Ulrich Wolf Gero Frhr. v. Ulmenstein, Leipzig*

Infektion des Patienten mit multiresistenten Keimen und die Haftung des Krankenhausbetreibers

Dass im Bereich der Arzt- und Krankenhaushaftung dem Recht der Beweislastverteilung eine besondere Bedeutung zukommt, ist seit der Einführung des Patientenrechtegesetzes 2013 offenkundig. Jedoch erfordern bestimmte Fallgruppen nach wie vor eine vertiefte Betrachtung der nun besonders in § 630h BGB kodifizierten Beweislastsonderregeln. Eine dieser Fallgruppen ist die Infektion von Patienten im Zusammenhang mit einer Krankenhausbehandlung, die ihre besondere Schwere gerade dann aufzeigt, wenn die Infektionserreger Resistenzen gegen die hergebrachten Antibiotika aufweisen. Der Frage, welche rechtlichen Regeln insbesondere mit Blick auf die Figur des „voll beherrschbaren Risikos", auf § 23 IfSG und darüber hinaus zu beachten sind und welche Besonderheiten sich dabei durch die Resistenz mancher Erreger ergeben, geht der folgende Beitrag nach.

I. Einleitung

Eine Infektion durch Krankheitserreger generell und umso mehr eine Infektion mit multiresistenten Erregern (MRE) im Krankenhaus (sog. nosokomiale Infektion, vgl. § 2 Nr. 8 IfSG) hat komplexe Folgen: In tatsächlicher Hinsicht wirkt sie auf Betroffene (Infizierte wie Behandelnde) oft schicksalhaft,[1] gesundheitsökonomisch

* Dipl.-Jur. *Ulrich Wolf Gero Frhr. v. Ulmenstein* studierte Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Schwerpunktbereich „Gesundheits- und Medizinrecht" und wurde mit 15 Punkten bewertet. Die Arbeit wurde vor der Veröffentlichung des BGH, Beschl. v. 16.08.2016 (VI ZR 634/15) verfasst; für eine aktuelle Bewertung der aufgeworfenen Fragen sollten insbesondere die Erwägungen des BGH zur sekundären Darlegungslast berücksichtigt werden.

1 Siehe nur den Bericht von *Brandt et al.*, Margot G. rettet ihr Leben, Zeit v. 24.11.2014, http://www.zeit.de/feature/mrsa-krankenhaus keime (Abruf v. 02.07.2017); *Zinka/Peschel/Schulte-Sasse*, Nosokomiale Infektionen – Probleme der Geltendmachung zivil- oder strafrechtlicher Ansprüche, Rechtsmedizin 2016, 61. Siehe auch

bewirkte sie eine erhöhte Belastung des Gesundheitssystems[2] und rechtlich spricht sie vielfältige Rechtsbeziehungen und absolute Rechtsgüter an[3]. Es wird teilweise von jährlich 20-30 % vermeidbaren nosokomialen Infektionen ausgegangen – bei einem geschätzten Umfang von 400.000 bis 600.000 Infektionen pro Jahr.[4] In diese Vielfältigkeit und Vielschichtigkeit hinein soll diese Arbeit lediglich die Frage der zivilrechtlichen Haftung des Krankenhausbetreibers gegenüber dem infizierten Patienten beleuchten. Dabei sollen zunächst die medizinischen Umstände betrachtet werden (II.) und in der anschließenden rechtlichen Betrachtung (III.) nach verschiedenen Vorwürfen im Zusammenhang mit nosokomialen MRE-Infektionen differenziert werden: Die Wahrung des hygienischen Standards (III.2.b)aa)), der hinreichenden Befunderhebung (III.2.b)bb)) und die Frage des Aufklärungsumfangs bzgl. der Infektionsrisiken (III.2.b)cc)) seitens des Krankenhausträgers. Im Kern wird es um die Frage gehen, worin die Probleme der Rechtsfigur des voll beherrschbaren Risikos im Bereich der Krankenhaushygiene liegen (III.2.b)aa)(1)(a)-(d)) sowie darum, die binnenrechtlichen Vorgaben des IfSG (insbes. § 23 IfSG) und der Empfehlungen der „Kommissionen für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention“ (KRINKO) in das Arzthaftungsprogramm einzuordnen. Dabei wird sich zeigen, dass für den Patienten die wahren Hürden in seiner Substantiierungslast bzgl. einer Infektion aus einem hygienisch voll beherrschbaren Bereich liegen und welche Auswirkungen dieses auf den gesamten Bereich der Infektionshaftung des Krankenhausträgers hat, was schlussendlich zu einer Zusammenfassung und abschließenden Stellungnahme veranlasst (IV.).

II. Multiresistente Erreger (MRE)

Als MRE werden solche Erreger-/Keimstämme (insbes. Bakterien) bezeichnet, die durch Selektion genetische und mikrobiologische Abwehrmechanismen gegen mehrere verschiedene oder sogar alle bislang bekannten Antibiotika entwickelt haben.[5] Als Hauptursache für die Ausbildung von (Multi-)Resistenzen bei Keimen wird eine übersteuerte und ungezielte Verabreichung von Antibiotika an Patienten, aber auch bereits eine solche Verwendung in der Lebensmittelindustrie[6] genannt.[7] Zudem ergeben sich für die Pharmaindustrie immer weniger Anreize zur Entwicklung neuer Antibiotika-Präparate,[8] was den „Wettlauf zwischen Erreger und Resistenz“[9] mehr und mehr zum Erliegen bringt. Typische MRE-Vertreter sind der gegen Methicillin resistente *Stapylococcus aureus* (MRSA)[10] sowie solche Keime, die das Enzym β-Lactamase enthalten (*extended spectrum* β-Lactamase = ESBL) und so in der Lage sind, Antibiotikagruppen die auf β-Laktam beruhen – wie etwa Penicilline – aufzulösen und damit wirkungslos zu machen.[11] Teilweise wird folgend sich nur auf MRSA bezogen, da er mit speziellen klinischen Empfehlungen ausgestattet ist (s.u. 2.).

Um die haftungsrelevanten Fragen (3.) herauszuarbeiten soll im Folgenden als Tatsachengrundlage auf die Infektionswege (1.) und das klinische Reaktionsverfahren (2.) eingegangen werden.

1. Infektionsquellen und -gefahren

MRE weisen zwar Resistenzen gegen viele oder sogar alle bekannten Antibiotika auf, sind insofern aber nicht stärker in ihrer pathologischen Wirkung, sondern „nur“ in ihrer Therapieresistenz.[12] Die Infektionsgefahr bedingt sich daher durch die gleichen Umstände, die allen nosokomialen Infektionen zugrundliegen, insbesondere also Mängel in der klinischen Basishygiene, da ein verantwortungsvoller Einsatz von Desinfektionsmitteln im Krankenhaus gegen resistente wie nichtresistente Erreger

den Gesetzesentwurf des IfSG vom 20.07.2000 (BGBl. I S. 1045) und den Fall des OLG Naumburg, MedR 2013, 302 ff.

2 Der Gesetzesentwurf des IfSG vom 20.07.2000 (BGBl. I S. 1045) sprach bereits von Einsparungen i.H.v. 1,5 Mrd. Euro – zzgl. der sozialen Folgekosten, BT-Drucks. 14/2530, S. 73. Der Entwurf zur Änderung u.a. des IfSG ging von 40 Mio. Euro auf 10.000 vermiedenen Fällen aus, BT-Drucks. 17/5178, S. 3 f. Die Kosten bzgl. MRE sind darin nicht zu vernachlässigen, siehe die Gegenüberstellung von *Hibbeler*, Hygiene im Krankenhaus – Der Faktor Mensch, Deutsch. Ärztebl. 2011, A217 (A218). Insges. dazu *Exner*, in: Eikmann et al., Hygiene in Krankenhaus und Praxis, Bd. 1, 33. EGL 2015, Anm. 4.1.1, 4.1.3.; *Herr et al.*, Additional Costs for Preventing the Spread of Methicillin-Resistant Staphylococcus aureus and a Strategy for Reducing These Costs on a Surgical Ward, Infection Control and Hospital Epidemiology 2003, 673 (677 f.).

3 Zur Übersicht potenziell relevanter rechtlicher Grundlagen *Mielke*, Hygiene und Recht, in: Kramer et al., Krankenhaus- und Praxishygiene, 2. Aufl. 2014, S. 624 f.

4 BT-Drucks. 17/5278, S. 1.

5 Vgl. *Groß*, Medizinische Mikrobiologie und Infektiologie, 3. Aufl. 2013, S. 105 ff; *Kehrenberg/Schwarz*, in: Eikmann et al., HKP I (Fn. 2), Anm. 4.4.2.3.

6 Siehe dazu den eindrücklichen Bericht von *Bowinkelmann/Thurn*, Killer-Keime, 2013 für den NDR und ARTE, https://www.youtube.com/watch?v=0oxNqbasevo (Abruf v. 24.06.2017).

7 *Hibbeler* (Fn. 2), Deutsch. Ärztebl. 2011, A217 (A218); umfangreich *Meyer*, Prävention der Resistenzentwicklung in Krankenhaus, Arztpraxen und Veterinärmedizin, in: Schulz-Stübner et al., Multiresistente Erreger, 2016, S. 76 ff.; *Schimmelpfennig*, Multiresistente Erreger (MRE), in: Höfer/ders., Hygiene – Pflege – Recht, 2014, S. 127. Rechtswissenschaftlich auch *Lorz*, Kampf gegen Krankenhauskeime – Das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze, NJW 2011, 3397 (3400).

8 Vgl. *Bartels/Razavi/Horst*, Krankenhaushygiene im Spiegel der Novellierung des Infektionsschutzgesetzes, RDG 2012, 12 (13); *Schulz-Stübner*, Geschichtliche Entwicklung und Public-Health-Aspekte, in: ders. et al., Multiresistente Erreger, 2016, S. 4.

