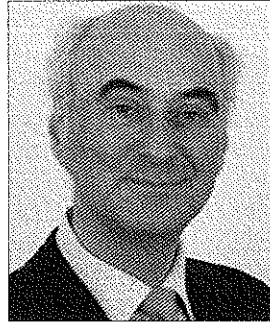


# Haftung für Pflegefehler



CHRISTIAN HUBER  
Prof. Dr., RWTH Aachen

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Ausgangspunkt: Übertragung der Grundsätze der Haftung von Ärzten und Krankenhäusern auf Pflegeheime
  - I. Ausgangspunkt
  - II. Vermutung einer objektiven Pflichtwidrigkeit bei Eintritt eines Schadens im voll beherrschbaren Bereich
  - III. Grober Behandlungsfehler
  - IV. Fehlende oder unzureichende Dokumentation
- C. Konzentration auf drei zentrale Fragen
- D. Liegeschäden – Dekubitus
  - I. Höchststrichterliche Standards durch zwei zentrale BGH-Entscheidungen
  - II. Vertiefung und Fortentwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch die OLG
  - III. Stellungnahme
- E. Sturzverletzung
  - I. Rechtstatsächliche Vorbemerkung
  - II. Die beiden BGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2005
  - III. Die Bewertung dieser beiden Entscheidungen in der Literatur
  - IV. Umsetzung der Vorgaben des BGH in der Judikatur der OLG
- F. Herausgabe der Dokumentationsunterlagen
- G. Ausblick

## A. Einleitung

Anders als im Strassen- und Bahnverkehr oder bei Inverkehrbringen fehlerhafter Produkte gibt es im deutschen Recht bei Körperschäden infolge von Fehlern eines Pflegeheims *keine Gefährdungshaftung*. Es gelten im Ausgangspunkt die

Grundsätze der *Verschuldenshaftung*. Zu beachten ist freilich, dass die Besonderheiten der Arzthaftung auch im Rahmen der Einstandspflicht für Pflegefehler anzuwenden sind.

Anspruchsberechtigt ist im Ausgangspunkt die verletzte Person. Wie bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis ist es aber ausserordentlich selten, dass diese selbst Ansprüche gegen den Vertragspartner erhebt. Die Erbringung von Dienstleistungen durch das Pflegepersonal könnte beeinträchtigt sein, wenn die zu pflegende Person wegen vorangegangener Pflegefehler Schadenersatzansprüche erhebt; *Retorsionsmassnahmen* sind nicht von der Hand zu weisen. Zwischen der zu pflegenden und der Pflegeperson besteht zudem häufig eine *emotionale Bindung*. Schliesslich sind die zu pflegenden Personen häufig hoch betagt, mitunter auch dement.

Insofern unterscheidet sich die Ausgangslage von der *Arzthaftung*, bei der es um Kunstfehler während eines *begrenzten Aufenthalts* im Krankenhaus oder der Arztpraxis geht, der zudem bei Erhebung des Schadenersatzanspruchs abgeschlossen ist. Schadenersatzansprüche in Gestalt von Heilungskosten wegen Pflegefehlern werden daher in erster Linie erhoben vom *Sozialversicherungsträger*, insbesondere der *gesetzlichen Krankenversicherung*, auf die Ansprüche im Weg der Legalzessionsnorm des § 116 SGB X übergehen<sup>1</sup>. Das gilt namentlich seit Anfang des Jahrtausends, nachdem sich die *gesetzlichen Krankenversicherungen* und die *Haftpflichtversicherer* der Pflegeheime nicht auf ein *Teilungsabkommen* einigen konnten, bei dem den gesetzlichen Krankenversicherern ohne Prüfung der Schuldfrage im Einzelfall ein pauschaler Regressbetrag zugeflossen wäre<sup>2</sup>.

Ausnahmsweise geht es um *Schmerzensgeldansprüche von Angehörigen*, namentlich nach – fristloser – Kündigung des Pflegeheimvertrags<sup>3</sup> in ihrer Eigenschaft als Betreuer oder im Weg der Universalsukzession nach Tod der gepflegten Person. Bisher kaum in Erscheinung getreten sind Ansprüche wegen *vermehrter Bedürfnisse*, wenn die zu pflegende Person in geringerem Ausmass in der Lage ist, alltägliche Verrichtungen zu besorgen, oder im Todesfall der Anspruch auf *Bestattungskosten* gemäss § 844 Abs. 1 BGB. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es im deutschen Recht – anders als in der Schweiz – kein Trauerschmerzensgeld gibt.

Belangt wird in erster Linie das *Pflegeheim*, wobei der Schadenersatzanspruch häufig gleichlautend auf eine *Ver-*

<sup>1</sup> CLAUS DÖRR, Die Pflegeurteile des Bundesgerichtshofs, PflR 2006, 353 ff.

<sup>2</sup> ALEXANDRA JORZIG, Zur haftungsrechtlichen Problematik von Sturzfällen in Alten- und Pflegeheimen, PflR 2003, 379 ff.

<sup>3</sup> OLG Oldenburg 14.10.1999, 1 U 121/98, NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262.

Um Fussnoten erweiterte Fassung eines am 1.9.2010 im Rahmen der ersten St. Galler Pflegerechtstagung in Luzern gehaltenen Vortrags.

tragsverletzung gemäss § 611 BGB sowie auf einen Verstoß gegen die *deliktische Verkehrssicherungspflicht* gemäss § 823 Abs. 1 BGB gestützt wird<sup>4</sup>, wobei dem Pflegepersonal eine *Garantenstellung* zukommt. Diese Doppelgleisigkeit dürfte im deutschen Recht *historische Gründe* haben<sup>5</sup>. Bis zum 1.8.2002, dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, gab es einen *Schmerzensgeldanspruch* nur bei *deliktischer Einstandspflicht*. Seither sollte die vertragliche Anspruchsgrundlage gegen den Vertragspartner ausreichend und vorzugswürdig sein<sup>6</sup>: Einerseits ergibt sich aus dem Vertrag ein präziserer und typischerweise auch *strengerer Sorgfaltsmassstab*; andererseits erfolgt die Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach der strengeren Zurechnungsnorm des § 278 BGB, während im deliktischen Bereich eine Entlastung gemäss § 831 BGB in Betracht kommt<sup>7</sup>. Lediglich bei der Zurechnung des Fehlverhaltens von Organen gemäss § 31 BGB spielt diese Unterscheidung keine Rolle.

Wegen der *Parallelität* zwischen *vertraglicher* und *deliktischer Haftung* verwundert es, dass die Anspruchsberechtigten sich im Regelfall darauf beschränken, das *Pflegeheim* in Anspruch zu nehmen, nicht aber – zusätzlich – die verantwortliche Pflegeperson<sup>8</sup>. Sofern freilich eine Haftpflichtversicherung mit einer ausreichenden Deckungssumme einstandspflichtig ist, kommt dem Umstand, ob das Pflegeheim oder die Pflegeperson belangt wird, naturgemäss keine Bedeutung zu. Bloss am Rande wurde bisher eine Haftung des *Betreuers* bzw. des *Betreuungsgerichts* erwogen, wenn freiheitsbeschränkende Massnahmen unterlassen wurden, obwohl solche zur Sicherung der körperlichen Integrität der betreuten Person geboten gewesen wären. Darüber hinaus kommt mitunter eine Leistungsstörung in Betracht, wenn Pflegefehler dazu führen, dass der *Heimvertrag mangelhaft erfüllt* worden ist, was Auswirkungen auf das geschuldete Entgelt hat<sup>9</sup>.

Das Pflegeheim ist bemüht, eine Einstandspflicht abzuwenden. Insbesondere will es nicht für *Verletzungen der zu pflegenden Person* eintreten, die diese sich *anderswo* zugezogen hat. Es gibt zwar bei Übernahme einer aufzunehm-

menden Person von einem Krankenhaus oder einem anderen Pflegeheim keine dem Handelskauf vergleichbare Mängelrückgelegenheit gemäss § 377 HGB; freilich ist jedes Pflegeheim schon aus Haftungsgründen gut beraten, den Gesundheits- bzw. Krankheitszustand der aufgenommenen Person in der Pflegedokumentation präzise zu beschreiben.

Schadenersatzprozesse wegen Pflegefehlern gleichen den eingetretenen Schaden aus. Es kommt ihnen aber auch eine *präventive Funktion* zu. Häufig geht es um *Systemfehler*, sodass insbesondere eine gerichtliche Verurteilung des Pflegeheims zum Anlass genommen wird, Ablaufstörungen zu beseitigen. In Anlehnung an die *Produkthaftung* kann nämlich konstatiert werden, dass es meist nicht um *Fabrikationsfehler*, also individuelle Fehler der einzelnen Pflegeperson geht, sondern um *Konstruktionsfehler*, die zur Umstellung der Organisation führen<sup>10</sup>.

Dass *Sozialversicherungsträger* namentlich in den *letzten 10 Jahren* eine Fülle von Regressprozessen gegen Pflegeheime geführt haben, lässt sich sowohl aktiv- als auch passivseitig erklären. Wegen des *demografischen Wandels*, der in Deutschland in den nächsten Jahrzehnten noch dramatischere Auswirkungen zeitigen wird, stehen den Sozialversicherungsträgern für die Bewältigung ihrer Aufgaben *immer weniger Mittel* zur Verfügung<sup>11</sup>. Gerade bei der gesetzlichen Krankenversicherung wirkt es sich aus, dass mit *zunehmender Überalterung der Bevölkerung* das *Kostenvolumen* steigt. Infolge des höheren Anteils älterer Menschen gibt es aber auch immer mehr Pflegeheime. Da diese häufig *privatwirtschaftlich organisiert* sind und für den *Investor* eine entsprechende *Rendite* abwerfen müssen<sup>12</sup>, gilt die Devise «Geiz ist geil» mit der Folge, dass der gebotene Pflegestandard häufig nicht eingehalten wird<sup>13</sup>. Es ist davon auszugehen, dass – nicht nur in Deutschland – diese Problematik in den folgenden Jahrzehnten eher zu- als abnehmen wird.

Eine, wenn nicht die zentrale Frage bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Pflegefehlern gegen das Pflegeheim ist der Nachweis eines *objektiven Sorgfaltsverstosses* inklusive des *Verschuldens* sowie dessen *Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden*. Anders als bei einem Verkehrsunfall gibt es für die dem Opfer zugefügte Verletzung meist *keine Zeugen*, sofern die verletzte Person in einem Einzelzimmer untergebracht war; und selbst wenn Mitbewohner das Geschehen beobachtet haben, werden sie – wegen des fortbestehenden Abhängigkeitsverhältnisses gegenüber dem Pflegepersonal – nicht besonders auskunftsfreudig sein. Auch findet weder eine Spurensicherung durch die Polizei noch eine Einsichtnahme in Ermittlungsakte der

<sup>4</sup> BGH 28.4.2005, III ZR 399/04, NJW 2005, 1937 = PflR 2005, 267 = GesR 2005, 208; JORZIG (FN 2), 379; LOTHAR JAEGER, Voraussetzungen für die Haftung des Pflegewohnheims bei Unfall einer gebrechlichen Bewohnerin, GesR 2005, 346 ff.; MAXIMILIAN GASSNER/EVI SCHOTTKY, Freiheit vor Sicherheit oder umgekehrt? MedR 2006, 391.

