstand, dass dabei auch Werte aufgezeichnet wurden. Dass die Klägerin eine Aufklärungs- und Einwilligungsdokument vor Durchführung des Kaiserschnitts unterzeichnet hat, ist ebenfalls unstreitig. Die Klägerin ist zur Einsicht in diese Unterlagen berechtigt (vgl. § 810 BGB), und zwar ohne Weiteres durch Kopie gegen Kostenersatz, was sie ausweislich ihres Antrags auch erstrebt. Die Beklagten können

sich demgegenüber nicht allein dadurch wirksam verteidigen, dass sie auf die Beschlagnahme der Staatsanwaltschaft verweisen. Dem Gericht erschließt sich insoweit lediglich, dass sich bei dem vorliegenden „Sonderband Duplo Krankenakte StA Frankfurt am Main 3550 Js 225183/09“ die gesuchten Unterlagen jedenfalls nicht befinden. Das kann verschiedene Gründe haben, deren Unklarheit jedoch nicht zu Lasten der Klägerin geht. Wenn es zutrifft, dass seitens der Beklagten vor der Beschlagnahme Kopien aller vorhandenen Behandlungsunterlagen gefertigt wurden, so haben die Beklagten Kopien der nunmehr noch fehlenden Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Wenn die gesuchten Unterlagen nicht in der Verfügungsgewalt beider oder eines Beklagten stünden, hätten die Beklagten Gelegenheit nehmen sollen, dazu näher vorzutragen. Wenn die gesuchten Behandlungsunterlagen tatsächlich nicht existent wären, hätten die Beklagten die Gelegenheit versäumt, dazu Vortrag zu halten und darzulegen, warum sich das so verhält. Dass inzwischen - vermittelt durch Dr. K - eine der klägerseits vermissten Unterlagen (Gedächtnisprotokoll Anlage K 106, Bl. 780) tatsächlich aufgetaucht sein soll, verstärkt den Eindruck, dass es Behandlungsunterlagen gibt, die der Klägerin vorenthalten wurden.

Im Übrigen ist die Sache aufzuheben und an das Landgericht zurückzuverweisen.

Der Senat hat zur Kenntnis genommen, dass die Klägerin es vorziehen würde, unter Verzicht auf eine Tatsacheninstanz den Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht fortzuführen. Sie hat allerdings den Zurückverweisungsantrag dennoch gestellt und aufrecht erhalten.

Eine Zurückverweisung ist geboten, weil auf Grund des Verfahrensmangels eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme des Berufungsgerichts notwendig würde, die darin läge, die Ursächlichkeit von mindestens zwei Behandlungsfehlern für den Tod des Kindes feststellen zu lassen sowie die Ursächlichkeit der Geburtseinleitung als solcher für den Kindstod.

Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Landgericht allerdings die gesetzliche Regelung über die Anforderung eines Auslagenvorschusses und die Folgen

ausbleibender Zahlung (§§ 379, 402 ZPO) vor dem Hintergrund des von ihm gefassten Beweisbeschlusses konsequent und zutreffend zur Anwendung gebracht. Die Klägerin hatte unmissverständlich erklärt, dass sie einen Vorschuss nur unter bestimmten Bedingungen einzahlen werde, deren Herbeiführung sie dem Landgericht abverlangte. Die Setzung solcher Bedingungen steht einer Partei nicht zu. Die Fristsetzung zur Erlegung des Auslagenvorschusses war rechtmäßig und wirksam durch Kammerbeschluss erfolgt, was die Berufung als solches auch nicht in Zweifel zieht. Einer erneuten Fristsetzung bedurfte es nach fruchtlosem Verstreichen der gesetzten Frist nicht. Die Klägerin wurde darüber informiert, dass die von ihr aufgestellten Bedingungen nicht erfüllt würden. Ihr „Fristverlängerungsantrag“ (Schriftsatz vom 11.1.2010, Bl. 393 d.A.) ging daher erkennbar in Leere. Dennoch – allerdings erfolglos – fragte der Vorsitzende im Hinblick auf den Vorschuss unter dem 18.1.2010 (Bl. 391 Rs. d.A.) noch einmal nach, wie lange die Klägerin benötige. Soweit es insofern auf das Verschulden der Partei überhaupt ankommt, verstieß die Klägerin nach alledem durch die Nichtzahlung des Vorschusses gegen die eigene prozessuale Sorgfalt jedenfalls in ungewöhnlich hohem Maße. Jedermann in vergleichbarer Lage hätte eingeleuchtet, dass es ohne Vorschusszahlung zu keiner Begutachtung kommen würde. Auch die Klägerin wusste dies. Sie hielt es lediglich nicht für geboten, sich dem entsprechend zu verhalten.