9 *Schulz-Stübner*, in: ders. et al., MRE (Fn. 8), S. 2.

10 Vgl. näher *Dawson et al.*, MRSA-Infektionen, in: Schulz-Stübner et al., MRE (Fn. 8), S. 22 f. m.w.N; *Schimmelpfennig*, in: Höfer/ders., HPR (Fn. 7), S. 128.

11 *Schimmelpfennig*, in: Höfer/ders., HPR (Fn. 7), S. 131.

12 *Schimmelpfennig*, in: Höfer/ders., HPR (Fn. 7), S. 126 f.

Wirkung zeigt.[13] Ebenso unterscheiden sich MRE nicht in ihren Infektionswegen.[14] Da die Infektionswege dennoch komplex sind[15] bietet sich für die rechtliche Beurteilung eine Differenzierung danach an, woher der Erreger stammt:

a) Patient

Ein auffälliger Befall (also noch keine pathologische Infektion)[16] mit MRE ist bereits durch ganz alltägliche Handlungen möglich, etwa wenn man mit einem unerkannt Infizierten regelmäßigen körperlichen Kontakt hat (etwa im familiären Umfeld), aber auch nur aus dem Kontakt zu Haus- und Nutztieren.[17] Insofern ist es möglich, dass der Patient selbst Träger eines MRE ist und sich im Rahmen der Schwächung seiner körperlichen Abwehrmechanismen während eines Klinikaufenthaltes durch diesen Befall selbst infiziert.[18] Tatsächlich ist nachgewiesen, dass ein (unerkannter) Befall ein zehnfach höheres Wundinfektionsrisiko beinhaltet.[19]

b) Krankenhauspersonal und -umfeld

Bereits durch den Kontakt mit anderen Patienten oder einen unerkannten eigenen Befall kommt als weitere Infektionsquelle das Krankenhauspersonal in Betracht (z.B. das Operationsteam, der behandelnde Arzt oder die an der täglichen Pflege beteiligten Personen), wobei in diesen Bereich auch das vom Personal verwendete Arbeitsmaterial und die sonstige unbelebte Umwelt einzubeziehen ist.[20] Wegen der Ausbildung von MRE in der Lebensmittelindustrie (s.o.) kommt etwa durch kontaminierte Lebensmittel auch der Bereich der Krankenhausküche als Infektionsquelle in Betracht.[21] Da letzterer bislang jedenfalls für MRSA nicht belegt ist,[22] wird er im Folgenden ausgeklammert.

c) Andere Patienten, Besuch und Ehrenamtsträger

In einem Krankenhausalltag, in dem die stationär in Mehrbettzimmern untergebrachten Patienten selten hermetisch voneinander abgeriegelt sind und in dem ein Besuch von außen grds. möglich sein soll, ergeben sich weitere besondere Konstellationen in denen eine Infektion etwa von anderen Patienten[23], von Besuch[24] oder etwa ehrenamtlichen Diensten im Krankenhausalltag (z.B. Krankenhausseelsorge oder Klinikclowns)[25] ausgehen kann. Die theoretische Möglichkeit einer Infektion durch private oder ehrenamtliche Besucher von Krankenhauspatienten wird wissenschaftlich nicht bestätigt,[26] so dass auch dieser Bereich in der rechtlichen Beurteilung keinen Niederschlag finden soll.

2. Reaktionen und Prävention in der ärztlichen Praxis

Zur Prävention der Ausbreitung von MRE – insbesondere von MRSA – haben sich in Deutschland die *Empfehlungen KRINKO* und *Antiinfektiva, Resistenz und Therapie* (*ART*) durch die gesetzliche Bestimmung des § 23 Abs. 3 IfSG als maßgebliche Entscheidungsgrundlagen entwickelt.[27] Sie haben entsprechend auch Bedeutung für die Reaktion auf eine nosokomiale MRE-Infektion, da Reaktionsmaßnahmen immer auch präventiv wirken. Die Empfehlungen der KRINKO sehen unterschiedliche Maßnahmen im Umfeld von MRE-Infektionen vor:

So wird in Deutschland zur Prävention etwa von MRSA-Infektionen ein sog. *risikobasiertes Screening* vollzogen, also eine aktive Suche nach einem MRSA-Befall bei Patienten, die einer bestimmten Risikogruppe angehören.[28] Dabei werden im Rahmen vorstationärer Untersuchungen Abstriche der Nasenvorhöfe sowie von vorhandenen Wunden, ggf. auch des Rachens und der Leistengegend untersucht.[29] Ein sog. *universelles Screening*, also eine aktive Suche nach Erregern unabhängig von

13 Vgl. *Schimmelpfennig*, in: Höfer/ders., HPR (Fn. 7), S. 126 f., 138; Instruktionen bei *Schulz-Stübner*, in: ders. et al., MRE (Fn. 8), S. 7 ff.

14 Vgl. *Knaust*, in: Eikmann et al., HKP I (Fn. 2), Anm. 4.11.1.

15 Vgl. *Kern/Reuter*, Haftung für Hygienemängel – unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und des Patientenrechtegesetzes, MedR 2014, 785 (791).

16 Vgl. zur Differenzierung *Liebold*, MRSA im Krankenhaus – aus haftungsrechtlicher Sicht, ZMGR 2014, 317 (318).

17 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (707 f.) m.w.N.

18 Vgl. *Dawson et al.*, in: Schulz-Stübner et al., MRE (Fn. 10), S. 27; *Knaust/Hansis/Herr*, in: Eikmann et al., HKP I (Fn. 2), Anm. 4.11.2.3.

19 *Davis et al.*, Methicillin-Resistant Staphylococcus aureus (MRSA) Nares Colonization at Hospital Admission and Its Effect on Subsequent MRSA Infection, CID 2004:39, 776 (778).

20 Anschaulich *Großkopf/Krüger*, Der vollbeherrschbare Risikobereich – Hygienemängel als Haftungsfehler, RDG 2010, 276 (277); *Knaust/Hansis/Herr*, in: Eikmann et al., HKP I (Fn. 2), Anm. 4.11.2.4; siehe für MRSA umfänglich KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (707).

21 *Großkopf/Krüger* (Fn. 20), RDG 2010, 276 (277).

22 Vgl. KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (708) m.w.N.

23 Vgl. KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (714).

24 Schon deshalb muss er in das Hygienemanagement einbezogen werden, vgl. KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (720). Siehe auch *Bergmann/Wever*, Risiko- und Qualitätsmanagement im Gesundheitswesen – Entwicklungen und Tendenzen 2013/2014, MedR 2014, 482 (484) mit Verweis auf den Fall Nr. 88570 im CRIS-Fehlermeldesystem, https://www.cirsmedical.ch/DeutschlandPlus/m_files/cirs.php?seitennr=AEZQ (Abruf v. 17.08.2016).

25 Vgl. zum hygienebezogenen Selbstverständnis solcher Strukturen *Schnack*, Die Stimmung bleibt im Raum, SchleswHolst ÄrzteBl, Februar 2014, 6 (9).

26 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (705).

27 Vgl. *Mielke*, in: Kramer et al., KPH (Fn. 3), S. 624 f.; *Bergmann/Wever*, Haftungsfragen bei MRSA-Infektionen, das Krankenhaus 2014, 153 (155).

28 KRINKO-Empfehlung 2014, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (712, 720).

29 KRINKO-Empfehlung 2014, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (720). Vgl. auch *Dawson et al.*, in: Schulz-Stübner et al., MRE (Fn. 10), S. 29 f.

der Zugehörigkeit des Patienten zu bestimmten Risikogruppen[30], wird von der KRINKO nicht abgelehnt,[31] allerdings sprechen Studien dieser Methode einen erhöhten Kostenaufwand bei ausbleibender Effektivitätssteigerung zu[32]. Weiter soll ein Patient mit so diagnostizierter MRSA-Infektion von anderen Patienten isoliert und unter besonderen hygienischen Bedingungen (etwa mit eigenem Sanitärbereich) untergebracht werden; vor dem Betreten des so errichteten Schutzraumes ist gesonderte Schutzkleidung anzulegen, vor dem Verlassen desselben ist sie wieder abzulegen sowie eine Handdesinfektion durchzuführen – dies gilt sowohl für das Personal als auch für entsprechend einzuweisende Besucher.[33]

Unabhängig von einer konkreten nosokomialen MRSA-Infektion wird in Krankenhäusern zur Vermeidung und Eindämmung des Risikos eine Standardhygiene gefordert, insbesondere bzgl. der Händehygiene, da diese sich als ein entscheidender Faktor zur Infektionsprävention darstellt,[34] aber auch in Bezug auf andere Aspekte – etwa der Wäsche, der Desinfektion verwendeter Medizinprodukte und der potenziellen Hautkontaktflächen des Patienten.[35] Zusätzlich werden besondere Instruktionen des Klinikpersonals, des Patienten, seiner Angehörigen oder auch nachgeschalteter behandelnder Einrichtungen verlangt.[36]

Mit unkontrollierter Antibiotikagabe in Kliniken und der Massentierhaltung als Hauptursache für die Entwicklung von Resistenzen (s.o.) ist eine dem entgegenwirkende Strategie als Lösung angezeigt, so dass die KRINKO auf die Empfehlungen der ART für einen geregelten Antibiotikaeinsatz verweist.[37] Dieser zielt allerdings unmittelbar auf die Vermeidung bakterieller Resistenzbildung und soll nur mittelbar auch den Patienten im Krankenhaus vor solchen MRE schützen; die Infektion etwa eines Angehörigen eines übermäßig mit Antibiotika Therapierten erweist sich wohl regelmäßig als zufälliger Zusammenhang, der nicht haftungsbegründend ist.[38] Entsprechend soll dieser Aspekt im haftungsrechtlichen Teil dieser Arbeit nicht näher behandelt werden.