<sup>5</sup> So auch der Hinweis von GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 391 FN 5.

<sup>6</sup> DÖRR (FN 1), 355.

<sup>7</sup> Auswirkungen hat die Anspruchsgrundlage auch auf die Zuständigkeit beim BGH. So war wegen der Vertragsverletzung in den Sturzfällen der III. Senat damit befasst, während Arzthaftungssachen vom VI. Senat entschieden werden.

<sup>8</sup> ROBERT ROSSBRÜCH, Anmerkung zu OLG Oldenburg 14.10.1999, 1 U 121/98, PflR 2000, 267.

<sup>9</sup> OLG Oldenburg 14.10.1999, 1 U 121/98, NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262.

<sup>10</sup> GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 398 FN 67: Zumeist gravierende Managementfehler, vor allem unzureichende Personalführung und sonstige betriebliche Organisationsfehler.

<sup>11</sup> JORZIG (FN 2), 383; L. JAEGER (FN 4), 346.

<sup>12</sup> JORZIG (FN 2), 381.

<sup>13</sup> WINFRIED GRIKSCHAT, Anmerkung zu BGH VersR 2005, 984 ff., 986, 987; GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 395.

Staatsanwaltschaft statt<sup>14</sup>. Die *Pflegedokumentation* ist daher häufig das *einzigste Beweismittel*. Dessen Zugang spielt für den Anspruchsteller eine besonders grosse Rolle.

## B. Ausgangspunkt: Übertragung der Grundsätze der Haftung von Ärzten und Krankenhäusern auf Pflegeheime

Zu Fragen der Haftung eines Arztes oder Krankenhauses gibt es eine langjährige gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>15</sup>. Soweit es um Pflegefehler bei Erbringung ärztlicher Dienstleistungen ging, hat die Rechtsprechung dazu implizit Stellung genommen. Relativ neu ist die Beurteilung der Haftung für *isolierte Pflegefehler*, wenn also eine Pflegeleistung unabhängig von einer Heilbehandlung erbracht wird. Auch für solche Fälle werden die *Grundsätze der Arzthaftung entsprechend* herangezogen:

### I. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt ist, dass bei einem Schadenersatzanspruch den Geschädigten die *Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Anspruchsvoraussetzungen* trifft, nämlich Schaden, objektive Pflichtwidrigkeit, Kausalität und Verschulden. Das gilt jedenfalls für einen *deliktischen Schadenersatzanspruch*. Für einen *vertraglichen Schadenersatzanspruch* gilt nach § 280 Abs. 1 S 2 BGB grundsätzlich Gegenteiliges für das *Verschulden*. Bei einem *Arztvertrag* wird freilich eine solche Beweislastumkehr in Bezug auf das Verschulden für nicht anwendbar angesehen, weil Vorgänge im lebenden Organismus auch vom besten Arzt nicht beherrschbar sind. Es handelt sich insoweit um den *nicht steuerbaren Kernbereich ärztlichen Handelns*, sodass ein ausbleibender Erfolg kein Indiz für ein Verschulden des Arztes darstellt. Somit muss der Patient auch bei einem vertraglichen Schadenersatzanspruch das Verschulden des Arztes nachweisen. Neben dieser den ersatzpflichtigen Arzt begünstigenden Ausnahme gibt es aber *drei Besonderheiten*, die den Geschädigten *begünstigen*:

### II. Vermutung einer objektiven Pflichtwidrigkeit bei Eintritt eines Schadens im voll beherrschbaren Bereich

Soweit es sich um den *voll beherrschbaren Bereich* des Krankenhausbetriebs handelt, kommt es nicht nur zu einer Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S 2 BGB in Bezug auf

das Verschulden. Die Beweislastumkehr gilt aber auch in Bezug auf den Sorgfaltsverstoss, die *objektive Pflichtwidrigkeit*. Betroffen davon sind die Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens sowie der Zustand der benötigten Geräte und Materialien. Verdeutlicht sei das anhand der Leitentscheidung des BGH<sup>16</sup>: Ein 73-jähriger 65 kg schwerer Patient war halbseitig gelähmt und wurde wegen eines Harnweginfarkts im Krankenhaus behandelt. Eine Krankenschwester sollte ihn von der Bettkante auf den Nachtstuhl heben. Dabei kam er zu Sturz und zog sich einen Oberschenkelhalsbruch zu. Die Ursache für den Sturz konnte in der Folge nicht aufgeklärt werden.

Der BGH sah den *Transport des Patienten* als Teil des *voll beherrschbaren Gefahrenbereichs des Krankenhausträgers* an. Das wurde in weiterer Folge jedenfalls dann bejaht, wenn das Pflegepersonal im eigenen Aufgabenbereich tätig geworden ist und es nicht um einen Hilfsdienst im Kernbereich des ärztlichen Handelns ging. Im eigenen Aufgabenbereich wurde dem Krankenhausträger die Beweislast auferlegt, dass sein Gehilfe sich pflichtgemäss verhalten hat. Wenn dieser *Entlastungsbeweis* nicht gelingt, trifft bei Unaufklärbarkeit den Krankenhausträger die Einstandspflicht, was im konkreten Fall bejaht wurde.

### III. Grober Behandlungsfehler

Bei Vorliegen eines *groben Behandlungsfehlers* kommt es in Bezug auf die Kausalität zu einer Beweiserleichterung des Geschädigten bis hin zur Beweislastumkehr, sofern der Behandlungsfehler generell geeignet ist, eine Folge wie die eingetretene hervorzurufen. Ob es sich um einen *groben Behandlungsfehler* handelt, ist zwar primär eine vom *Tatrichter* vorzunehmende Rechtsfrage, bei dessen Beurteilung dieser freilich die Expertise eines – medizinischen – Sachverständigen heranzuziehen hat. Ein grober Behandlungsfehler wird allerdings verneint, wenn es zu einer Vereitelung des Heilungserfolgs durch ein Verhalten des Patienten kommt. Dem groben Behandlungsfehler gleichgestellt wird ein grober Organisationsfehler.

### IV. Fehlende oder unzureichende Dokumentation

Bedeutsam ist darüber hinaus eine *unterbliebene oder unzureichende Dokumentation*. So etwas stellt zwar keine eigene Anspruchsgrundlage dar und führt nicht notwendigerweise zur Umkehr der Beweislast. Freilich gilt die Vermutung: Was nicht dokumentiert ist, hat auch nicht stattgefunden. Zusätzlich kann eine Dokumentationslücke unter Umständen ein Ansatzpunkt für einen groben Behandlungsfehler sein. Dokumentationsdefizite führen typischerweise zu einer Beweis-

<sup>14</sup> GRIKSCHAT (FN 13), 987.

<sup>15</sup> Zu deren Spezifika RÜDIGER MARTIS, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht – Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, MDR 2009, 1082 ff.

<sup>16</sup> BGH 18.12.1990, VI ZR 169/90, NJW 1991, 1540.

erleichterung zugunsten des Geschädigten, und zwar vom geringeren Beweismass bis zur Beweislastumkehr.

## C. Konzentration auf drei zentrale Fragen

In weiterer Folge soll eine Konzentration auf *drei zentrale Fragen*<sup>17</sup> erfolgen, nämlich die beiden wichtigsten Fallgruppen, die Einstandspflicht bei *Liegeschäden* (Punkt D) und *Sturzverletzungen* (Punkt E) sowie die Frage der Pflicht des Pflegeheims zur *Herausgabe der Dokumentationsunterlagen* (Punkt F).

## D. Liegeschäden – Dekubitus

### I. Höchstrichterliche Standards durch zwei zentrale BGH-Entscheidungen

Der BGH hat in zwei Entscheidungen aus der Mitte der 80-er Jahre<sup>18</sup> jeweils *abweisende Entscheidungen der OLG aufgehoben* und an das Tatgericht zurückverwiesen. Jeweils ging es um einen Anspruch des Verletzten bzw. nach seinem Tod des Erben gegen den Krankenhausträger auf Schmerzensgeld. Die behandlungsbedürftige Person war teilweise gelähmt. Der BGH sprach aus, dass in der Pflegedokumentation der *Status des Verletzten als Risikopatient* hätte erfasst werden müssen, was unterblieb bzw. zu spät erfolgte. Der BGH formulierte *Mindeststandards*, was in solchen Fällen lege artis zu geschehen habe: Zweimaliges tägliches Waschen und Einreiben mit Franzbranntwein, regelmässige gründliche Körperpflege, Auftragen von Fettspray auf die gefährdeten Partien, zeitweise Lagerung auf Schaumgummiringen sowie Wasserkissen, falls eine spezielle Dekubitusmatratze nicht zur Verfügung stehe, und mehrmals tägliche stundenweise Druckentlastung durch wechselnde Seitenlagerung und Austrocknung der gefährdeten Gebiete.

Sofern in der *Pflegedokumentation* diese *Massnahmen nicht vermerkt* seien, sei davon auszugehen, dass die entsprechenden Massnahmen auch nicht durchgeführt worden seien. Das Krankenhaus genüge seiner Pflegedokumentation nur dann, wenn es diese einzelnen Massnahmen bei einem Risikopatienten dokumentiere oder allgemeine schriftliche Anweisungen an das Pflegepersonal zur Dekubitusprophylaxe bzw. -behandlung erteilt worden seien. Zusätzlich müsse der Nachweis geführt werden, dass organisatorisch sicher-

gestellt sei, dass diese Massnahmen ärztlich überwacht würden. Da dies nicht der Fall war, konnte dem *Anspruchsteller nicht die volle Beweislast für die behaupteten Behandlungsfehler* auferlegt werden. Sache des Ersatzpflichtigen war es, die indizielle Wirkung fehlender Krankenblatteintragungen zu entkräften.

## II. Vertiefung und Fortentwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch die OLG

Mehrere OLG haben diese BGH-Rechtsprechung fortgeführt und vertieft<sup>19</sup>: In einer Entscheidung des *OLG Köln*<sup>20</sup> erhob der *70-jährige Patient* einen Schmerzensgeldanspruch wegen eines Pflegefehlers gegen das Krankenhaus. Er lag wegen eines akuten Herzversagens auf der *Intensivstation*. Der Chefarzt äusserte sich gegenüber den Kindern am *4.1.1996* in der Weise, dass die Situation des Vaters hoffnungslos sei und der Tod in den nächsten 2–3 Tagen eintreten werde. Nicht nur Wetterfrösche irren sich gelegentlich bei ihrer Prognose. Der Patient konnte am *31.1.1996* nach Hause entlassen werden. Davor kam es freilich zu einer Ausweitung des bestehenden *Dekubitus 1. Grades* zu einem *praesakralen Dekubitus 4. Grades* mit einem Durchmesser von 17 cm und einer Tiefe von 6 cm. Am *18.1.1996* erfolgte eine chirurgische Abtragung von Nekrosen im Gesässbereich. Der Patient hatte infolgedessen ein Leben lang Beschwerden beim Gehen und Sitzen. Er begehrte deshalb ein Schmerzensgeld in Höhe von 12.500 €, dem das OLG stattgab.