Es stellt auch keinen Verfahrensmangel dar, dass das Landgericht es dem Sachverständigen überlassen wollte, die für die Gutachtenerstattung relevanten Anknüpfungstatsachen zu benennen (vgl. Ziffer III des Beweisbeschlusses vom 2.12.2009, Bl. 387 d.A.). Ein solches Vorgehen begegnet keinen Bedenken, wenn und soweit es zur Herausarbeitung der maßgeblichen Anknüpfungstatsachen als solcher bereits einer Sachkunde bedarf, über die das Gericht selbst nicht verfügt. Denn anderenfalls würde das Gericht verpflichtet, Beweis über Anknüpfungstatsachen unabhängig davon zu erheben, ob sie für die zu begutachtende Frage aus sachverständiger Sicht von Bedeutung sind. So liegt der Fall, wenn es – wie hier jedenfalls u.a. – um komplexe medizinische Zusammenhänge geht. Dass sich an diese Benennung der relevanten Anknüpfungstatsachen im Zweifel beweiskräftige Tatsachenfeststellungen darüber anzuschließen haben, ist davon unberührt.

Das Landgericht hat aber in mindestens drei erheblichen Zusammenhängen dem Vortrag der Klägerin nicht das notwendige Gehör gegeben. Solche Gehörsverletzungen stellen Verfahrensmängel auch dann dar, wenn die Partei es durch die ausschweifende und unübersichtliche Art ihres Vortrags erschwert, die sachlichen Inhalte zu erfassen. Die Gehörsverletzungen waren auch wesentlich, denn sie betrafen zentrale anspruchsbegründende Umstände, deren Nichtbeachtung die der Klägerin zur Verfügung stehenden Angriffsmittel deutlich minimiert.

Zum einen hat das Landgericht einen Behandlungsfehler als streitig behandelt, der unstreitig ist. Dies betrifft die medikamentöse Geburtseinleitung. Die Klägerin hat stets behauptet, die medikamentöse Einleitung der Geburt sei nicht indiziert gewesen. Unter der Einleitung der Geburt war unzweifelhaft die Behandlung mit dem vaginal verabreichten Einleitungsgel „Minprostin“ am 3.11.2007 zu verstehen. Die medikamentöse Geburtseinleitung ist ein medizinischer Eingriff. Medizinische Eingriffe bedürfen mit Ausnahme von Fallkonstellationen, um die es hier nicht geht, grundsätzlich einer medizinischen Indikation und sind deswegen grundsätzlich behandlungsfehlerhaft, wenn keine Indikation gegeben ist. Einer der Fälle, in denen auch ein nicht indizierter Eingriff behandlungsfehlerfrei sein kann, ist weder von den Beklagten vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Die Beklagten haben zwar stets eingewendet, ihnen sei kein Behandlungsfehler unterlaufen. Eine Begründung dafür haben sie für Geburtseinleitung aber nicht angeführt. Dazu waren sie prozessual deswegen gehalten, weil die Klägerin ihrerseits den Behandlungsfehler ganz konkret (mangelnde Indikation) behauptet. Die Beklagten hätten mithin darlegen müssen, dass und aus welchen Gründen eine Indikation zur Geburtseinleitung bestand. Ein solcher Vortrag ist nicht erfolgt. Soweit die Behandlungsunterlagen als Indikation eine Überschreitung des errechneten Geburtstermins oder einen Verdacht auf Amnioninfektionssyndrom („V.a. AIS“) ausweisen, berufen sich die Beklagten darauf selbst nicht. Sie hätten es überdies abermals qualifiziert tun müssen. Denn eine Überschreitung des errechneten Geburtstermins (30.10.2007) indiziert nicht ohne Weiteres eine Geburtseinleitung schon am 3.11.2007. Auch die Verdachtsdiagnose eines Amnioninfektionssyndroms folgt als Indikation für die medikamentöse Geburtseinleitung nicht ohne Weiteres allein aus der Terminüberschreitung und wenn es dennoch so wäre,