Abschließend stellen zwei oder mehr MRE-Infektionen für die KRINKO exemplarisch ein sog. „Auslöseereignis“ dar, welches die Einleitung eines *Ausbruchsmanagements* anhand der KRINKO-Empfehlung „Ausbruchmanagement und strukturiertes Vorgehen bei gehäuftem Auftreten nosokomialer Infektionen“ fordert.[39]

3. Haftungsrelevante Umstände

Von den aufgezeigten Tatsachen nosokomialer MRE-Infektionen sind folgende Umstände für die haftungsrechtliche Untersuchung relevant:

- Einhaltung von Hygienestandards im Krankenhaus
- Patienten-Screening und dafür vorgesehene Risikogruppen
- Generell gesenkter Hygienestandard und gehäufte MRE-Infektionen im jeweiligen Krankenhaus

III. Rechtliche Beurteilung

Um diese herausgearbeiteten Umstände einer haftungsrechtlichen Würdigung zu unterziehen, sind zunächst die relevanten Grundlagen der Arzthaftung darzustellen (1.) und anschließend im Detail die Besonderheiten bei nosokomialen MRE-Infektionen (2.) zu diskutieren.

1. Grundlagen der Arzt- und Krankenhaushaftung

Auch für die rechtliche Beurteilung der Haftung des Krankenhausbetreibers (im Folgenden: Krankenhausträger) für eine MRE-Infektion gilt im Ansatz die Unterscheidung zwischen vertraglicher (§ 280 Abs. 1 BGB) und deliktischer Haftung (§§ 823 ff. BGB).[40] Für die vertragliche Haftung ist das inzwischen in den §§ 630a-630h BGB kodifizierte Pflichtenprogramm des Behandlungsvertrages maßgeblich, so dass die für den Anspruch nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzte Pflichtverletzung sich aus § 630a Abs. 2 BGB ermitteln lässt. Diese Norm statuiert als Pflicht des Behandelnden – bei fehlendender abweichender Vereinbarung – die Einhaltung des „anerkannten fachlichen Standards“ (sog. Facharztstandard).[41] In diesen Bereich fällt auch die Einhaltung der *Organisation eines hygienischen Standards im*

30 *Dawson et al.*, in: Schulz-Stübner et al., MRE (Fn. 10), S. 27 f., 30 f.

31 Die KRINKO spricht von „mindestens“ risikobasiertem Screening, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (719 f.).

32 *Craemer et al.*, Evaluation of Screening and Nonrisk Patients for Methicillin Resistant Staphylococcus aureus on Admission in an Acute Care Hospital, American Journal of Infection Control 40 (2012), 411 (413) und *Herrmann et al.*, Methicillin-Resistant Staphylococcus aureus in Saarland, Germany: A Statewide Admission Prevalence Screening Study, PLOS ONE 2013, 1 (4).

33 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (719 f.).

34 Vgl. *Schulz-Stübner*, in: ders. et al., MRE (Fn. 8), S. 7; *Tabori/Fritz*, Bedrohung MRSA – Sinnvolle Maßnahmen im Klinikalltag, das Krankenhaus 2010, 649 (650).

35 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (717).

36 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (717).

37 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (716). Siehe auch die maßgebliche S3-Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Infektiologie e.V. (DGI), Rationale Antibiotika-Anwendung im Krankenhaus, 2013, S. 12 ff., http://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/092-001.html (Abruf v. 08.09.2016); Überblick bei *Meyer*, in: Schulz-Stübner et al., MRE (Fn. 7), S. 80 ff.

38 In Bezug auf einen Befunderhebungsfehler vgl. OLG Zweibrücken, Urt. v. 21.08.2001 – 5 U 9/01, Rn. 51 ff. (juris); vgl. dazu *Terbille*, Zivilrechtliche Arzthaftung, in: ders./Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 628.

39 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2002, 180 (180, 185, zu den einzelnen Schritten siehe 182 ff.).

40 Statt aller *Nebendahl*, in: Igl/Welti, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 873 ff.

41 Vgl. *Gehrlein*, Grundlagen des Arzthaftungsrechts, NJ 2016, 89 (90 f.).

Krankenhaus.[42] Eine Verletzung dieses Standards durch Pflege- oder ärztliches Personal kann dem Klinikträger gem. § 278 BGB bzw. (analog) §§ 31, 89 BGB zugerechnet werden.[43] Daneben steht eine „eigenhändige" Pflichtverletzung durch den Krankenhausträger, wenn dieser seine Organisationspflicht bzgl. der hygienischen Anforderung an einen Krankenhausbetrieb nicht erfüllt[44] – ob es sich dabei um tatsächlich eigenhändiges oder vom leitenden Krankenhauspersonal über §§ 31, 89 BGB zuzurechnendes Verschulden handelt, ist dabei unerheblich.[45]

Zudem trifft den Krankenhausträger gem. § 630e Abs. 1 BGB eine Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Patienten vor einer Behandlung über deren Risiken und weitere relevante Umstände (sog. *Risikoaufklärung*). Ein Verstoß gegen eine solche Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung kann – soweit sich ein aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht – eine von der Behandlungsfehlerhaftung unabhängige Haftung begründen, die sich daraus ergibt, dass einem mit der Behandlung verbundenen Eingriff in absolute Rechte (hier: Gesundheits- und Körperschäden in Folge der MRE-Infektion) die rechtfertigende Grundlage der Einwilligung entzogen wird.[46]

Der Krankenhausträger kann grds. unabhängig davon, ob er eine juristische Person bürgerlichen oder öffentlichen Rechts ist, aus einem Behandlungsvertrag in Anspruch genommen werden, da auch bei hoheitlichem Träger (z.B. bei Universitätskliniken oder städtischen Krankenhäusern) die Behandlung regelmäßig aufgrund eines privaten Behandlungsvertrages erfolgt[47], folglich zwischen hoheitlichem Träger und Patient regelmäßig das Haftungsregime der §§ 630a ff. BGB gilt.

2. Krankenhaushaftung für MRE-Infektionen

Zur effektiveren Analyse der Krankenhaushaftung für MRE-Infektionen bietet sich eine Differenzierung anhand der einzelnen Vorwürfe in solchen Fällen an (b)). Zunächst soll noch kurz geklärt werden, wann der Krankenhausträger richtiger Adressat dieser Vorwürfe ist, also wann er im Haftungsprozess passivlegitimiert ist (a)).

a) Passivlegitimation des Krankenhausträgers auf Grund vertraglicher Haftung

Zunächst ist festzuhalten, dass eine deliktische Haftung des Krankenhausträgers grds. immer möglich bleibt, da der Krankenhausträger durch eine ihm zurechenbare MRE-Infektion etwa durch schuldhaftes Unterlassen der Hygieneorganisation die haftungsbegründenden Tatbestände von §§ 823 Abs. 1 u. 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 23 Abs. 3 IfSG erfüllt haben kann; ebenso kann er für das nachgeordnete Personal über § 831 Abs. 1 S. 1 BGB einstandspflichtig sein[48] und eine Haftungszurechnung über §§ 31, 89 BGB eingreifen.[49]

Bzgl. der vertraglichen Haftung – konkret beim sog. gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag[50] – ergeben sich jedoch Einordnungsschwierigkeiten,[51] da nicht bei jeder ärztlichen Behandlung in einem Krankenhaus auch dessen Träger selbst im gleichen Umfang Partei des Behandlungsvertrages wird und damit passivlegitimiert wäre.[52] Bei diesem Vertragstyp ergeben sich zwei abgegrenzte Haftungsbereiche: Der Kern der behandlungsvertraglichen Pflichten trifft ausschließlich den selbstliquidierenden Belegarzt, der Klinikträger schuldet hingegen neben der Beherbergung des Patienten die Gewähr der pflegerischen Grundversorgung im Rahmen der Behandlung.[53] Der Krankenhausträger haftet

42 *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl. 2006, Kap. B Rn. 36; *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 951.

43 *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, 2002, S. 42.

44 Vgl. die Differenzierung bei *Wartjen*, Individuelle Haftung für Hygieneverstöße im Krankenhaus, GesR 2015, 650 (650 f.).

45 Vgl. *Anschlag/Bücken*, Hygiene im Krankenhaus – Pflichtenstellung und Haftung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Festschrift 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft – 25 Jahre Arzthaftung, 2010, 21 (26); *Deutsch*, Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, NJW 2000, 1745 (1747); *Stöhr,* Qualität, Qualitätssicherung und Haftung – Infektionsschutz im Krankenhaus, GesR 2015, 257 (260).

46 *Jaeger*, in: D. Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, § 630e BGB Rn. 44 f.; *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 1122, 1213 ff.; *Uphoff/Hindemith*, Aufklärungs- und Beratungsdefizite, in: Ratzel/Lissel, Handbuch des Medizinschadensrechts, § 4 Rn. 7, 11.

47 OVG Hamburg, NJW 1984, 683; BGH, NJW 1953, 778 (779); *Jaeger*, in: D. Prütting (Fn. 46), § 630a BGB, Rn. 56; *Mennemeyer/Hugemann*, in: Wenzel, Der Arzthaftungsprozess, 2012, Rn. 719. Zu hoheitlichen Zwangsbehandlungen auch bei freiwilliger Einweisung BGH, NJW 1963, 40 (41 f.). Zu staatlich angeordneten Schutzimpfungen *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 932 f.

48 Siehe dazu die Kommentierung von *Jaeger*, in: D. Prütting (Fn. 46), §§ 823, 831. Interessant im Zusammenhang zu § 823 Abs. 2 BGB ist, dass das OLG Hamm davon ausgeht, dass es sich bei § 23 IfSG nicht um ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB handelt, OLG Hamm, Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11, Rn. 63 (juris); Urt. v. 05.04.2011 – 26 U 192/10, Rn. 24 (juris).

49 Vgl. bloß *Schlund*, Die Passivlegitimation des beklagten Arztes, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2014, § 115 Rn. 49 f. m.w.N.