Der Beklagte wendete ein, dass der Patient häufiger gewendet wurde, als dies in den Pflegeberichten dokumentiert sei; eine *minutengenaue Angabe* sei freilich nicht mehr möglich. Das OLG sprach aus, dass minutengenaue Angaben auch nicht erforderlich seien, wohl aber eine Dokumentation, dass eine Umlagerung im *2-Stunden-Rhythmus* sowie in welchem Turnus eine Reinigung erfolgt sei, was nicht dokumentiert sei. Hervorzuheben ist die *Aussage des Sachverständigen*, dass auch bei schwerstkranken Patienten das *Auftreten von Dekubiti immer vermeidbar* sei durch häufige Lageänderungen oder Einsatz von Spezialbetten. Durch die vom Kläger vorgelegten Fotos sei ohne weiteres nachvollziehbar, dass derart umfängliche und tiefgreifende Geschwürbildungen schlechterdings nur durch einen *gänzlich unzulänglichen Pflegestatus erklärbar* seien. Auch bei einem in medizinischer Hinsicht moribunden Patienten gebe es eine Pflicht der Anwendung der bei einem sonstigen kranken Patienten gebotenen pflegerischen Sorgfalt durch Arzt und Pflegepersonal. Hinzugefügt wurde schliesslich, dass das begehrte Schmerzensgeld an der unteren Grenze des Angemessenen liege.

<sup>17</sup> Ausgeklammert bleiben Fragen psychisch kranker Personen, die bei Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt davor bewahrt werden müssen, sich selbst zu schädigen.

<sup>18</sup> BGH 18.3.1986, IV ZR 215/84, NJW 1986, 2365 = VersR 1986, 78 = JZ 1986, 958 (MATTHIES): *Braunschweiger* Entscheidung; BGH 2.6.1987, VI ZR 174/86, NJW 1988, 762 = VersR 1987, 1238: *Bremer* Entscheidung.

<sup>19</sup> Zu dieser Rechtsprechung RÜDIGER MARTIS, *Sturz im Pflegeheim und im Krankenhaus*, MDR 2007, 12 ff.

<sup>20</sup> OLG Köln 4.8.1999, 5 U 19/99, NJW-RR 2000, 1267 = PflR 2001, 40.

Das OLG Oldenburg<sup>21</sup> bejahte ebenfalls einen Schmerzensgeldanspruch der 65-jährigen Patientin mit Morbus Alzheimer wegen eines Pflegefehlers gegen das Pflegeheim. Sie war mit einem *Dekubitus 2. Grades* am 19.11.1997 vom Krankenhaus in das Pflegeheim eingeliefert worden. Sie wurde am 21.1.1998 mit einem *Dekubitus 4. Grades* mit Nekrosen in der Grösse von 10 cm x 5 cm in ein Krankenhaus überwiesen, wo im Rahmen eines chirurgischen Eingriffs ein *künstlicher Darmausgang* hergestellt werden musste, der später nicht rückgängig gemacht werden konnte. Der Ehemann als Betreuer kündigte daraufhin fristlos den Pflegeheimvertrag und begehrte 12.500 € Schmerzensgeld.

Das OLG gab dem Begehren statt. Wegen der bestehenden Inkontinenz sei eine *umfassende Untersuchung bei Einlieferung ins Pflegeheim geboten* gewesen, was nicht dokumentiert sei. Am Tag nach der Einlieferung behauptete die Beklagte eine nicht dokumentierte Untersuchung durch einen *Urologen*. Das OLG verwies freilich darauf, dass das Pflegeheim einen *Allgemeinmediziner* oder *Internisten* einschalten hätte müssen. Es nahm wegen der Schwere des Dekubitus einen *groben Behandlungsfehler* an mit der Folge der Beweislastumkehr in Bezug auf die Verursachung. Das beklagte Pflegeheim musste sich an der *unzureichenden Pflegedokumentation* festhalten lassen.

Eine in vielerlei Hinsicht richtungweisende Entscheidung fällt das OLG Düsseldorf<sup>22</sup>: Abweichend von den Vorentscheidungen ging es erstmals um einen *Regressanspruch der gesetzlichen Krankenversicherung* wegen der infolge des Pflegefehlers entstandenen Heilungskosten gegen das Pflegeheim aus einem im Weg der Legalzession des § 116 SGB X übergegangenen Schadenersatzanspruch. Die 78-jährige demente und inkontinente Patientin war in das Pflegeheim eingewiesen worden. Sie zeigte psychotische Episoden; so zerpflückte sie die Windelhosen in der Nacht und spielte mit ihrem eigenen Kot. Mit amtsrichterlicher Genehmigung erfolgte eine Fixierung durch Hochstellen der Bettgitter während des Schlafs. Sie wurde in der Folge in ein Krankenhaus überstellt, weil bei ihr ein *Dekubitalgeschwür im Ausmass von 5 x 4 cm und einer Tiefe von 5 cm* festgestellt worden ist, was durch ein Foto belegt war. Es ergab sich das Erfordernis eines chirurgischen Eingriffs mit *Kosten von ca 16.000 €*. Das beklagte Pflegeheim wendete ein, dass die Patientin ohnehin laufend durch die Hausärztin untersucht worden sei. Zudem habe die Patientin durch deren – wenn auch nicht vorwerfbares – Verhalten den Heilungsverlauf erschwert. Es wurde für diese Heimbewohnerin ein Zeitaufwand von nahezu  $\frac{3}{4}$  einer Vollzeitpflegerin getätigt; mehr sei (*finanziell*) nicht zumutbar.

Das OLG gab dem Begehren in vollem Umfang statt. Es erwog die Zuweisung der Vermeidung eines Dekubitus

zum *voll beherrschbaren Bereich* eines Pflegeheims. Das hätte die Konsequenz der Umkehr der Beweislast in Bezug auf den Sorgfaltsverstoss sowie das Verschulden gehabt. Das OLG kam zu dieser Erwägung durch die *Aussage des Sachverständigen*, dass ein *Dekubitus nie schicksalhaft* sei. Vielmehr sei er vermeidbar durch häufige Umlagerungen, Eincremen sowie den Einsatz von Spezialbetten. Letztendlich entschied sich das OLG aber gegen eine Zuweisung zum voll beherrschbaren Bereich, weil das Entstehen eines Dekubitus ein *Vorgang im lebenden Organismus* sei, der nicht ausnahmslos beherrschbar sei. Im konkreten Fall wurde die Einstandspflicht mit der *fehlenden Dokumentation* bejaht. Wiederholt wurde die Position des BGH, wonach das Fehlen von detaillierter Dokumentation nur zulässig sei bei einer *generellen schriftlichen Weisung an das Pflegepersonal* im Rahmen eines Pflegeplans, welche einzelnen prophylaktischen Massnahmen in welchem zeitlichen Rhythmus durchzuführen seien. Hier fehlte aber schon eine Anweisung zur Häufigkeit des Umlagerens.

Das OLG liess auch den Einwand der *Entlastung vom gebotenen Sorgfaltsmassstab wegen fehlender Ressourcen* nicht gelten. Massgeblich sei nicht, was aufgrund der Ausstattung des konkreten Pflegeheims möglich, sondern was verkehrsbüchlich sei. Der Beklagte hätte zumindest substantiiert darlegen müssen, welche Massnahmen wegen Ressourcenknappheit nicht möglich waren. Ein solches Vorbringen wurde freilich nicht erstattet. Auch die Berufung auf eine *fehlende Anordnung der Hausärztin* wurde nicht als Entlastungsgrund akzeptiert. Zwar komme es bei konkreten Anordnungen des Arztes zur Entlastung des Pflegepersonals, weil das Pflegepersonal keine überlegene Sachkunde habe. Gegenteiliges gelte nur, wenn die Unsinnigkeit einer Massnahme für das Pflegepersonal ohne weiteres erkennbar sei.

Für den *eigentlich pflegerischen Bereich* wie das Umlagern und Hygienemassnahmen sei eine andere Beurteilung geboten. Im *Unterschied zur Pflege in einem Krankenhaus* erbringe das Pflegepersonal seine Tätigkeit in einem Pflegeheim in eigener Verantwortung. Es könne sich nicht auf fehlende Anordnungen des Arztes berufen. Jedenfalls finde keine Zurechnung des Mitverschuldens der Ärztin an die Patientin nach § 278 BGB statt. Die *Ärztin* sei *nicht Erfüllungsgehilfe des Patienten*. Mag das Verhalten der nicht deliktfähigen Patientin auch mitursächlich für den Dekubitus gewesen sein, so sei der Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des Mitverschuldens (§ 254 BGB) bloss nach Billigkeit zu mindern (§ 829 BGB). Eine solche Kürzung des Ersatzanspruchs nach Billigkeit scheidet aber aus, wenn – wie hier – eine Haftpflichtversicherung einstandspflichtig sei.

Zwei neuere OLG-Entscheidungen nehmen einen *weniger geschädigtenfreundlichen Standpunkt* ein: Das OLG Braunschweig<sup>23</sup> betonte, dass das Auftreten von Dekubi-

<sup>21</sup> OLG Oldenburg 14.10.1999, 1 U 121/98, NJW-RR 2000, 762 = PflR 2000, 262.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf 16.6.2004, I-15 U 160/03, PflR 2005, 62.

<sup>23</sup> OLG Braunschweig 7.10.2008, 1 U 93/07, NJW-RR 2009, 1109 = PflR 2009, 194.

talgeschwüren nicht zum voll beherrschbaren Bereich zähle und wies unter Berufung auf diesen Topos das Begehren ab. Das OLG Hamm<sup>24</sup> sprach aus, dass sich der Dekubitus schicksalhaft entwickelt habe und im konkreten Fall aus medizinischer Sicht alles getan worden sei, um das Auftreten eines Durchliegeschwürs zu verhindern.

### III. Stellungnahme

Die Entscheidungen machen deutlich, dass je nach dem, welcher Arzt – als Sachverständiger – sich dazu äussert, ob ein Pflegefehler gegeben ist, das Gericht zu einem ganz unterschiedlichen Ergebnis gelangt. Mag bei ärztlichen Eingriffen im Krankenhaus mitunter wegen der höheren Wertigkeit anderer zu behandelnder Krankheitsherde ein Dekubitalgeschwür nicht stets vermeidbar sein<sup>25</sup>, dürfte die Einschätzung der – geriatrischen – Sachverständigen zutreffend sein, dass bei reinen Pflegetätigkeiten Dekubitalgeschwüre bei ordnungsgemässer Behandlung sich stets vermeiden lassen. Wenn das so ist, sollte die Rechtsprechung daraus die Konsequenz ziehen, das Entstehen von Dekubitalgeschwüren in solchen Fällen dem voll beherrschbaren Bereich zuordnen mit der Folge, dass aus deren Bestehen auf eine verschuldete objektive Pflichtwidrigkeit zu schliessen ist. Da in den Fällen, in denen eine Einstandspflicht ohnehin wegen einer unzureichenden Pflegedokumentation bejaht wurde, es darauf somit nicht ankam, musste die Rechtsprechung diesen letzten folgerichtigen Schritt nicht unternehmen.