hätten die Beklagten dies dartun müssen. Ob der Verdacht auf ein Amnioninfektionssyndrom zu einem späteren Zeitpunkt die Schnittenbindung indizierte, hat im Zusammenhang mit der Verabreichung des Einleitungsgels keine Bedeutung.

Zum anderen hat die Klägerin in erster Instanz auch kein Gehör gefunden mit ihrem Vorbringen, wonach die medikamentöse Geburtseinleitung mangels hinreichender Eingriffseinwilligung rechtswidrig war. War ein ärztlicher Eingriff rechtswidrig, so haftet der Arzt grundsätzlich für alle gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die durch den Eingriff verursacht wurden. Das gilt im Bereich der Geburtshilfe auch für Schädigungen, die das Kind erleidet, weil die Mutter einem rechtswidrigen Eingriff unterzogen wird. Die Klägerin hat schon mit der Klageschrift (dort etwa S. 31 ff) u.a. vorgetragen, dass sie über „Risiken und Nebenwirkungen“ des Einleitungsgels nicht aufgeklärt wurde. Diesem Vorbringen sind die Beklagten nicht erheblich entgegen getreten. Dass eine Behandlung mit Minprostin Vaginalgel Wirkungen, Nebenwirkungen und Risiken mit sich bringt, ist als offenkundige Eigenschaft aller Medikamente mit Wirkungsanspruch grundsätzlich zu unterstellen. Die Beklagten bestreiten in der Klageerwiderung (dort S. 5 unten) auch nicht etwa, dass Minprostin Vaginalgel nennenswerte Risiken für Mutter oder Kind mit sich bringen kann wie etwa den von der Klägerin behaupteten, für das Kind tödlichen „Wehensturm“. Sie bringen hier nur vor, dass sich ein solches Risiko nicht verwirklicht habe, indem sie anführen, eine Stresssituation könne im Einzelfall nicht ausgelöst worden sein. Das hat aber nichts mit der Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs, sondern mit dessen Ursächlichkeit für die eingetretenen Folgen zu tun.

Schließlich hat die Klägerin schon mit der Klageschrift vorgebracht, dass sie während mehr als sechs Stunden zwischen 17:50 Uhr und 0:10 Uhr linksseitig gelagert worden sei, was fehlerhaft gewesen sei. Richtigerweise hätten ihr Lagerungswechsel empfohlen werden müssen, um das Kind in eine günstigere Lage zu bringen. Weil das unterblieben sei, habe sich das Kind schließlich vor dem Entschluss zur Schnittenbindung in der pathologischen Lageanomalie „hoher Geradstand“ befunden (S. 121 der Klageschrift). Dem sind die Beklagten nicht entgegen getreten. Es musste deswegen von einem als Behandlungsfehler zu wertenden

Fehler in Gestalt mangelhafter therapeutischer Sicherungsaufklärung ausgegangen werden. Damit hat die Klägerin kein Gehör gefunden.