50 Zu dessen Abschluss siehe *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 25 und vertieft *Schloßer*, Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag bei wahlärztlichen Leistungen, MedR 2009, 313 (315 ff.). Demgegenüber wird der Krankenhausträger beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag (mit Arztzusatzvertrag) voller Vertragspartner, *Jaeger*, in: D. Prütting (Fn. 46), § 630a BGB Rn. 57 ff.; *Katzenmeier*, Passivlegitimation und Beweisrecht, in: Laufs/ders./Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. XI Rn. 10, 13; *Lafontaine*, in: Herberger et al., juris Praxiskommentar BGB, Bd. II, 7. Aufl. 2014, § 630a Rn. 83 f.; *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 917, 928.

51 Grund ist die teilweise aufgebrochene Trennung zwischen klinisch-stationärem und vertragsärztlich-ambulantem Bereich, vgl. *Schmid*, Die Passivlegitimation im Arzthaftungsprozess, 1988, S. 92 ff.

52 *Jaeger*, in: D. Prütting (Fn. 46), § 630a BGB, Rn. 38, 56 ff.; siehe auch *Schlund*, in: Laufs/Kern, HArztR (Fn. 49), § 115 Rn. 1.

53 Vgl. *Frahm/Nixdorf/Walter*, ArztHaftR (Fn. 50), Rn. 25; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. A 34-35; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht Fallgruppenkommentar, 4. Aufl. 2014, Rn. K 182; *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 922; *Schloßer* (Fn. 50), MedR 2009, 313 (315).

dem Patienten also nicht aus vertraglichen Ansprüchen, soweit das haftungsbegründende Ereignis ausschließlich dem vertraglichen Pflichtbereich des selbstliquidierenden Belegarztes zuzurechnen ist.

Allerdings besteht auch für die hygienische Organisationspflicht, die grds. beim Krankenhausträger liegt,[54] eine organisatorisch enge Umlagerung der Haftungsbereiche,[55] denn diese Pflicht wird teils auch auf die Überwachung des Belegarztes durch den Klinikträger im Bereich seiner ärztlichen Behandlung ausgeweitet.[56] Diese somit doch nicht so klare Trennung, die sich in ähnlicher Form auch bei den neuen gesetzlichen Verschränkungen von ambulanter Behandlung am und durch das Krankenhaus[57] ergibt,[58] wirf die augenscheinlich triviale[59] Frage auf, ob der Krankenhausträger im konkreten Einzelfall überhaupt für die hygienische Sorgfalt einzustehen hat oder nicht eher der selbstliquidierende Arzt. Dies wird spürbar, sobald es um die Zurechnung nachgeordneter (nicht-) ärztlicher Tätigkeiten in derselben Behandlung geht.[60]

Dieser durchaus problematischen und praktisch relevanten Frage hier nachzugehen, würde jedoch von der Kernfrage der Arbeit wegführen, so dass verknappend dazu festgehalten werden soll: Soweit eine organisatorische oder repräsentative Verschränkung zu den selbstliquidierenden Stellen im Krankenhaus (z.B. ambulante Chefarztbehandlung, Belegarzt) besteht, ist eine (Mit)-Haftung und Passivlegitimation des Trägers des Krankenhauses jedenfalls vertretbar.[61]

b) Vorwürfe bei nosokomialen Infektionen im Krankenhaushaftungsprozess und ihre Würdigung

Soweit der Krankenhausträger demnach als passivlegitimiert gilt, ist sodann zu untersuchen, welche haftungsrechtlichen Vorwürfe ihn im Zusammenhang mit MRE-Infektionen treffen.[62] Wegen der gemeinsamen Schnittmenge zu nosokomialen Infektionen generell ergeben sich im Ansatz auch die gleichen haftungsrechtlichen Ansätze. Es wird daher auf den Vorwurf (grob) fehlerhafter Behandlung, konkret auf Hygienemängel[63] (aa)) – und darin auf Aspekte der Dokumentationspflicht des Krankenhausträgers und das Einsichtsrecht des Patienten[64] – und auf fehlerhafte Befunderhebung in der Gestalt des Risikoscreenings[65] (bb)) einzugehen sein; daneben gilt es auf die Haftung für eine unterbliebene Risikoaufklärung bzgl. einer nosokomialen MRE-Infektion[66] einzugehen (cc)). Da die Arzthaftung im großen Maße abhängig von Beweislasten ist,[67] spielt § 630h BGB eine entscheidende Rolle.

aa) Hygienemangel und Kausalität zur Infektion

Sichtet man die einschlägige Rechtsprechung, so ist die Kern- und zugleich schwierigste Frage der Haftungsprozesse bei nosokomialen und MRE-Infektionen, ob in der Behandlung eine Unterschreitung des hygienischen Standards und damit eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt und ob diese kausal für die Infektion mit dem Erreger und dem daraus entstehenden (immateriellen) Schaden ist.[68] Die hierbei grds. beim Patienten liegende Beweislast kann dieser mangels Einsicht in die entsprechenden Behandlungsabläufe oder in den Krankenhausbetrieb kaum tragen, so dass er regelmäßig auf die Beweiserleichterungen des § 630h BGB angewiesen ist.[69] Dies gilt umso mehr, als dass dem Patienten ein Anscheinsbeweis regelmäßig nicht zur Hand steht, da jeder Patient eigene körperliche Dispositionen in die medizinische Behandlung mitbringt, so dass es insoweit – außer bei äußerst gravierenden Hygienemängeln[70] – bereits

54 Er hat dafür zu sorgen, dass der Hygienestandard im Krankenhaus generell eingehalten, überwacht und kontrolliert wird, vgl. OLG Zweibrücken, MedR 2004, 468; *Franzki/Hansen*, Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger, NJW 1990, 737 (743); *Pflüger* (Fn. 43), S. 200 ff.

55 Vgl. generell *Pflüger* (Fn. 43), S. 44.

56 Krit. *Pflüger* (Fn. 43), S. 230 ff.

57 Vgl. zu diesen Konstellationen *Katzenmeier*, in: ArztR (Fn. 50), Kap. XI Rn. 7 und *Mennemeyer/Hugemann*, in: Wenzel (Fn. 47), Rn. 755 ff. m.w.N.

58 Vgl. *Katzenmeier*, in: Laufs/ders./Lipps, ArztR (Fn. 50), Kap. XI Rn. 7.; *Pflüger* (Fn. 43), S. 36, wobei diese Abgrenzungsschwierigkeit laut *Pflüger* im ambulanten Bereich von der Rechtsprechung unbeachtet blieb, S. 223 f.

59 Träger und Belegarzt müssen natürlich beide den hygienischen Standard bei ihrer jeweiligen Vertragserfüllung wahren und bei einer Nichteinhaltung haftbar sein, vgl. *Großkopf/Krüger* (Fn. 20), RDG 2010, 276 (283); *Wiese*, Pflegerecht, 2014, Rn. 478.

60 Vgl. generell dazu *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 922 ff; vertiefend für den Belegarzt *Franzki/Hansen* (Fn. 54), NJW 1990, 737 (739 ff.).

61 So wohl auch *Pflüger* (Fn. 43), S. 231 f.

62 Vgl. zum Überblick *Anschlag*, Krankenhaushaftung – Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln, MedR 2009, 513; *Kern/Reuter* (Fn. 15), MedR 2014, 785 (786 ff.); *Schneider*, Sorgfaltsanforderungen zur Vermeidung nosokomialer Infektionen, RDG 2005, 50 (51 ff.).

63 Vgl. BGH, VersR 1991, 467; OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (303); OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 3 (juris).

64 Vgl. BGH, VersR 1999, 1282; OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (303); OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09, Rn. 11 (juris).

65 Vgl. OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (303).

66 Vgl. BGH, VersR 1991, 467; OLG Koblenz, MedR 2015, 353 (354); LG Arnsberg, Urt. v. 17.07.2013 – 5 O 25/10, Rn 14; OLG Hamm, Urt. v. 16.06.2008 – 3 U 148/07, Rn. 9; OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09, Rn. 6 (alle nach juris).

67 *Koch*, Der Behandlungsvertrag in der Fallbearbeitung, JURA 2014, 985; vgl. die Einschätzung von *Klein*, Haftungsfragen im Hygienebereich – Hygienemängel gelten juristisch als „voll beherrschbare Risiken", HygMed 2010, 361 (365).

68 BGH, VersR 1991, 467; NJW 2007, 1682; OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09 (juris); OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13 (juris); OLG Köln, GesR 2011, 600; siehe für den Fall nicht rechtzeitiger Reaktion auf eine Infektion durch die Leitungsebene OLG Oldenburg, VersR 2003, 1544. Zu einzelnen Schadensarten vgl. von mehreren Bearbeitern, Teil II. Schadensarten und –bearbeitung, in: Ratzel/Lissel, MedSchR (Fn. 46), §§ 9-22.

69 *Bartels/Razavi/Horst* (Fn. 8), RDG 2012, 12 (16); *Kern/Reuter* (Fn. 15), MedR 2014, 785 (787); *Nebendahl,* in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 1042; *Weidenkaff*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 75. Aufl. 2016, § 630h Rn. 1.

70 Insbesondere bei HIV-kontaminierten Bluttransfusionen, BGH, Urt. v. 30.04.1991 – VI ZR 178/90; Urt. v. 14.06.2005 – VI ZR

an einem dafür erforderlichen typischen Behandlungsgeschehen fehlt.[71] Auf der Seite des Krankenhausträgers erlangen hier die Empfehlungen der KRINKO eine zentrale Bedeutung, da ihre nachweisliche Einhaltung für den Krankenhausträger grds. nach § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG die Einhaltung des Hygienestandards fingiert und damit vom Pflichtverletzungsvorwurf entlastet.[72]

Sichtet man unter diesen groben Vorzeichen nun die Literatur zur Effektivität der Beweiserleichterungen für den Patienten und zur Haftungsgefahr im Bereich nosokomialer MRE-Infektionen für den Krankenhausträger, ergibt sich ein merkwürdig gespaltenes Bild von Meinungen, die hohe Haftungschancen gegen die Krankenhausträger prophezeien[73] und solchen, die eher pessimistisch auf die Anspruchschancen der Patienten blicken.[74] Wie viel von dem einen oder dem anderen zutrifft gilt es herauszufinden, indem zunächst generell die Frage aufgeworfen wird, was voll beherrschbare Risiken sind.