Bedeutsam ist zudem, dass ausserhalb eines stationären Krankenhausaufenthalts dem Pflegepersonal jedenfalls im Bereich der Dekubitusprophylaxe eine haftungsrechtliche Eigenverantwortung zukommt<sup>26</sup>. Zu dessen Entlastung ist daher eine umfassende Pflegedokumentation unumgänglich. Diese sollte auch Bilder umfassen, sagt doch ein Bild mehr als 1000 Worte<sup>27</sup>. Je atypischer der Verlauf ist, umso umfassender muss die Pflegedokumentation ausfallen<sup>28</sup>. Je präzisere – nicht auf Deutschland beschränkte – Expertenstandards<sup>29</sup> sich herausbilden, umso eher kann ein Gericht auf solche bei der Konkretisierung des objektiv gebotenen

Pflegestandards zurückgreifen<sup>30</sup>. Auch der Gesetzgeber hat in § 113a SGB XI sowie in § 3 Abs. 1 HeimG darauf Bezug genommen<sup>31</sup>.

## E. Sturzverletzung

### I. Rechtstatsächliche Vorbemerkung

Ein Beinbruch nach einem Sturz stellt die häufigste Verletzung einer in einem Pflege- bzw. Altenheim untergebrachten Person dar. Der BGH hat in zwei Entscheidungen<sup>32</sup> für die Bejahung von Regressansprüchen der gesetzlichen Krankenversicherung gegen das Pflegeheim wegen Pflegefehlern durchaus hohe Hürden aufgestellt. Vor der ersten BGH-Entscheidung hatte die Allgemeine Ortskrankenkasse 1500 Regressklagen zunächst zurückgestellt<sup>33</sup> – und dann wohl auch nicht mehr erhoben.

Zur Bedeutsamkeit von Sturzverletzungen von Menschen im vorgerückten Lebensalter in Pflegeheimen ist rechtstatsächlich zu bemerken, dass jeder zweite Bewohner einmal pro Jahr stürzt und jeder 25. pro Jahr eine Hüftfraktur erleidet<sup>34</sup>; bei einer Schenkelhalsfraktur 50 % ihre ursprüngliche Beweglichkeit nicht wiedererlangen, 20 % auf Dauer pflegebedürftig sind und 40 % innerhalb eines Jahres tot sind<sup>35</sup>. Ein Drittel der Menschen über 65 Jahre stürzen einmal pro Jahr. Die 70 bis 74-jährige Menschen sind einem doppelten Sturzrisiko ausgesetzt, die 75 bis 79-jährigen einem 3-fachen, die 80 bis 84-jährigen einem 6-fachen, und die über 84-jährigen einem 14-fachen<sup>36</sup>. Kommen dann weitere Defizite dazu wie Demenz, Muskelschwäche, Desorientiertheit oder Blindheit, steigt die Wahrscheinlichkeit eines Sturzes naturgemäss weiter an. Und bei den dadurch erlittenen Verletzungen ist der

<sup>24</sup> OLG Hamm 21.4.2009, 26 U 151/08, PflR 2009, 392.

<sup>25</sup> OLG Zweibrücken 13.5.1997, 5 U 7/95, VersR 1997, 1281: Herzklappenoperation.

<sup>26</sup> HEINZ R. STRÄSSNER, Der Dekubitus im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, PflR 2007, 461 ff., 462.

<sup>27</sup> STRÄSSNER (FN 26), 468: Kein Verstoß gegen das Recht des Patienten am eigenen Bild; Bilddokumentation dient vielmehr den berechtigten Interessen des Patienten.

<sup>28</sup> STRÄSSNER (FN 26), 468.

<sup>29</sup> Zur Weiterentwicklung der Ergebnisse des Deutschen Netzwerkes für Qualitätssicherung in der Pflege (DNQP) der Fachhochschule Osnabrück zu einem überstaatlichen Expertenstandard STRÄSSNER (FN 26), 514, 515, mit dem berechtigten Hinweis auf das Defizit, dass die Bundesärztekammer bei der Formulierung derartiger Standards nicht einbezogen worden ist.

<sup>30</sup> STRÄSSNER (FN 26), 514, 518: Orientierungshilfe für den Richter.

<sup>31</sup> REINHARD DAMM, Medizinrechtliche Grundprinzipien im Kontext von Pflege und Demenz – «Selbstbestimmung und Fürsorge», MedR 2010, 451 ff., 454.

<sup>32</sup> BGH 28.4.2005, III ZR 399/04, BGHZ 163, 59 = NJW 2005, 1937 = PflR 2005, 267 = GesR 2005, 208: Berliner Fall; 14.7.2005, III ZR 391/04, NJW 2005, 2613 = PflR 2005, 464 = MedR 2005, 721: Dresdner Fall.

<sup>33</sup> HERBERT LANG/MICHAEL HERKENHOFF, Persönlichkeitsrechte und Menschenwürde im Alten- und Pflegeheim, NJW 2005, 1905 ff., 1906; BIRGIT SÜSS, Korrekter Umgang mit Sturzgefährdungen in Einrichtungen der stationären Altenpflege – Versuch einer Zwischenbilanz vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH, PflR 2006, 303 ff., 304.

<sup>34</sup> GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 391.

<sup>35</sup> RUTH SCHULTZE-ZEU/HARTMUT RIEHN, Aktuelles Sturzrisiko in Pflegeheimen – Verfehlte Prozessstrategie und Prozessleistung, MedR 2005, 696 ff., 697; GRIKSCHAT (FN 13), 986.

<sup>36</sup> Vorspann zu OLG Zweibrücken 1.6.2006, 4 U 68/05, PflR 2006, 490.

Beinbruch zwar die häufigste; es kommen aber auch andere lebensbedrohende, wie etwa ein Schädelhirntrauma vor<sup>37</sup>.

## II. Die beiden BGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2005

Im *Berliner Fall*<sup>38</sup> kam eine unter Betreuung stehende 85-jährige seit 1997 im Pflegeheim der Beklagten untergebrachte Frau zu Sturz. Sie hatte drei vorangehende Stürze erlitten. Infolge einer 1994 erlittenen Oberschenkelfraktur links war ihr nur noch das Gehen mit einer Gehstütze möglich. Infolge eines zweiten Sturzes knapp vor Aufnahme erlitt sie ein *Schädel-Hirn-Trauma 1. Grades*; nach einem weiteren Sturz im Januar 1990 kam ein *Schädel-Hirn-Trauma 2. Grades* hinzu. Die Verletzungen erforderten jeweils eine stationäre Behandlung im Krankenhaus. Die Patientin war *hochgradig sehbehindert, desorientiert und verwirrt*. Sie erhielt Leistungen nach der höchstmöglichen *Pflegestufe III*. Im Pflegeheim lebte sie mit zwei anderen Bewohnerinnen in einem Zimmer zusammen. Die Überwachung durch das Pflegepersonal erfolgte *einmal pro Stunde*. Am 27.6.2001 wurde sie während der Mittagsruhe vor dem Bett liegend nach einer Stunde aufgefunden. Der dabei erlittene Oberschenkelhalsbruch erforderte Behandlungskosten von 7.200 €, die die gesetzliche Krankenkasse wegen eines Pflegefehlers vom Pflegeheim ersetzt haben wollte.

Der BGH wies das Begehren ab. Der Sorgfaltsmassstab sei durch die in Pflegeheimen *üblichen Massnahmen* begrenzt, was nämlich mit einem *vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand* realisierbar sei. Geschuldet seien bloss das *Erforderliche* sowie das für Heimbewohner und Pflegepersonal *Zumutbare*. Zusätzlich komme es auf die *Würde des jeweiligen Heimbewohners* sowie die *Achtung seiner Selbständigkeit, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung* an, wobei dafür auf § 2 Abs. 1 HeimG sowie die Grundrechte des GG Bezug genommen worden ist.

Da der Unfall nicht mehr aufklärbar war, kam es auf die *Verteilung der Beweislast* an. Der BGH gestand dem Verletzten und aus übergegangenem Recht dem Sozialversicherungsträger *keine Beweiserleichterung wegen des voll beherrschbaren Risikos* des Pflegeheims zu. Ein solches sei nur bei einer *konkreten Gefahrensituation* gegeben, wenn also die zu betreuende Person in Begleitung einer Pflegekraft gewesen wäre. Hier ging es dem gegenüber um den *normalen alltäglichen Gefahrenbereich*, der grundsätzlich in der *eigenverantwortlichen Risikosphäre des Geschädigten* verblie. Die Folge ist, dass das Pflegeheim haftungsrechtlich privilegiert ist, wenn sich dessen Pflegepersonal nicht um den Bewohner annimmt, während bei konkreten Verrichtungen aufgrund der Unfallverletzung auf einen verschulde-

ten objektiven Sorgfaltsverstoss geschlossen wird, bei dem sich das Pflegeheim zu entlasten hat. Ein besonderer Anreiz, möglichst häufig dem Bewohner unter die Arme zu greifen, wird damit nicht geschaffen.

Das Pflegeheim traf auch keine Pflicht zum *Hochziehen des Bettgitters*. Denn im *Gutachten des Medizinischen Dienstes* war keine solche Sicherungsmassnahme vorgeschlagen worden. Wenn der Medizinische Dienst der gesetzlichen Krankenversicherung keine solchen Vorgaben mache, sei auch das Pflegeheim entlastet. Immerhin sei die Bewohnerin 3 Jahre sturzfrei geblieben. Zudem sei zu bedenken, dass für die Zulässigkeit einer derartigen Sicherungsmassnahme die *Entscheidung des Betreuungsgerichts* erforderlich gewesen wäre; für das Pflegeheim habe kein Anlass bestanden, dieses einzuschalten. Bezüglich des Anlegens von *Hüftschutzhosen* sei *kein substantiierter Vortrag* erfolgt, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit ein Unfall vermieden worden wäre. Zudem stand eine Klingel bereit. Schliesslich sei eine lückenlose Überwachung nicht zumutbar und auch die Wahrung der Privatsphäre der Heimbewohnerin geboten.