Im Hinblick auf die Schadensersatzansprüche beruht das angefochtene Urteil auf diesen Verfahrensfehlern. Dass die Ursachen des Kindstods nicht ohne sachverständigen Beistand aufzuklären gewesen wären, steht dem nicht entgegen. Denn hätte das Landgericht der Klägerin das erforderliche Gehör zu den unstreitigen Behandlungsfehlern geschenkt, so hätte es die Klage nicht wegen Beweisfälligkeit zum Vorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers abweisen dürfen und hätte es der Klägerin zum Aufklärungsfehler Gehör geschenkt, so hätte sich nicht die Frage nach dem Ursachenzusammenhang zwischen einem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Primärschaden gestellt und stellen dürfen, sondern die Frage, ob dieser Primärschaden auf den Eingriff als solchen zurückzuführen ist.

Dass auf Grund dieser Mängel eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erforderlich wird, liegt auf der Hand.

Hinsichtlich der Passivlegitimation des Beklagten zu 1) wird das Landgericht im Rahmen der neuen Verhandlung zu berücksichtigen haben, dass ein Behandlungsvertrag („Wahlarztvertrag“) auch formlos geschlossen werden kann. Dieser Sicht entspricht auch das vom Landgericht zitierte Urteil des BGH vom 19.2.1998 – III ZR 169/97 – MDR 1998, 582 schon im Leitsatz: „Kommt zwischen Krankenhausträger und Patient eine wirksame Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen nicht zustande, so steht dem behandelnden liquidationsberechtigten Arzt auch aus einem mündlich geschlossenen Arztzusatzvertrag kein Vergütungsanspruch zu.“ Die Durchsetzbarkeit von Vergütungsansprüchen berührt nicht den Vertragsschluss als solchen, so dass die Passivlegitimation des Beklagten zu 1) nicht in Frage zu stellen wäre, wenn ein mündlicher Vertragsschluss anzunehmen wäre, für dessen Abschluss die Klägerin immerhin einige indizielle Umstände angeführt hat.

War der Beklagte zu 1) Wahlarzt, so würde er im übernommenen Pflichtenkreis (also: chefärztliche Geburtshilfe) für eigenes Verschulden vertraglich und delik-

tisch sowie nach §§ 278 und 831 BGB für Fehlverhalten von nachgeordnetem ärztlichem und nichtärztlichem Personal eintreten müssen.

Das Landgericht wird ferner zu prüfen haben, ob die Behauptung der Klägerin, der Beklagte trage für die nicht indizierte medikamentöse Geburtseinleitung Verantwortung, weil er eine entsprechende Anweisung hinterlassen habe, im Tatsächlichen zutrifft und ob sich daraus möglicherweise ein Verschuldensgrad (nämlich bedingter Vorsatz) ableiten lässt, bei dem das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 BGB seiner Inanspruchnahme nicht entgegensteht. Die Tatsachenfeststellung zu dieser (streitigen) Anweisung durfte im Übrigen jedenfalls nicht mit Hinweis auf die mangelnde Vorschusseinzahlung unterbleiben, weil der Beweisbeschluss vom 2.12.2009 nach einer solchen Anweisung gar nicht fragt.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten.

Das Urteil ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären, weil eine möglicherweise bereits eingeleitete Vollstreckung aus dem aufgehobenen Urteil erst durch Vorlage dieses Berufungsurteils unzulässig wird, und im Übrigen deswegen, weil das Berufungsurteil eigenen vollstreckbaren Inhalt hat (§ 708 Nr. 10 ZPO).

Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.000 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet (§ 711 ZPO). Der Senat hat sich bei der Bemessung der Sicherheit von dem anzunehmenden Abwehrinteresse der Beklagten leiten lassen, das sich an Zeit und Aufwand zu orientieren hat.

Die gesetzlichen Voraussetzungen einer Revisionszulassung (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.