(1) § 630h Abs. 1 BGB: voll beherrschbares Infektionsrisiko?

Als ein voll beherrschbares Risiko nach § 630h Abs. 1 BGB wurde auch bereits vor dem Patientenrechtegesetz[75] in der Rechtsprechung der Bereich der Risiken verstanden, der nicht dem Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit oder der körperlichen Sphäre des Patienten angehört, sondern vom Behandelnden bei Erkennen objektiv vollständig ausgeschlossen werden kann, ohne dass es auf eine konkrete Vermeidbarkeit ankäme.[76] Ob hierzu auch die Infektionsrisiken im Krankenhaus zu zählen sind, scheint auf den ersten Blick mit unterschiedlicher Deutlichkeit angenommen, aber auch abgelehnt zu werden. In zwei aufeinander aufbauenden Entscheidungen, die jeweils eine fragliche Infektion durch das medizinische Personal zum Gegenstand hatten, stellte der BGH heraus, dass nur der hygienisch – etwa „durch sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens“[77] – beherrschbare Bereich der Infektionsrisiken auch als voll beherrschbar angesehen werden könne und dass wegen nicht gewährbarer Keimfreiheit im Krankenhaus der darüber hinausgehende Bereich zum „entschädigungslos verbleibenden Krankheitsrisiko des Patienten“[78] gehöre. Die Gesetzesbegründung zu § 630h Abs. 1 BGB ordnet den Bereich der Hygiene jedoch pauschal dem voll beherrschbaren Risiko zu,[79] was in der Literatur vereinzelt als bloßes Versehen bewertet wurde.[80] Vielmehr sei nach der Rechtsprechung eine nosokomiale Infektion oder der Bereich der Hygiene generell nicht voll beherrschbar und eine Keimfreiheit in Krankenhäusern nicht zu leisten.[81] Gleichzeitig deuten aber manche Stimmen an, dass die Annahme eines voll beherrschbaren Risikos bei nosokomialen Infektionen nicht ohne weiteres abgelehnt werden könne.[82] Teilweise wird mit Verweis auf die angeführten BGH-Entscheidungen auf die Identifizierbarkeit der Infektionsquelle abgestellt, um die Beweislastregel des § 630h Abs. 1 BGB greifen zu lassen.[83]

(a) Der hygienisch voll beherrschbare Bereich

Um diese unklare Lage aufzulösen, ist es sinnvoll, zunächst überhaupt den Bereich des nosokomialen Infektionsrisikos zu untergliedern und dabei den Zweck der Beweislastumkehr des § 630h Abs. 1 BGB vor Augen zu haben. Es lässt sich festhalten, dass das Risiko *nosokomiale Infektion* weiter reicht als das Risiko *nosokomiale Infektion wegen mangelnder Hygiene*, denn die Definition der nosokomialen Infektion geht bloß von einem „zeitlichen Zusammenhang mit einer stationären (…) Maßnahme“[84] aus und es wurde bereits deutlich, dass

179/04 (beide nach juris); bei Injektion *e contrario* OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 170.

71 *Jaeger,* Patientenrechtegesetz – Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB, 2013, Rn. 356 f.; *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 1047.

72 *Bartels/Razavi/Horst* (Fn. 8), RDG 2012, 12 (17); *Lorz* (Fn. 7), NJW 2011, 3397 (3399 f.); *Schultze-Zeu/Riehn*, Die haftungsrechtliche Bedeutung des novellierten § 23 Infektionsschutzgesetz unter besonderer Berücksichtigung der KRINKO-Empfehlung zur Prävention nosokomialer Infektionen in Krankenhäusern, VersR 2012, 1208 (1212); *Stollmann*, Das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze, GesR 2011, 705 (708); *Wartjen* (Fn. 44), GesR 2015, 650 (651); i. E. lässt sich mit *Erdle* (Infektionsschutzgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2016, § 23 Rn. 1) von rechtsverbindlichen Wirkungen der KRINKO-Empfehlungen sprechen, auch wenn ihnen kein Rechtsnormcharakter zukommt und sie in ihrer Beschreibung des Hygienestandards flexibel sind, siehe unten (III.2.b)aa)(1)(b)).

73 Unentschlossen, aber dies andeutend *Anschlag* (Fn. 62), MedR 2009, 513 (516); *ders./Bücken*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 45), 21 (36); *Bartels/Razavi/Horst* (Fn. 8), RDG 2012, 12 (17).

74 Vgl. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 370 ff.; *Kern/Reuter* (Fn. 15), MedR 2014, 785 (791); *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (321); *Müller*, in: Wenzel (Fn. 47), Rn. 1514.

75 Gesetz vom 20.02.2013 (BGBl. I S. 277).

76 OLG Hamburg, LZ 1920, 664 (664 f.); BGH, NJW 2007, 1682 (1683 f.); siehe auch BT-Drucks. 17/10488, S. 28.

77 BGH, NJW 2007, 1682 (1683).

78 BGH, VersR 1991, 467 (468).

79 BT-Drucks. 17/10488, S. 28.

80 Ausdrücklich *Bergmann/Wever* (Fn. 27), das Krankenhaus 2014, 153 (154); *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319); *Spickhoff*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267 (279); *Walter*, Beweislastverteilung beim Vorwurf einer Infektion wegen Hygienemängeln, MedR 2013, 294 (295).

81 BGH, VersR 1991, 467 (468); NJW 1971, 241 (243); OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09, Rn. 56 (juris); OLG Hamm, Urt. v. 14.04.2015 – 26 U 125/13, Rn. 36 (juris); Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11, Rn. 51 f. (juris); Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 135/04 (juris); OLG Koblenz, MedR 2015, 353 (354); OLG Schleswig, Urt. v. 10.07.2015 – 4 U 92/14 nach *Bergmann/Wever*, Rechtsprechung aktuell, MedR 2015, 719; OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 34 (juris); vgl. aber noch differenzierend *Lissel*, Organisationspflichten, in: Ratzel/ders., MedSchR (Fn. 46), § 3 Rn. 113; *Middendorf*, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung bei Hygienefragen, Management & Krankenhaus 2016, 26.

82 Vgl. *Wenzel,* Ärztliche Behandlung und voll beherrschbare Risiken – wie viel Schicksal darf noch sein?, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 45), 325 (340 f.).

83 *H. Prütting*, Darlegungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess bei voll beherrschbarem Risiko – Anm. zu BGH, Urt. v. 20.03.2007 – VI ZR 158/06, MedR 2010, 30 (32).

84 § 2 Nr. 8 IfSG.

nicht alle diese Infektionen vermeidbar sind[85], so dass man bereits hier von einem *unbeherrschbaren Restrisiko*[86] nosokomialer Infektionen sprechen kann. Dieses ist aus dem Anwendungsbereich des § 630h Abs. 1 BGB auszugrenzen. Wie weit der übrige Bereich greift, ist über den Normzweck zu bestimmen, namentlich über die Abgrenzung der Gefahrenbereiche zwischen Patient und Krankenhausträger.[87]

Der Krankenhausträger eröffnet mit dem Angebot stationärer Krankenbehandlungen gleich mehrere Gefahrenbereiche,[88] so auch den Bereich der einzelnen Behandlung und den des Krankenhausbetriebes. Diese sind besonders durch die große Ansammlung unterschiedlich kranker Menschen an einem Ort geprägt. Von diesen Bereichen sind diejenigen beherrschbar,[89] deren Gefahren das Krankenhaus bei Erkennen überhaupt begegnen kann, wobei dieser Bereich für die Gewährung einer Beweislastumkehr noch zu weit ist, denn *ex post* können sich auch manche körperliche Dispositionen des Patienten als beherrschbar erweisen.[90] Über die Organisation von Hygienevorschriften und die Einstellung und Koordination entsprechenden Personals kann der Krankenhausträger diesem Risiko begegnen. Als voll beherrschbar und damit die Beweislastumkehr auslösend gilt aber nur das Risiko des Bereichs, das, „wenn es erkannt wäre, mit Sicherheit ausgeschlossen werden könnte“[91] – wobei diese Rechtsfigur ihren Ursprung in den sog. Gerätefällen[92] fand.[93] Dies zeigt bereits, dass es für die entscheidende Frage, wann eine Gefahr bzw. ein Risiko sicher ausgeschlossen werden kann, auf eine *Erfolgsbezogenheit* dieser Pflicht ankommt, welche dort entfallen muss, wo der Kern der Behandlung durch die Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus bestimmt wird.[94] Nichts anderes kann nun für den Bereich der Infektionsrisiken gelten, in dem nur insoweit ein Erfolg geschuldet wird, als der Gefahr der fehlenden Keimfreiheit in Krankenhäusern durch organisatorische oder personelle Hygienemaßnahmen begegnet werden kann.[95] In diesem so abgegrenzten Bereich[96] ist die Hygiene und durch sie das Infektionsrisiko im Krankenhaus durch dessen Träger voll beherrschbar und durch den geschuldeten Erfolg eine Beweislastumkehr gerechtfertigt.[97] Wie bereits in der Rechtsprechung kann hier von einem *hygienisch voll beherrschbaren Bereich* gesprochen werden.[98] Festzuhalten ist daher, dass gerade erfolgsbezogene Organisationspflichten im Bereich der Krankenhaushygiene einen Bereich bilden, der damit durch Einhaltung eines Hygienestandards durch interne Weisungen und Vorgaben das nosokomiale Infektionsrisiko voll beherrschbar macht.[99]

Gilt dies generell für nosokomiale Infektionen, so fragt sich hier, ob durch die geringe Sensibilität für Antibiotika und die daraus beschränkte Therapierbarkeit von MRE diese doch aus dem voll beherrschbaren Risiko auszugrenzen sind. Um MRE-Infektionen zu begegnen, wurden aber die KRINKO-Empfehlungen erstellt, die nicht bei der Therapierbarkeit, sondern bei effektiver Hygieneorganisation ansetzen. Will man daher annehmen, dass ein MRE umso weniger beherrschbar ist, je mehr Resistenzen er ausbildet, so muss dies allenfalls zu einer Differenzierung veranlassen: Beruht eine MRE-Infektion auf einer fehlerhaften Hygieneorganisation, ist das Risiko voll beherrschbar; beruht sie hingegen auf einer eingeschränkten oder fehlenden Therapierbarkeit (z.B. weil die Infektion von einem anderen mit MRE infizierten Mitpatienten ausging)[100], so kann

85 Siehe oben (II.2.).

86 *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (342).