In der *Dresdner Entscheidung*<sup>39</sup> war eine 82-jährige Patientin nach drei Stürzen am 4.3.1997 in ein Pflegeheim eingewiesen worden. Bei einem der Stürze hatte sie sich eine *Trümmerfraktur des linken Schultergelenks* zugezogen. Sie bezog Leistungen der *Pflegestufe 2*<sup>40</sup>. Im Jahr 2000, also während des Aufenthalts im Pflegeheim, hatten sich bereits *drei weitere Stürze* bei Toilettengängen in der Nacht ereignet, freilich jeweils ohne schwerwiegende Folgen. Am 9.3.2000 kam es abermals zu einem Sturz. Die Folge war die *Lähmung aller 4 Extremitäten*. Die Heilauwendungen der Allgemeinen Ortskrankenkasse beliefen sich auf 80.000 €. Am 7.6.2000 verstarb die Heimbewohnerin. Nach Stattgebung des Regressanspruchs durch das OLG Dresden im ersten Rechtsgang hob der BGH das Urteil auf Revision der Beklagten auf.

Zwar anerkennt der BGH, dass eine *akute Gefährdung* gegeben gewesen sei. Er verweist aber darauf, dass das 3 Jahre zurückliegende Gutachten des Medizinischen Dienstes wegen der zeitlichen Distanz nur noch eingeschränkt brauchbar gewesen sei. Immerhin sei der Nachtstuhl beim Bett gestanden. Zudem habe sich die *Verletzte gegen ein Hochziehen des Bettschranks ausgesprochen*. Die Verletzte sei trotz ihres Alters zeitlich, örtlich und situativ *in der Regel orientiert* gewesen. Zu klären habe das OLG, ob das Pflegeheim das *Betreuungsgericht anrufen* hätte müssen. Für den Pflichtenverstoss sei jedenfalls der Anspruchsberechtigte beweispflichtig. Der Umstand, dass sich der *Sturz im Pflegeheim* verwirklicht habe, sei *kein Grund für eine Beweislastumkehr*, weil es sich *nicht um den voll beherrschbaren Bereich* des Pflegeheims

<sup>37</sup> L. JAEGER (FN 4), 349.

<sup>38</sup> BGH 28.4.2005, III ZR 399/04, BGHZ 163, 59 = NJW 2005, 1937 = PflR 2005, 267 = GesR 2005, 208.

<sup>39</sup> BGH 14.7.2005, III ZR 391/04, NJW 2005, 2613 = PflR 2005, 464 = MedR 2005, 721, mit abschliessender Entscheidung OLG Dresden 17.1.2006, 2 U 753/04, VersR 2006, 843.

<sup>40</sup> Die Pflegestufe 3 ist die höchste.

handle. Werde eine schuldhaftige Verletzung des Pflegeheims nachgewiesen, wenn also die Geschädigte oder die für sie berufenen Entscheidungsträger den Vorschlägen, das Sturzrisiko zu vermindern, gefolgt wären, kämen Beweiserleichterungen zugunsten des Anspruchstellers in Betracht, die bis hin zur Beweislastumkehr gehen könnten.

Im zweiten Rechtsgang hat das OLG Dresden das *Begehren abgewiesen*. Wegen der vorangegangenen Stürze und des akuten Sturzrisikos hat es freilich eine *umfassende Aufklärungspflicht des Pflegeheims* gegenüber der Heimbewohnerin angenommen. Hinsichtlich der Qualität des Aufklärungsgesprächs hat es darauf verwiesen, dass sich dieses *nicht bloss in einer rein verbalen Beschreibung technischer und pflegerischer Massnahmen* beschränken dürfe. Denn durch eine *praktische Vorführung* könne es eher zu einem Abbau von Scheu vor Veränderung kommen als durch eine *bloss abstrakt-theoretische Beschreibung*. Das Gespräch sei nicht nur in einer *freundlich zurückhaltenden Art* zu führen; vielmehr sei eine *unmissverständliche Warnung* erforderlich, wobei auch die Einbeziehung von Vertrauenspersonen geboten sein könne. Das Pflegeheim habe hier immer wieder das *Hochziehen des Bettgitters empfohlen*; die Verletzte habe sich aber – aus *Altersstarrsinn* – dagegen ausgesprochen. Die *gerichtliche Kontrolle* beschränke sich darauf, was *gut vertretbar* sei, wobei *nicht jeder Zungenschlag des Beratungsgesprächs zu überprüfen* sei. Auch dürfe nicht mit dem Betreuer oder dem Betreuungsgericht gedroht werden, weil dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen Pflegeperson und Patient beeinträchtigt werden könne.

Das *Anlegen von Hüftschutzhosen* sowie ein *Lichtschranzensystem* zählten *damals nicht zum pflegerischen Standard*, ganz abgesehen davon, dass fraglich sei, ob das ohne Betreuungsgericht erlaubt gewesen wäre. Auch *Anti-Rutsch-Socken* zählten im Jahr 2000 nicht zum Standard der sozialen Pflegeversorgung. Eine Tieferlegung des Betts hätte nichts gebracht.

### III. Die Bewertung dieser beiden Entscheidungen in der Literatur

Während die Vertreter der (*Haftpflicht-*)*Versicherer*<sup>41</sup> den beiden Entscheidungen *grundsätzliche Bedeutung* zumesen, sehen das die Vertreter der *Geschädigten* sowie der *Sozialversicherungsträger*<sup>42</sup> naturgemäss gegenteilig. Sie weisen auf den *Einzelfallcharakter*. Diesen betont auch ein an den Entscheidungen beteiligter BGH-Richter<sup>43</sup> und weist darauf, dass der BGH nur eine *«sehr geringe Fallan-*

*schauung»* hatte<sup>44</sup>. Dieser räumt ein, dass namentlich in der (ersten) Berliner Entscheidung die *Ausdrucksweise missverständlich* war, wonach ein Sturz einer *hochgradig sehbehinderten, zeitweise desorientierten und verwirrten Person zur eigenverantwortlichen Risikosphäre des Verletzten* zu rechnen sei<sup>45</sup>. Und in der Tat lag der Akzent in dieser Entscheidung beim *Üblichen und finanziell Zumutbaren*, während der BGH den Massstab der *medizinisch-pflegerischen Betreuung* erst in der nachfolgenden Dresdner-Entscheidung *«entdeckt»* haben dürfte.

Dass ein Höchstgericht, mag der betreffende Senat bis dahin mit vergleichbaren Sachverhalten auch noch nicht befasst gewesen sein<sup>46</sup>, die *massgeblichen Normen* (§§ 3 Abs. 1 sowie § 11 Abs. 1 Nr. 3 HeimG; § 28 Abs. 3 SGB XI) nicht aufzuspüren in der Lage war<sup>47</sup>, ist in der Tat *kein Ruhmesblatt*. Daran würde sich auch nichts ändern, dass diese Normen bis dahin weder den zivilrechtlich tätigen Anwälten noch den Tatgerichten geläufig waren<sup>48</sup> und auch der mit der Materialsammlung betraute wissenschaftliche Mitarbeiter beim BGH auf dieses für ihn unbekannte Terrain nicht vorgedrungen war. Selbst nach Abstellen auf den jeweiligen *medizinisch-pflegerischen Stand* wurde – anders als dies bei einer Entscheidung des VI. Senats üblich wäre – zu Unrecht auf die *Einholung eines Sachverständigengutachtens* verzichtet, weil die Professionalität der Pflege unterschätzt und auf eine reine Hilfstätigkeit reduziert wurde<sup>49</sup>. Wenn der als an der Entscheidung beteiligte BGH-Richter *Dörr*<sup>50</sup> schliesslich offen lässt, ob der Expertenstandard *«Sturzprophylaxe in der Pflege»* dem heute allgemein anerkannten Stand *medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse* entspricht und meint, das sei eine Untersuchung, die nicht beim BGH beginnen könne, so fragt man sich: Wer sonst als das Höchstgericht soll – beraten durch einschlägige Sachverständige – dazu eine abschliessende Aussage treffen?

Mögen auch zwei *Einzelfälle* vom BGH entschieden worden sein, kann man den beiden Entscheidungen aber auch nicht jedwede Bedeutung absprechen<sup>51</sup>. Zu akzeptieren ist – jedenfalls vorläufig – die (*Über-*)*Betonung der selbständigen Lebensführung sowie der Würde des Heimbewohners*,

<sup>41</sup> LANG/HERKENHOFF (FN 33), 1906.

<sup>42</sup> SCHULTZE-ZEU/RIEHN (FN 35), 701; SÜSS (FN 33), 303.

<sup>43</sup> DÖRR (FN 1), 355 mit dem Hinweis, dass in der Dresdner Entscheidung versucht wurde, nachzubessern und die Berliner Entscheidung zu korrigieren. Letztere Aussagen seien so allgemein, dass deren *«Erkenntniswert im Einzelfall gering»* sei.

<sup>44</sup> Damit war offenbar nicht gemeint, dass der Prozessstoff durch den Geschädigten unzureichend dargelegt wurde; vielmehr sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass der Senat mit derartigen Sachverhalten keine Sprucherfahrung hatte.

<sup>45</sup> DÖRR (FN 1), 355.

<sup>46</sup> Für eine Verlagerung solcher Fälle zu dem für die Arzthaltung zuständigen VI. Senat anstelle der Anknüpfung an einen Anspruch aus einem Dienstvertrag SCHULTZE-ZEU/RIEHN (FN 35), 701.

<sup>47</sup> So GASSNER/SCHÖTTKY (FN 4), 394.

<sup>48</sup> GRIKSCHAT (FN 48), 987.

<sup>49</sup> GRIKSCHAT (FN 48), 986; SCHULTZE-ZEU/RIEHN (FN 35), 699; GASSNER/SCHÖTTKY (FN 4), 395 f.

<sup>50</sup> PflR 2006, 353, 357.

<sup>51</sup> SÜSS (FN 33), 304.

mag auch nicht ausreichend darauf Bedacht genommen worden sein, dass ein *nachfolgendes Leben mit einer schweren Verletzung* bzw. ein *alsbaldiges Absterben* ebenfalls «Würdedefizite» aufweist<sup>52</sup>. Verdächtig ist es, wenn sich ausgerechnet die Vertreter der Versicherungswirtschaft<sup>53</sup> zu Hütern der Selbständigkeit sowie der Würde der Heimbewohner aufschwingen. Aus Transparenzgründen sollten sie freilich offen legen, dass der Haftpflichtversicherer umso *weniger Ersatzleistungen* – bei konstantem Prämienvolumen – zu leisten hat, je *geringer die Sorgfaltsanforderungen an das Pflegeheim*, seinen Versicherungsnehmer, sind.

Der Umstand, dass ein *Sturz im räumlichen Bereich des Pflegeheims* sich ereignet, führt *nicht zur Zurechnung zum voll beherrschbaren Bereich* mit der Folge der Beweislastumkehr von objektiver Pflichtwidrigkeit und Verschulden<sup>54</sup>. Eine davon zu unterscheidende Frage ist freilich, ob angesichts der *rechtstatsächlichen Fakten* die normative Grenze zwischen *normalem alltäglichen Gefahrenbereich* und der *Pflicht zu besonderer Fürsorge wegen eines vorhersehbarer Sturzes* nicht geschädigtenfreundlicher gezogen werden sollte<sup>55</sup>. Während LANG/HERKENHOFF<sup>56</sup> beschwichtigend behaupten, dass es *bloß gelegentlich* zu Stürzen komme, die wegen der Respektierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinzunehmen seien, ergibt sich aus den *gesicherten Zahlen der Statistik*, namentlich mit zunehmendem Alter des Heimbewohners, ein *gegenteiliger Befund*.

Süss<sup>57</sup> betont in diesem Zusammenhang zu Recht, dass die *Hinnahme selbst schwerer und vorhersehbarer Stürze* als letztlich unvermeidbar einer *Bankrotterklärung professioneller Pflege* gleichkomme<sup>58</sup>. Und das als «fürchterliches Unheil» angeprangerte Hochziehen des Bettgitters in der Nacht stellt sich bei nüchterner Betrachtung viel weniger schlimm dar: Ist der Heimbewohner nicht bei Sinnen, schützt es ihn vor einer womöglich lebensbedrohlichen Verletzung; ist er jedoch geistig gesund, kann er dessen Beseitigung im Bedarfsfall durch ein Klingelzeichen rasch bewir-

ken<sup>59</sup>. Und wenn für den Verzicht des Bettgitters ins Treffen geführt wird, dass bei dessen Hochziehen dem Heimbewohner damit die Möglichkeit genommen werde, abends länger aufzubleiben und dem Fernsehprogramm zu folgen, wodurch das *restliche Mass an Lebensfreude* über Gebühr eingeschränkt werde<sup>60</sup>, übersieht diese Einschätzung, dass bei entsprechender Platzierung des Fernsehers im Zimmer eine Verfolgung des Programms trotz hoch gestelltem Bettgitter möglich wäre.

Möglichst um jeden Preis vermieden werden sollen *Zwangsmassnahmen*, würde das doch gegen das Selbstbestimmungsrecht des Heimbewohners verstossen und einer Einschaltung des *Betreuers* oder des *Betreuungsgerichts* bedürfen. Einen so hohen Rang das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Bürgers auch hat, so sehr bedarf es der Einschränkung, wenn es um seinen Schutz geht. Selbst *dementen und starrsinnigen Patienten* wird zugebilligt, ihren Willen wider alle Vernunft durchzusetzen, um das *Vertrauensverhältnis zum Pflegepersonal* nicht zu gefährden<sup>61</sup>. Für die *Phase der Kindheit* ist unbestritten, dass eine verantwortungsvolle Erziehung nicht in jedem Fall dem Willen des Minderjährigen nachgeben darf.

Es erscheint wenig folgerichtig, dass in der *letzten Etappe des Lebens*, in der ähnliche Defizite bei der Willensbildung auftreten, *ganz andere Massstäbe* gelten sollen<sup>62</sup>. Das Argument, dass eine Person «*in der Regel orientiert*» war<sup>63</sup>, weshalb Zwangsmassnahmen unterbleiben könnten, mutet wenig folgerichtig an, genügen doch *fallweise Ausfallserscheinungen*, um eine unter Umständen *lebensbedrohliche Gefährdung* zu bewirken. Schliesslich wäre im Einzelfall zu prüfen, ob bei zeitlich befristeten einschränkenden Massnahmen tatsächlich in jedem Fall gemäss § 1906 Abs. 4 BGB das *Betreuungsgericht eingeschaltet* werden muss<sup>64</sup>. Es heisst im Gesetz, dass «über einen längeren Zeitraum oder regelmässig die Freiheit entzogen werden soll». Das spricht jedenfalls dafür, dass eine solche Massnahme bei einem akuten Bedarf gesetzt werden darf, ohne dass ein Eilantrag gestellt werden muss<sup>65</sup>. Sie ist dann *nicht nur zulässig*, sondern vielmehr *geboten*.

<sup>52</sup> GRIKSCHAT (FN 48), 987; SCHULTZE-ZEU/RIEHN (FN 35), 697, 700.

<sup>53</sup> HERBERT LANG, Der Sturz im Pflegeheim – eine juristische Betrachtung, NZV 2005, 124 ff., 125; LANG/HERKENHOFF (FN 33), 1905, 1906.

<sup>54</sup> JORZIG (FN 2), 382. Kritisch insoweit L. JAEGER (FN 11), 347; SCHULTZE-ZEU/RIEHN (FN 35), 700; ADRIAN SCHMIDT-RECLA, Anmerkung zur Entscheidung des OLG Bremen, Urt. v. 22.10.2009–5 U 25/09 – Keine Haftung eines Krankenhauses bei Sturz eines nicht besonders hilfebedürftigen Patienten aus dem Bett, MedR 2010, 568, 569.

<sup>55</sup> So dezidiert L. JAEGER (FN 4), 348: Entscheidung des BGH greift im Tatsächlichen zu kurz. BGH ist zu ängstlich darauf bedacht, die Würde und das Selbstbestimmungsrecht zu schützen. (FN 33), 1905, 1906.

<sup>56</sup> PflR 2006, 303, 308.

<sup>57</sup> Ebenso L. JAEGER (FN 4), 349: nicht immer Ausdruck des allgemeinen Lebensrisikos.

<sup>59</sup> L. JAEGER (FN 4), 349.

<sup>60</sup> LANG (FN 53), 125 unter Berufung auf LG Bielefeld 7.2.2002, 2 U 589/00.

<sup>61</sup> BGH 14.7.2005, III ZR 391/04, NJW 2005, 2613 = PflR 2005, 464 = MedR 2005, 721, mit abschliessender Entscheidung OLG Dresden 17.1.2006, 2 U 753/04, VersR 2006, 843.

<sup>62</sup> Auf die Bedeutung einer Patientenverfügung für die Phase der Demenz zu Recht hinweisend GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 397.

<sup>63</sup> So BGH 14.7.2005, III ZR 391/04, NJW 2005, 2613 = PflR 2005, 464 = MedR 2005, 721, mit abschliessender Entscheidung OLG Dresden 17.1.2006, 2 U 753/04, VersR 2006, 843.

<sup>64</sup> Dies verneinend SCHMIDT-RECLA (FN 54), 570.

<sup>65</sup> Für die Stellung eines solchen bei dementen Heimbewohnern SCHULTZE-ZEU/RIEHN (FN 35), 699.

Während man bei Durchsetzung von Schutzmassnahmen im Alltagsleben nicht zimperlich ist und dies durch Verhängung von Verwaltungsstrafen auch gegenüber geistig Gesunden sanktioniert, etwa das *Anlegen eines Sicherheitsgutes* beim Autofahren, soll für – uneinsichtige und demente – Menschen in der letzten Etappe ihres Lebens eine schrankenlose Libertinage gelten<sup>66</sup>. Selbst wenn eine konkrete Gefährdung der körperlichen Sicherheit des Heimbewohners von den Verantwortlichen des Pflegeheims erkannt wird, sollen sich diese nach einer der *business judgement rule* ähnlichen Regel damit begnügen können, dem gefährdeten Heimbewohner *eindringlich Gefahren aufzuzeigen*, wobei «nicht jeder Zungenschlag des Gesprächs» zu dokumentieren sei.

Die Massstabfigur des aufzuklärenden Heimbewohners dürfte dabei dem *grenzdebilen Verbraucher* vergleichbar sein. Soweit das überhaupt greift, was bei dementen Heimbewohnern ausscheidet, dürfte das in der Praxis auf einen *weitgehenden Freibrief* hinauslaufen. Die *Eindringlichkeit der Warnung* gegenüber einem *unverbindlich freundlichen Hinweis* abzugrenzen, dürfte *kaum justiziabel* sein; noch dazu, da «nicht jeder Zungenschlag des Gesprächs zu dokumentieren» ist. Der gefährdete Heimbewohner läuft sodann ins offene Messer oder über die Klippe des Abgrunds. Dies nützt dem hinter dem Pflegeheim stehenden Haftpflichtversicherer, nicht aber dem auf fürsorgliche und verantwortungsvolle Pflege angewiesenen Heimbewohner.

Die Betonung des *finanziell Vernünftigen* begünstigt die Aufweichung des Haftungsmassstabes. Zwar ist es selbstverständlich, dass einerseits nicht eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung jedes einzelnen Heimbewohners leistbar ist; andererseits wird damit aber ein Sorgfaltsmassstab indiziert, der sich an der *angemessenen Rendite des Investors* orientiert. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass ein *defizitärer Automobilhersteller* auch nicht auf *Warnblinkanlage* oder *Sicherheitsgurte* bei der Herstellung verzichten könne<sup>67</sup>. Dazu kommt, dass nicht alle gebotenen Massnahmen mit – enormen – Kosten verbunden sind<sup>68</sup>; verwiesen sei etwa auf das Aufklärungsgespräch oder das Hochziehen des Bettgitters in der Nacht.

Mag das *Gutachten des Medizinischen Dienstes* für die einen Regressanspruch geltend machende gesetzliche Krankenversicherung ein Beweismittel sein, aus dem sie erste Informationen herleiten kann, hat dessen Inhalt für die vom Pflegeheim zu erbringenden Leistungen jedenfalls keine abschliessende Bedeutung. Dieses Gutachten wird in einem Massenverfahren durch Ankreuzen eines Fragebogens erstellt<sup>69</sup>, während der Pflegestandard 2005 einen *individuellen*

*Pflegeplan für den betreffenden Heimbewohner* verlangt<sup>70</sup>. Zudem ist Adressat des Gutachtens die Pflegekasse zur Festsetzung der Pflegestufe gemäss § 15 SGB XI, nicht aber das Pflegeheim; womöglich darf ihm der Inhalt aus Datenschutzgründen gar nicht mitgeteilt werden<sup>71</sup>. Jedenfalls sollte das Pflegeheim aber den Informationsstand, der sich aus dem Gutachten des Medizinischen Dienstes ergibt, als Mindeststandard haben<sup>72</sup>.

Zu berücksichtigen ist zudem die *dynamische Komponente*; und das in mehrerlei Hinsicht: Selbst wenn das Medizinische Gutachten massgeblich sein sollte, liegt es oft *mehrere Jahre zurück*. Im Regelfall lassen mit zunehmendem Alter die Kräfte und damit die Fähigkeiten des Heimbewohners zur eigenverantwortlichen Bewältigung seines Lebens nach, ohne dass dies der betagte Mensch wahrhaben will, der häufig seine Kräfte und Fähigkeiten überschätzt<sup>73</sup>. Das erfordert eine jeweilige Anpassung der gebotenen Pflegeleistungen und verbietet ein *Verharren auf einem zu einem zufälligen Zeitpunkt erhobenen Befund*. Dazu kommt, dass sich der Pflegestandard im Laufe der Zeit weiterentwickelt. Darauf stellt das Gesetz in § 3 Abs. 1 HeimG sowie § 113a Abs. 1 SGB XI ab, weshalb der Verweis auf das Übliche in der *Berliner Entscheidung*<sup>74</sup> eine Konservierung des – häufig unzulänglichen – status quo bewirkt.