87 Wobei es in § 630h Abs. 1 BGB um die einzelnen Risiken geht, die aus den Gefahrenbereichen stammen, *Greiner*, Voll beherrschbare Risiken im Arzthaftpflichtrecht, in: ders. et.al. (Hrsg.), Neminem laedere – Aspekte des Haftungsrechts – Festschrift für Gerda Müller, 2009, 213 (217); Siehe generell *Jaeger*, in: D. Prütting (Fn. 46), § 630h BGB Rn. 1; *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 1051; anschaulich *Nixdorf*, Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung – Beweisverteilung im Fluß?, VersR 1996, 160 (162); *Pflüger* (Fn. 43), S. 252; *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (327).

88 Vgl. nur die Darstellung von *Bergmann*, Die Organisation des Krankenhauses unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten, VersR 1996, 810 (812 f.).

89 Zur Abgrenzung *Müller*, in: Wenzel (Fn. 47), Rn. 1497 f.

90 Die nachweislich nicht beherrschbar sind; vgl. *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (338), der dieses noch für die Frage der vollen Beherrschbarkeit annimmt.

91 *Greiner*, in: FS G. Müller (Fn. 87), 213, (220); vgl. auch BT-Drucks. 17/10488, S. 28.

92 Der Behandelnde hat zu gewährleisten, dass überhaupt und nur funktionsfähige Behandlungsgeräte zur Verfügung stehen und etwa bei einer Operation nur durch geschultes Personal zum Einsatz kommen, vgl. BGH, VersR 2007, 1416; OLG Hamm NJW 1999, 1787.

93 *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (339).

94 Insgesamt dazu *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (339, 342 ff.).

95 So auch *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (340 f.).

96 Vgl. insoweit die Unterscheidung zwischen nichteingehaltenem Hygienestandard und vermeidbarer Infektion bei *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 374; *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 389; VersR 1988, 40 (41); OLG Naumburg, VersR 2010, 216 (217 f.); OLG Stuttgart, VersR 1990, 385 (386).

97 Vgl. *Martis/Winkhart*, ArzthaftR FK (Fn. 53), Rn. V 380 ff.; *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (348).

98 BGH, NJW 2007, 1682 (1683) = MedR 2010, 30 (31), m. Anm. *H. Prütting*; OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 135/04, Rn. 28 (juris); Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11, Rn. 66 (juris); OLG Koblenz, Beschl. v. 24.08.2015 – 5 U 3/15, Rn. 28 (juris); OLG Köln, GesR 2013, 413 (414); OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 34 (juris); Urt. v. 25.03.2011 – 1 U 4594/08, Rn. 58 (juris); OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (304); *Lafontaine/Schmidt*, in: jurisPK-BGB (Fn. 50), § 630h Rn. 77. Abzulehnen ist die Auffassung von *Lissel*, in: Ratzel/ders., MedSchR (Fn. 46), § 3 Rn. 113, der aus dem hohen Auftreten nosokomialer Infektionen folgert, dass diese auch durch gebotene hygienische Maßnahmen zum großen Teil nicht beherrschbar seien. Aus einer hohen Infektionsrate leitet sich keine Erkenntnis über ihre Beherrschbarkeit im rechtlichen Sinne ab.

99 In diesem Sinne wohl auch *Greiner*, in: FS G. Müller (Fn. 87), 213 (217 ff.).

100 Zur Risikoaufklärung in diesem Fall siehe noch unten (III.2.b) cc)).

insoweit auch kein Erfolg geschuldet sein und nicht von einer vollen Beherrschbarkeit gesprochen werden.

(b) § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG: Entlastungsvermutung und ihre Grenzen

Ist der Krankenhausträger an dem Punkt, sich im Haftungsprozess verteidigen zu müssen, so steht ihm mit der Vermutung der Einhaltung des Hygienestandards durch nachgewiesene Einhaltung der Empfehlungen der KRINKO und ART aus § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG ein effektives Entlastungsmittel zur Verfügung.[101] Dabei betreffen die KRINKO-Empfehlungen für den Klinikträger in erster Linie eine organisatorische und koordinierende Pflicht,[102] denn die empfohlene Isolation eines infizierten Patienten oder die Einhaltung der Basishygiene sind dem Klinikträger bei fehlender Vornahme durch das Personal zwar im Einzelfall zurechenbar, richten sich aber auch an diesen selbst.[103] Diese organisatorischen Hygienepflichten sind insofern auch ein voll beherrschbares Risiko des Krankenhausträgers.[104]

Beweisschwierigkeiten ergeben sich aber trotz und innerhalb der Empfehlungen von KRINKO und ART, denn schon § 23 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 4 IfSG zeigt, dass diese Empfehlungen auf ständige, evidenzbasierte Weiterentwicklung angewiesen sind. Der Klinikträger kann sich daher nicht ohne Prüfung auf diese Empfehlungen verlassen.[105] Weicht der Klinikträger von den Empfehlungen „nach unten" ab, etwa weil er glaubt, dass neue medizinische Erkenntnisse der einschlägigen Empfehlung die Evidenzgrundlage entziehen, so ist er entsprechend beweisbelastet. Hält sich der Klinikträger dagegen an die Empfehlungen, obwohl diese veraltet sind, und hat er also seine Prüfungspflicht bzgl. der Empfehlungen unterlassen, so liegt der Nachweis dieser Sachlage beim Geschädigten.[106] Letzteres ist bemerkenswert, da sich der fehlende Einblick des Patienten in den Organisationsbereich des Klinikträgers hier regelmäßig wieder durchsetzen dürfte.

In der Literatur wird sodann unterschiedlich beurteilt, wie sich eine nichterweisliche Einhaltung der KRINKO-Empfehlungen auswirkt,[107] wobei diese Frage ebenfalls nicht weiter betrachtet werden soll, da sie sich auf einen späteren prozessualen Zeitpunkt bezieht.

(c) Substantiierungspflicht als tatsächliche Hürde

Was führt aber dann zu einer Negativprognose in der Literatur bzgl. der Krankenhaushaftung? Die Entlastungsvermutung des § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG ist es nicht, kommt sie doch bislang kaum zur Anwendung bzw. lag sie in dieser Form in den bisher angewandten Fällen noch nicht vor.[108] Viel eher scheitern die Patienten regelmäßig schon an dem erforderlichen Nachweis, dass ihre Infektion aus diesem Bereich der Wahrung des Hygienestandards hervorgegangen ist, da der bloße zeitliche Zusammenhang von Infektion und Krankenhausaufenthalt nicht als hinreichend anerkannt wird.[109] Zudem wird von der Rechtsprechung regelmäßig auf andere mögliche Infektionsquellen verwiesen.[110] Die Schwierigkeit im Rahmen von nosokomialen Infektionen ist insofern nicht die Zuordnung der Hygiene zum voll beherrschbaren Risiko, sondern die damit verbundene *Substantiierungspflicht* der Patienten bzgl. der wahrscheinlichen Herkunft der Infektion aus dem hygienisch voll beherrschbaren Bereich des Krankenhausträgers.[111] Dies ist zunächst erstaunlich, gilt im Arzthaftungsprozess doch grds. eine geminderte Substantiierungspflicht für den Patienten, so dass dieser sich nicht zunächst medizinische Fachkenntnisse aneignen muss[112]; dazu korrespondiert quasi „spiegelbildlich"[113] eine *sekundäre Darlegungslast* des Krankenhausträgers, nach der dieser ob eines vollen Einblicks in seinen hygienischen Organisationsbereich sich dem Vorbringens der Klägers nicht mit einfachem Bestreiten erwehren kann, sondern substantiiert einen Gegenbeweis antreten muss.[114] Kommt der

101 *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 372 mit Verweis auf *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212), der richtig herausarbeitet, dass die Vermutungsregel aus § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG lediglich ihrerseits zur Entlastung von einem vermuteten Hygieneverstoß beitragen kann.

102 Vgl. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 368.

103 Vgl. *Wiese*, PflR (Fn. 59), Rn. 478.

104 *Anschlag/Bücken*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 45), 21 (28, 30); *Lorz* (Fn. 7), NJW 2011, 3397 (3399); *Wenzel*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 82), 325 (340 f.); *Wiese*, PflR (Fn. 59), Rn. 479.

105 Vgl. BT-Drucks. 17/5178, S. 18; ebenso *Kern/Reuter* (Fn. 15), MedR 2014, 785 (786); *Lorz* (Fn. 7), NJW 2011, 3397 (3400); *München*, Das neue Infektionsschutzgesetz, PflR 2011, 327 (332).

106 Vgl. für beides *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319); *Lorz* (Fn. 7), NJW 2011, 3397 (3400); *München* (Fn. 105), PflR 2011, 327 (332); *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212 f.).

107 *Bergmann/Wever* (Fn. 27), das Krankenhaus 2014, 153 (155) und *Walter* (Fn. 80), MedR 2013, 294 (296) verweisen auf den rein positiven Gesetzeswortlaut; *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 379 und *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319) bemerken, dass ob der Evidenzüberarbeitung die Grundlage für einen Umkehrschluss fehle; *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212) und *Stöhr* (Fn. 45), GesR 2015, 257 (261) ziehen einen Umkehrschluss zu einem Hygieneverstoß, da § 23 IfSG die haftungsrechtlichen Organisationsmaßstäbe präge.

108 OLG Hamm, Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11; Urt. v. 05.04.2011 – 26 U 192/10; LG Arnsberg, Urt. v. 17.07.2013 – 5 O 25/10; LG Bielefeld, Urt. v. 12.11.2010 – 4 O 341/10; LG Bochum, Urt. v. 06.11.2008 – 17 O 27/08, (alle nach juris); VG München, GesR 2010, 505; für Leitlinien *Cramer*, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 20.08.2007 – 3 U 274/06, MedR 2008, 217 (219 f.).

109 Statt vieler OLG Köln, GesR 2013, 413 (414); VersR 2013, 463 (464); Urt. v. 05.08.2009 – 5 U 69/08, Rn. 28 (juris).

110 „Endogene Ursachen": OLG Koblenz, MedR 2015, 353 (354); infektionsriskante berufliche Tätigkeit (Rettungssanitäter): OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 30 (juris); „vorangegangene ärztliche Untersuchung" als Grund einer HCV-Infektion: OLG München, VersR 2011, 885 (886).

111 OLG Köln, GesR 2013, 413 (414); VersR 2013, 463 (464); Urt. v. 05.08.2009 – 5 U 69/08, Rn. 28 (juris); weitere Rechtsprechung bei *Martis/Winkhart*, ArzthaftR FK (Fn. 53), Rn. V 382 f.; vgl. auch *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 371.

112 BGH, VersR 2004, 1177 (1179); Vgl. *H. Prütting*, in: D. Prütting (Fn. 46), § 256 ZPO Rn. 11a.

113 *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212); *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 377.

114 Näher zur generellen Einordnung *Laumen*, Die sekundäre Behauptungslast, in: Baumgärtel/ders./Prütting, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, 3. Aufl. 2015, Kapitel 22, Rn. 1 f., 19,

Krankenhausträger dieser Darlegungslast nicht nach, drohen prozessrechtliche Konsequenzen bis hin zur Fiktion des Zugeständnisses des Patientenvortrags.[115] Dieser Auffassung stellen sich jedoch ähnliche Erwägungen wie zur Rechtsfolge eines *non liquet* bzgl. der Einhaltung von KRINKO-Empfehlungen (vgl. Fn. 107) entgegen. Bei diesen Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Patienten fällt auf, dass die Empfehlungen der KRINKO noch vor der Einfügung des § 23 Abs. 3 IfSG mangels klinischer Umsetzung kaum praktische Bedeutung hatten.[116] Durch die beweisrechtliche Berücksichtigung dieser Empfehlungen kann zur Verbesserung dieses Zustands und damit der hygienischen Bedingungen an Krankenhäusern insgesamt beigetragen werden. Dieser Vorteil wird hingegen unterminiert, wenn es in den meisten Haftungsprozessen auf einen Nachweis nach § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG gar nicht ankommt, da der klagende Patient seine Substantiierungspflicht schon nicht erfüllen kann.[117] Dieser Befund mag rechtspolitische Bedenken aufwerfen, ob dem Patienten, der eine nosokomiale MRE-Infektion erleidet, mit den Novellierungen in § 630h Abs. 1 BGB und § 23 Abs. 3 IfSG tatsächlich geholfen ist.

Diese Hürde ergibt sich ferner auch, wenn der Patient ein Organisationsverschulden geltend macht und sich dabei auf die *hygienespezifische Dokumentation* (Hygienepläne, § 23 Abs. 5 IfSG; gesonderte Infektions- und Erregerdokumentation, § 23 Abs. 4 IfSG) der Klinik berufen möchte: der pauschale Verweis genügt nicht, es bedarf konkreterer Hinweise.[118] Für diese steht dem Patienten allerdings praktisch kein Einsichtsrecht zu, wie das OLG Hamm wiederholt mit Verweis auf den eindeutigen Wortlaut, der nur dem Gesundheitsamt Einblick in die entsprechende Dokumentation gewähre, festgestellt hat.[119] Dieser Rechtsprechung folgend wäre der Patient auf den Einblick in seine persönliche Patientenakte verwiesen, die jedoch für ihn wenige bis keine hilfreichen Informationen bereithalten dürfte, da über standardmäßige Hygienemaßnahmen (z.B. Händedesinfektion) nur in Ausnahmefällen explizite Dokumentation geführt werden muss.[120] Daher hilft dem Patienten auch § 630h Abs. 3 BGB nicht weiter. In dieser Lage fordern *Schultze-Zeu/Riehn* ein umfassendes Einsichtsrecht auch in die Hygienepläne und die Erregerdokumentation und leiten dieses aus dem „zugrunde liegende[n] Behandlungsvertrag sowie sein[em] verfassungsrechtlich geschützte[n] Recht auf Selbstbestimmung und personale Würde“[121] her. *Anschlag/Bücken* verweisen auf die vergleichbare Schutzrichtung der Dokumentationspflichten aus dem IfSG und dem Behandlungsvertrag[122]; *Liebold* sieht die Notwendigkeit einer anerkannten Anspruchsgrundlage für dieses Einsichtsrecht[123]. Entsprechend gibt es gute Gründe, ein entsprechendes Einsichtsrecht zu fordern.

(d) Bekanntheit der Keimquelle

Folgt man aber den Anforderungen der Rechtsprechung, so müsste für die Haftung des Krankenhausträgers die Keimquelle identifiziert werden.[124] Dies kann in diesem Umfang aber jedenfalls nicht vom Patienten gefordert werden, da sonst ein Widerspruch erwächst: Kann vom Krankenhausträger gerade wegen der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Infektionswege keine Keimfreiheit im Krankenhaus verlangt werden, so kann für den Patienten erst recht nicht gelten, dass er diese Infektionswege – ob im Positiven (im hygienisch voll beherrschbaren Bereich) oder im Negativen (im Ausschluss des unbeherrschbaren Restrisikos) – nachvollziehen soll; dies umso mehr, als der Krankenhausträger pflichtmäßig auch nicht den gesamten Bereich der Infektionswege einsehen können muss, sondern eben nur den, den er auch sicher ausschließen kann. Vom Patienten kann dann nicht verlangt werden, dass sein Einblick in diese Infektionswege weiter reichen soll, als der Klinikträger seine Pflicht über diese Infektionswege überhaupt verletzen kann. Nun ließe sich sagen, dass diese Substantiierungslast für den Patienten eben nicht zu fordern ist, dass aber auch ein bloßer zeitlicher Zusammenhang zwischen stationärer Behandlung und Infektion nicht ausreicht und die Substantiierungspflicht im Bereich dazwischen einzuordnen ist. Ohne ein Einsichtsrecht in die bezeichneten Dokumentationen des Krankenhausträgers als Grundlage würde diese Forderung jedoch weiterhin auf eine „Erklärung ins Blaue hinein“ hinauslaufen, die bereits im ersten Keimträgerfall vom

30 ff.; *Saenger*, in: ders., Nomos Handkommentar ZPO, 6. Aufl. 2015, § 286 Rn. 71, 94 jeweils m.w.N.; *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212); *Stöhr* (Fn. 45), GesR 2015, 257 (261).

115 BGH, NJW 2005, 2614 (2615 f.); zur Einordnung *Hausch*, Vom therapierenden zum dokumentierenden Arzt – Über die zunehmende haftungsrechtliche Bedeutung der ärztlichen Dokumentation, VersR 2006, 612; *Matthies*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.03.1986 – VI ZR 215/84, JZ 1986, 959 (960); *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1212 f.).

116 Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 23.03.2011, BT-Drucks. 17/5203, S. 3 f.; ähnlich *Anschlag* (Fn. 62), MedR 2009, 513 (515); *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (321); *Lorz* (Fn. 7), NJW 2011, 3397 (3398).

117 So auch *Stöhr* (Fn. 45), GesR 2015, 257 (260 f.).

118 Vgl. *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (321).

119 OLG Hamm, Urt. v. 05.04.2011 – 26 U 192/10, Rn. 20, 24 (juris); Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11, Rn. 62 f. (juris); a.A. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 392 ff; *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1214 f.).

120 Vgl. OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 1 U 29/09, Rn. 55 (juris); OLG Hamburg, Urt. v. 22.02.2002 – 1 U 35/00, Rn. 41 (juris); OLG Köln, NJW 1999, 1790 (1791); auch zu den Ausnahmefällen *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (320) m.w.N.

121 *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 392 ff.; *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1214); mit Verweis auf BGH, VersR 1983, 264 (265 f.), der sich freilich nur und mit Einschränkungen auf die Behandlungsunterlagen bezog.

122 *Anschlag/Bücken*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 45), 21 (31 f.).

123 *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (321).

124 OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 34 (juris); weitere Rechtsprechung bei *Martis/Winkhart*, ArzthaftR FK (Fn. 53), Rn. V 382; vgl. *Greiner*, in: FS G. Müller (Fn. 87), 213 (218 f.); *Klein* (Fn. 67), Hyg Med 2010, 361 (362).

BGH[125] gefordert und entsprechend kritisiert wurde.[126] Nachvollziehbarer erscheint es daher, auch im Fall nosokomialer Infektionen von einer verringerten Substantiierungspflicht des Patienten und einer entsprechenden sekundären Darlegungslast des Krankenhausträgers auszugehen und der Entlastungsvermutung aus § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG ihre volle Bedeutung zukommen zu lassen.[127] Eine übermäßige Haftungsbelastung ergibt sich dadurch noch nicht.