Manche Entscheidungen wie auch die *Dresdner-Entscheidung* des BGH<sup>75</sup> haben betont, dass *Hüftprotektoren* damals – noch – nicht zum allgemein anerkannten Pflegestand gehört haben. Mitunter wird zusätzlich ins Treffen geführt, dass fraglich sei, ob diese die *Sturzverletzung verhindert* hätten<sup>76</sup> und die verletzte Person eine solche hatte<sup>77</sup> bzw. diese von der *gesetzlichen Sozialversicherung bezahlt* werde<sup>78</sup>. Auf letzteres kommt es freilich nicht an, zählt diese Schutzvorrichtung vielmehr zu dem von der Pflegeeinrichtung vorzuhaltenden Bestand<sup>79</sup>; und womöglich hat sich auch der medizinisch-pflegerische Stand inzwischen fortentwickelt.

#### IV. Umsetzung der Vorgaben des BGH in der Judikatur der OLG

Die Sachverhalte, die von den OLG nach Erlass der beiden BGH-Entscheidungen zu beurteilen waren, lassen sich in

<sup>70</sup> GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 396.

<sup>71</sup> JORZIG (FN 2), 382.

<sup>72</sup> Einen solchen Kenntnisstand leugnend, weshalb das Begehren abgewiesen wurde in der Entscheidung OLG Bamberg 1.2.2010, 6 U 54/09, PflR 2010, 470.

<sup>73</sup> L. JAEGER (FN 4), 348.

<sup>74</sup> BGH 28.4.2005, III ZR 399/04, BGHZ 163, 59 = NJW 2005, 1937 = PflR 2005, 267 = GesR 2005, 208.

<sup>75</sup> 14.7.2005, III ZR 391/04, NJW 2005, 2613 = PflR 2005, 464 = MedR 2005, 721.

<sup>76</sup> OLG Frankfurt 19.1.2006, 1 U 102/04, RDG 2006, 83.

<sup>77</sup> OLG Schleswig 18.6.2004, 1 U 8/04, PflR 2005, 271.

<sup>78</sup> SÜSS (FN 33), 310.

<sup>79</sup> GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 398 f.

<sup>66</sup> So etwa OLG Saarbrücken 29.1.2008, 4 U 318/07 PflR 2008, 217.

<sup>67</sup> GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 395 FN 38.

<sup>68</sup> Dazu GASSNER/SCHOTTKY (FN 4), 398 FN 67: Keine Korrelation zwischen der Höhe des Pflegesatzes und der Qualität der Pflege.

<sup>69</sup> JORZIG (FN 2), 383.

zwei Gruppen einteilen: Die erste Gruppe ist dadurch geprägt, dass *nach dem bisherigen Verhalten des Heimbewohners* ein bestimmtes Verhalten, das zu einer Sturzverletzung geführt hat, *nicht zu erwarten* war. Das ist gegeben, wenn eine Person bisher im Rollstuhl sass, beim Unfall aber versucht hat, selbst einige Schritte zu gehen und dabei gestürzt ist<sup>80</sup>. Die *Respektierung des verbliebenen Freiraums* war in der Tat eine *durchaus vertretbare Ermessensentscheidung des Pflegeheims*. Wenn – unvorhergesehen – dabei ein Unfall passiert, ist es folgerichtig, insoweit keine Zuweisung zum voll beherrschbaren Bereich und damit eine Beweislastumkehr bezüglich der objektiven Sorgfaltsverletzung sowie des Verschuldens vorzunehmen. Insoweit hat sich ein *allgemeines Lebensrisiko verwirklicht*.

Gegenteilig zu beurteilen sind Sachverhalte, bei denen die Sturzverletzung in der Phase passiert, in der eine *Pflegeperson den Heimbewohner begleitet* hat, namentlich bei Gängen zur Toilette<sup>81</sup>. Auch die *Vorbereitung und Nachbereitung zu Transportmassnahmen* wird im Zuge eines stationären Krankenhausaufenthalts dem voll beherrschbaren Bereich zugerechnet: Das ist der Fall, wenn etwa eine Patientin vom Krankenhaus in ein Reha-Klinik verlegt werden soll und in einem Rollstuhl, bloss fixiert mit einem Bauchtuch, am Gang ohne weitere Begleitung stehen gelassen wird<sup>82</sup>. Wenn es dabei zu einem Sturz kommt, erfolgt eine *Zurechnung zum voll beherrschbaren Bereich*. Entsprechendes gilt, wenn eine blinde Person auf die Toilette begleitet wird, dort aber allein gelassen und ihr gesagt wird, dass sie von dort

wieder abgeholt werde<sup>83</sup>; oder eine blinde Person, die am Operationstisch liegen gelassen wurde<sup>84</sup>.

Diese *strengen Grundsätze* werden auf Pflegeheime – zu Unrecht – nicht übertragen: In einer Entscheidung des *OLG Schleswig*<sup>85</sup> wurde eine 97-jährige Patientin nach dem Frühstück in ihrem Rollstuhl eine Viertelstunde allein gelassen, ohne sie *anzugurten* und die *Kippstellung zu betätigen*. Bei einem Sturz in dieser Phase erlitt sie eine Oberschenkelfraktur. Das Pflegeheim entlastete sich damit, dass die Heimbewohnerin wegen ihrer *Demenz* in Bezug auf eine solche Freiheitsbeeinträchtigung zu einer *Einwilligung nicht in der Lage war* und weder der Betreuer noch das Betreuungsgerecht dem zugestimmt hätten. Das OLG wies das Begehren ab. Auch sei das Pflegeheim nicht verpflichtet gewesen, der Heimbewohnerin eine *Hüftschutzhose* anzuziehen, weil diese über keine solche verfügte.

Angesichts der Sturzanfälligkeit von Personen mit 97 Jahren wäre meines Erachtens eine Sicherung des Rollstuhls durchaus angezeigt gewesen. Verwiesen sei insoweit auf den Sachverhalt, in dem der Patient bloss mit einem Bauchtuch gesichert im Rollstuhl am Gang stehen gelassen wurde<sup>86</sup>. Insoweit ist meines Erachtens durchaus eine objektive Pflichtverletzung anzunehmen, wenn sich das Pflegepersonal entfernt, ohne für eine entsprechende Sicherung zu sorgen. Geht man davon aus, dass Hüftschutzhosen zur Ausstattung des Pflegeheims zählen, kann es nicht darauf ankommen, ob die Heimbewohnerin über solche verfügt.

Wenn Personen sich auf den Flur oder ins Freie begeben, wird bei einem Sturz jeweils darauf verwiesen, dass sich das *allgemeine Lebensrisiko realisiert* habe. Und das bei einer 89-jährigen dementen Frau der Pflegestufe 2, die zuvor aus dem Bett gefallen war und mehrmals hilflos im Waschraum liegend vorgefunden wurde<sup>87</sup>. Das *OLG Frankfurt* wies das Begehren trotz eines mit 100% zu qualifizierenden Sturzfallrisikos ab, weil eine Begleitung einer solchen Person nur bei *längeren Wegstrecken angezeigt* gewesen sei. Zudem wäre eine Sensorschranke nur sinnvoll bei entsprechender Personalausstattung, um darauf zu reagieren; an einer solchen habe es aber gerade gefehlt. Der Zustand der Heimbewohnerin und die vorangehenden Unfälle hätten aber meines Erachtens Anlass für eine besondere Fürsorglichkeit sein müssen. Und das Erfordernis einer Sensorschranke hat sich am Sicherheitserfordernis der betreuten Person und nicht an der gerade bestehenden – zu geringen – Personalausstattung des jeweiligen Pflegeheims zu orientieren.

Einen ähnlichen Sachverhalt hatte das *OLG Saarbrücken*<sup>88</sup> zu beurteilen: Ein der Pflegestufe 2 angehöriger halb-

<sup>80</sup> OLG Koblenz 21.3.2002, 5 U 1648/01, NJW-RR 2002, 867: Heimbewohnerin hatte die Angewohnheit, nach dem Essen im Speisesaal aufzustehen und stehen zu bleiben; am Unfalltag zeigte sie ein unvorhergesehenes Bemühen, nach dem Aufstehen selbständig zu gehen. Ähnlich OLG Düsseldorf 20.3.2008, I-24 U 166/07, MDR 2008, 1272: Versicherte sass am Tisch und wartete mit anderen Heimbewohnern auf das Abendessen, als der Unfall passierte; OLG München 12.11.2008, 20 U 3322/08, PflR 2009, 142: Die Patientin wurde täglich in den Aufenthaltsraum gefahren, wo sie unauffällig sitzen blieb; sie hat sich bei allen Transfers an der Pflegeperson festgehalten; es war nicht damit zu rechnen, dass sie plötzlich allein aufstehen werde.

<sup>81</sup> OLG Dresden 21.7.1999, 6 U 882/99, NJW-RR 2000, 761: Sturz im Toilettenraum bei Begleitung durch eine Pflegekraft; OLG Zweibrücken 1.6.2006, 4 U 68/05, PflR 2006, 490: Heimbewohnerin sollte sich festhalten, bis Pflegekraft Toilettenstuhl holt; KG 11.1.2007, 12 U 63/06, PflR 2007, 586: Führen auf Toilette durch Pflegekraft; KG 10.9.2007, 12 U 145/06, NJOZ 2008, 2794: Unfall bei einem Toilettengang, der von Pflegepersonal begleitet worden ist; OLG Düsseldorf 11.11.2008, I-24 U 165/07, PflR 2009, 568: Sturz bei begleitetem Gang zur Toilette; aA nur OLG Bamberg 1.2.2010, 6 U 54/09, PflR 2010, 470: Sturz bei begleitetem Gang zur Toilette, weil bloss abstraktes Gefährdungspotential und Pflegeheim von Gleichgewichtsstörungen, wie sie im Gutachten des Medizinischen Dienstes dokumentiert waren, keine Kenntnis hatte.

<sup>82</sup> KG 20.1.2005, 20 U 401/01, MedR 2006, 182.

<sup>83</sup> OLG Düsseldorf 12.8.1981, 8 U 40/80, VersR 1982, 775.

<sup>84</sup> OLG Köln 21.6.1989, 27 U 156/88, VersR 1990, 1240 (SCHMUDE).

<sup>85</sup> OLG Schleswig 18.6.2004, 1 U 8/04, PflR 2005, 271.

<sup>86</sup> KG 20.1.2005, 20 U 401/01, MedR 2006, 182.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt 19.1.2006, 1 U 102/04, RdG 2006, 83.

<sup>88</sup> OLG Saarbrücken 29.1.2008, 4 U 318/07 PflR 2008, 217.

seitig gelähmter Patient, von dem bekannt war, dass er nach Einschätzung der Ärztin *nach halbstündigem Sitzen in sich zusammen fallen* werde und der laut Pflegedokumentation während des Aufenthalts im Pflegeheim schon *fünfmal aus dem Rollstuhl gefallen* war, war unbemerkt ins Freie gelangt. Er war starker Raucher und wurde als *starrköpfiger sowie schwieriger Patient* beschrieben, der bestrebt war, sich dem Einfluss des Personals zu entziehen. Bei einem solchen «Ausritt» ist er dann bei einer abschüssigen Rampe gegen den Zaun geschleudert worden und zog sich dabei einen Oberschenkelhalsbruch zu.

Das OLG wies das Begehren mit folgender Begründung ab: Hier sei es vertretbar gewesen, dem Heimbewohner seinen *Freiheitsdrang ausleben zu lassen*. Das zu unterbinden, wäre kontraindiziert gewesen. Zudem wäre das kontrollierte Verbot, das Haus unbegleitet zu verlassen, als auf Dauer angelegte freiheitsbeschränkende Massnahme aus Rechtsgründen nicht in Betracht gekommen. Wegen der *Persönlichkeitsartung* wäre eine *solche Massnahme auch wenig erfolgversprechend* gewesen. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass hier nach der Devise verfahren wurde, dass man starrköpfige Menschen in ihr Verderben schlitern lassen müsse. Bei schwer erziehbaren Kindern würde man anders handeln. Die Überwachung des Verbots mit einer Sensorschranke würde gewiss keine unverhältnismässigen Kosten hervorrufen.

Als ein *blinder Patient aus dem Bett gefallen* ist, hatte das OLG Bremen<sup>89</sup> zu beurteilen, ob das Bettgitter hochgezogen hätte werden müssen. Dies wurde verneint, weil eine *Klingel* zur Verfügung stand und der Patient diese vorher schon einmal betätigt hatte. Da der Patient *geistig nicht limitiert*, sondern eben nur blind gewesen sei, wäre eine freiheitsbeeinträchtigende Massnahme *nur bei Einwilligung des Patienten oder Anrufung des Betreuungsgerichts* möglich gewesen. Da der Kläger nicht vorgetragen hatte, dass er eingewilligt hätte, wurde das Begehren abgewiesen. SCHMIDT-RECLA<sup>90</sup> verweist zutreffend darauf, dass für solche kurzfristigen Massnahmen es einer *Einschaltung des Betreuungsgerichts nicht bedarf*, sei doch auch ein nach der Narkose desorientierter Patient zu fixieren, ohne dass es dazu der Einschaltung des Betreuungsgerichts bedürfe. Zudem hat das OLG nicht geprüft, ob die Einwilligung des Patienten nicht ohnehin zu bekommen gewesen wäre, wenn man ihn gefragt hätte. Die Gefahr, aus dem Bett zu stürzen, kann jedenfalls die Einrichtung sehr viel besser beurteilen als der blinde Patient, der seine Kräfte und Fähigkeiten häufig überschätzt.

## F. Herausgabe der Dokumentationsunterlagen

Die *Pflegedokumentation* ist häufig das einzige, stets aber ein *besonders bedeutsames Beweismittel für die gesetzliche Krankenversicherung*, die im Weg der Legalzession des § 116 SGB X auf sie übergegangene Schadenersatzansprüche erhebt. Anders als bei Verkehrsunfällen gibt es selten Zeugen oder eine polizeiliche Beweisaufnahme. Gegenüber Ärzten und Krankenhäusern hat der Gesetzgeber zum 1.1.2004 mit § 294a SGB V bei Verdacht einer drittverschuldeten Körperverletzung den *Ärzten und Krankenhäusern eine Pflicht zur Mitteilung dieses Vorfalls an gesetzliche Krankenversicherung* geschaffen. Eine solche Mitteilungspflicht hat er dem Pflegeheim nicht auferlegt, obwohl ihm die vergleichbare Interessenlage bewusst war. Das steht einer analogen Anwendung des § 294a SGB V somit im Wege. Gleichwohl sind die gesetzlichen Krankenkassen bestrebt, bei Verdacht einer vom Pflegeheim verschuldeten Verletzung des Heimbewohners an die Pflegedokumentation heranzukommen. Durch zwei am gleichen Tag ergangene Entscheidungen<sup>91</sup> hat der BGH der gesetzlichen Krankenversicherung eine solche Möglichkeit eingeräumt:

Der BGH hat dem gegen das Pflegeheim gerichteten Begehren der gesetzlichen Krankenversicherung auf Herausgabe der Kopien der Pflegedokumentation Zug um Zug gegen Erstattung der Kosten stattgegeben. Im Ausgangspunkt räumt der BGH dem Verletzten das *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung* ein. Der Sozialversicherungsträger benötigt deshalb dessen Zustimmung. Wenn diese aber erteilt wird, stellt sich der Übergang als *Nebenrecht zu der im Weg der Legalzession übergegangenen Schadenersatzforderung* dar. Um eine Begrenzung auf die Durchsetzung der übergegangenen Schadenersatzforderung zu bewirken, wird der Anspruch auf Aushändigung der Kopien der Pflegedokumentation begrenzt auf den Zeitraum, der erforderlich ist, um die Berechtigung gerade dieses Schadenersatzanspruchs beurteilen zu können.

Diese Entscheidungen sind meines Erachtens sachgerecht und zu begrüssen. Es gibt nämlich *keinen sachlichen Grund*, sich einer *Anspruchsverfolgung durch Verweigerung der Herausgabe der für seine Erhebung massgeblichen Informationen* zu entziehen. Die prozessualen Hilfestellungen zugunsten des Anspruchstellers wie etwa die sekundäre Darlegungslast<sup>92</sup> können nämlich erst greifen, wenn der Anspruchsteller in der Lage ist, ein entsprechend substantiiertes Begehren zu erheben.

Der Sozialversicherungsträger wird künftig danach trachten müssen, diese Einwilligung möglichst früh zu erhalten. Womöglich kann sie auch an die Erbringung von Leistun-

<sup>89</sup> OLG Bremen 22.10.2009, 5 U 25/09, MedR 2010, 566 (SCHMIDT-RECLA).

<sup>90</sup> MedR 2010, 568, 570.

<sup>91</sup> BGH 23.3.2010, VI ZR 327/08 sowie VI ZR 249/08, VersR 2010, 969 und 971.

<sup>92</sup> GRIKSCHAT (FN 13), 987; DÖRR (FN 1), 356.

gen aus der Pflegeversicherung geknüpft werden. Während im Privatversicherungsrecht § 86 Abs. 2 VVG eine entsprechende Sanktion bei unterlassener Mitwirkung im Weg der Kürzung des Leistungsanspruchs des Versicherungsnehmers kennt, fehlt eine vergleichbare Sanktion im Sozialversicherungsrecht. Ist der Verletzte demenz, stellt sich die Frage, wie weit die Betreuungsvollmacht reicht. Bei seinem *Tod* ist auf seinen *mutmasslichen Willen* abzustellen<sup>93</sup>. Auch der Erbe kann sich lediglich auf diesen berufen, nicht aber auf seine Rolle im Rahmen der Universalsukzession, weil es sich insoweit um ein höchst persönliches Recht des Verstorbenen handelt<sup>94</sup>.

## G. Ausblick

Die *gesetzliche Ausgestaltung* in Deutschland und der Schweiz ist – womöglich – unterschiedlich, kaum aber die *faktischen Probleme*. Der Umstand, dass in der Schweiz solche Prozesse bisher nicht geführt oder Gerichtsentscheidungen darüber nicht bekannt geworden sind, mag daran liegen, dass in der Schweiz nicht nur *Uhren mit höchstmöglicher Präzision* hergestellt, sondern auch *pflegebedürftige Personen mit der gleichen Akkuratessse* behandelt werden. Womöglich liegt das aber daran, dass bei den Sozialversicherungsträgern bisher das Bewusstsein gefehlt hat, dass hier ein beträchtliches Regressvolumen schlummert. Eines haben die deutschen und die schweizerischen Sozialversicherungsträger gewiss gemeinsam, nämlich infolge des demografischen Wandels zunehmend knappere Ressourcen.

*Deutschland* ist ein *grosses Land*, sodass es nicht verwundern kann, dass es dem entsprechend ein *vielfältigeres Anschauungsmaterial* gibt. Begünstigt wird das dadurch, dass man in Deutschland häufig vor Gericht zieht, um Streitigkeiten auszutragen. Während bei den *Stürzen die Rechtsprechung bei Bejahung der Haftung des Pflegeheims überaus zurückhaltend* ist und eine Ausweitung der Haftung meines Erachtens sachlich geboten erscheint, ist sie bei den *Liegeschäden durchaus geschädigtenfreundlich*. Eine allzu weit reichende Haftung bringt freilich stets die Gefahr einer *defensiven Medizin* oder hier die Zurückhaltung von Investoren mit der Errichtung und dem Betrieb von Pflegeheimen mit sich. In Kalifornien soll es zur Schliessung gynäkologischer Stationen wegen des zu grossen Haftungsrisikos gekommen

sein. Das wäre für Deutschland nicht so gravierend, werden doch wegen der rückläufigen Geburten künftig auch weniger Geburtsstationen benötigt. Was jedoch boomt und noch mehr boomen wird, das sind Alten- und Pflegeheime. Damit werden sich vermehrt *Haftungsprobleme bei Pflegefehlern* stellen. Derzeit ist zu beobachten, dass man billige Pflegekräften aus Osteuropa hereinholt anstelle die zu pflegenden Personen wegen des dort mildernden Haftungsrechts ins osteuropäische Ausland zu verlagern. Völlig auszuschliessen ist eine solche Entwicklung freilich nicht.

En raison de l'allongement de l'espérance de vie, de plus en plus de personnes passent leurs vieux jours dans des homes médicalisés. Suite à des erreurs en matière de soins, elles subissent des blessures, en particulier des escarres (de décubitus) et des fractures au niveau des jambes. En Allemagne, de nombreuses actions récursoires sont intentées, lesquelles portent sur la question de savoir si et à quelles conditions l'assurance-maladie obligatoire peut faire supporter les frais de traitement au home ou à l'assurance responsabilité civile de celui-ci. Les tribunaux doivent également se prononcer sur un éventuel droit à une indemnité pour tort moral en faveur de la personne blessée, qui n'est cependant souvent réclamée qu'après la résiliation du contrat d'hébergement en home ou après le décès du pensionnaire. Le dossier de soins revêt alors une importance majeure. Dans deux décisions récentes, la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) a admis l'obligation, à la charge du home, de remettre les copies contre remboursement immédiat des frais, à condition que la personne blessée y consente. Il y a lieu de supposer que de tels problèmes se poseront également bientôt en Suisse.

(trad. LT LAW TANK, Berne)

<sup>93</sup> Einen solchen mutmasslichen Willen des Verletzten zum Anspruch auf Herausgabe der Dokumentationsunterlagen gegenüber dem Arzt im Verhältnis zum Erben bejahend OLG München 9.10.2008, 1 U 2500/08, VersR 2009, 982.

<sup>94</sup> So zutreffend LOTHAR JAEGER, Anmerkung zu BGH 23.3.2010, VI ZR 327/08 sowie VI ZR 249/08, MedR 2011 (Heft 4), a.A. MARIA PREGARTBAUER/MATHIAS PREGARTBAUER, Anmerkung zu BGH 23.3.2010, VI ZR 327/08 und VI ZR 249/08, VersR 2010, 93, 974.