(2) § 630h Abs. 5 BGB: Verstoß gegen KRINKO-Empfehlungen?

Zur grds. Beweislast des Patienten gehört auch der Nachweis über die Kausalität, also dass der Hygieneverstoß (zumindest mit-)ursächlich für die MRE-Infektion war. Diesen wird der Patient ähnlich schwer führen können wie den Nachweis des Behandlungsfehlers, so dass auch die Figur des groben Behandlungsfehlers zu berücksichtigen ist.[128] Dieser lässt sich mit der Rechtsprechung auf der Ebene der zugerechneten einzelnen Verrichtung der vom Krankenhausträger eingesetzten Erfüllungsgehilfen oder verfassungsmäßig berufenen Vertreter annehmen, soweit diese „elementare Regeln der Hygiene“ außer Acht lassen.[129]

Besonders fraglich erscheint aber, ob und inwieweit auf der Organisationsebene – also insbesondere bei Nichteinhaltung der KRINKO-Empfehlungen durch den Klinikträger selbst – diese Beweislastsonderregel einschlägig sein kann.[130] In diesem Zusammenhang ist zu klären, wann ein Hygienefehler als „grob“ einzuordnen ist. Konkret stellte das OLG Koblenz dazu besondere Anforderungen auf.[131] So hielt es fest, dass von einem groben Behandlungsfehler „im Hygienebereich erst ausgegangen werden kann, wenn offen zutage getretenen Gefahrensituationen nicht begegnet wird“.[132] Allerdings wird bereits aus der Formulierung deutlich, dass sich der Maßstab des OLG Koblenz nicht auf eine besonders gravierende Verletzung des Hygienestandards – etwa in Form groben Organisationsverschuldens[133] – in Masse und/oder Wiederholung[134] bezieht, sondern den in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB separat geregelten Befunderhebungsfehler betrifft.[135] Wann der Hygienestandard an sich in objektiv nicht mehr verständlicher Weise und damit grob fehlerhaft nicht eingehalten wurde,[136] ist damit noch nicht bestimmt.[137] *Schultze-Zeu/Riehn* sprechen von einem solchen Verstoß, „wenn das Krankenhaus eindeutig die KRINKO-Empfehlung ‚Personelle und organisatorische Voraussetzungen zur Prävention nosokomialer Infektionen‘[138] missachtet und beispielsweise der Stellenschlüssel unterschritten worden ist“[139]. Nachvollziehbar ist daran, dass wohl die Nichtbesetzung von eindeutig empfohlenen Stellen bereits den ersten Grund dafür bildet, eine nosokomiale Infektion nicht vermeiden oder effektiv bekämpfen zu können. Auch sieht die Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 3 IfSG exemplarisch in betrieblich-organisatorischen Maßnahmen – was auch die Besetzung von bestimmten Stellen umfasst[140] – einen potenziellen Ausgleich für baulich-funktionelle Defizite bei der Einhaltung der KRINKO-Empfehlungen,[141] was aber nicht umgekehrt – für ein betrieblich-organisatorisches Defizit – gelten kann.

Daneben erscheint auf der Ebene der zugerechneten Fehler auch eine Verletzung anderer festgeschriebener Hygienestandards als potenziell grob fehlerhaft; wenn man etwa dem OLG Düsseldorf folgt, welches einen eigenhändigen Verstoß gegen entsprechende hygienische Leitlinien bei einer Kniegelenkspunktion durch einen niedergelassenen Orthopäden wegen der herausragenden hygienischen Bedeutung als grob fehlerhaft ansah – obwohl er eine umfängliche Desinfektion seiner Hände und der Einstichstelle vornahm.[142] Die damit verbundene Frage der Rechtsverbindlichkeit ärztlicher Leitlinien wurde jedoch vom OLG Hamm bereits anders entschieden, da der konkrete Hygieneverstoß (Nichttragen eines Mundschutzes) sich zur fraglichen Zeit in fachmedizinischer Diskussion befand, zudem eine konkret maßnahmenbezogene Leitlinie nicht vorlag und aus dem Maßnahmenbündel der Hygiene einzelne Maßnahmen gravierender wirken könnten, als das Nichttragen des Mundschutzes.[143]

Ein Unterschied zwischen der dort von der Vorinstanz zur Frage der Schutzkleidung bei einer Kniegelenkspunktion herangezogenen Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Orthopädie und Traumatologie und der KRINKO-Empfehlung zu Anforderungen an

125 BGH, VersR 1991, 467.

126 *Bücken/Anschlag*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 45), 21 (30); *Jaeger*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.01.1991 – VI ZR 102/90, VersR 1991, 469.

127 So auch *Stöhr* (Fn. 45), GesR 2015, 257 (261).

128 Problematisierend *Müller*, in: Wenzel (Fn. 47), Rn. 1514 ff.

129 BGH, VersR 2008, 490 (491); VersR 1993, 1110 (1111); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 389; OLG Hamm, Urt. v. 08.11.2013 – 26 U 62/12, Rn. 25 ff., 29 (juris); OLG Karlsruhe, VersR 1989, 195 (196); *e contrario* OLG München, Urt. v. 30.06.2011 – 1 U 2414/10, Rn. 53 f. (juris); OLG Oldenburg, VersR 2003, 1544 (1545 f.); OLG Stuttgart, VersR 1990, 385 (386).

130 Dies ist laut *Stöhr* (Fn. 45), GesR 2015, 257 (262) „relativ schnell“ der Fall; dazu auch *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319).

131 OLG Koblenz, MedR 2015, 353.

132 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 389; OLG Hamm, MedR 2008, 217; OLG Koblenz, MedR 2015, 353 (354).

133 Vgl. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 382.

134 Vgl. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 382.

135 Vgl. insoweit auch die Anm. von *Reuter*, Anmerkung zu OLG Koblenz, Beschl. v. 18.9.2014 – 632/14 (LG Koblenz), MedR 2015, 354 (355).

136 Vgl. statt aller *Nebendahl*, in: Igl/Welti, GesR (Fn. 40), Rn. 1061 m.w.N.

137 So auch *Reuter* (Fn. 135), MedR 2015, 354 (355).

138 Vgl. KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2009, 951 ff. (Fußnote durch den Verf. nachträglich eingefügt).

139 *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1213), folgend *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 380.

140 Vgl. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 365 ff.

141 BT-Drucks. 17/5178, S. 18.

142 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 389.

143 OLG Hamm, MedR 2008, 217 (218) mit zustimmender Anm. *Cramer* (Fn. 108), MedR 2008, 217 (219 ff.), obwohl beide nicht auf das OLG Düsseldorf Bezug nehmen.

die Hygiene bei Punktionen und Injektionen[144] ist nicht ersichtlich.[145] Eher im Gegenteil lässt sich den Empfehlungen der KRINKO generell noch eine größere Bedeutung beimessen, da diese mit einer rechtlichen Vermutungswirkung ausgestattet wurden.[146] Dennoch sind die Ausführungen von *Liebold*[147] und *München*[148] zu berücksichtigen, nämlich dass nicht ohne weiteres von einer Rechtsverbindlichkeit der Empfehlungen ausgegangen werden kann und dass auch innerhalb der Empfehlungen der KRINKO eine Unterteilung in Evidenzkategorien vorgenommen wird,[149] die eine pauschale Antwort auf die Frage, ob ein Verstoß gegen Empfehlungen der KRINKO – sei es auf Organisations- oder Ausführungsebene – einen groben Behandlungsfehler darstellt, verhindert. Festzuhalten ist insofern, dass ein grober Behandlungsfehlers durch unbegründete Außerachtlassung der KRINKO-Empfehlungen möglich erscheint, dass es aber maßgeblich auf den Stand der fachärztlichen Diskussion und den Evidenzgrad der Empfehlung, i.E. also auf den Einzelfall, ankommt.[150]

bb) Screening: Selbst- und Drittschutz?

Interessante Aspekte wirft auch der Vorwurf eines nicht durchgeführten Screenings von Patienten auf. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen der Situation, dass der Vorwurf sich auf den Anspruchsteller selbst bezieht, und derjenigen, dass der Vorwurf sich auf einen Dritten – z.B. einen Bettnachbarn oder sonstige Mitpatienten – bezieht.

(1) Kein Screening beim Anspruchsteller

Die erste Situation lässt sich vergleichsweise leicht beurteilen: Die KRINKO empfiehlt ein sog. Risiko-Screening, d.h. ein Screening nur bei bestimmten Risikogruppen, bei denen die Wahrscheinlichkeit einer MRSA-Infektion signifikant erhöht ist.[151] Gehört der Anspruchsteller einer solchen Gruppe an und wird er dennoch keinem Screening unterzogen, so setzt sich das Krankenhaus dem Vorwurf eines die Kausalität vermutenden Befunderhebungsfehlers (§ 630h Abs. 5 S. 2 BGB) aus, wenn durch das Screening eine schnellere und effektivere Therapie einer schon vorliegenden MRSA-Infektion möglich gewesen wäre.[152] Lag zunächst nur ein Befall vor, der sich erst nach der Aufnahme zu einer vollen Infektion verwirklichte, so würde ein unterlassenes Screening hingegen die Kausalität zur Infektion selbst vermuten, wenn eine entsprechend effektivere Therapie möglich erschienen wäre.[153]

Ob ein Aufnahmescreening von bestimmten Nichtrisikopatienten als dem medizinischen Standard entsprechend anzusehen ist, ist in den bereits gezeigten Linien (s.o. aa)(1)(b)) zu beurteilen: Die KRINKO-Empfehlungen sind – auch bzgl. der Risikogruppen – auf eine ständige evidenzbasierte Überarbeitung angewiesen. Meint der Anspruchsteller, dass bei ihm ein Screening hätte durchgeführt werden müssen, obwohl er ersichtlich keiner der genannten Risikogruppen angehört, so hat er darzulegen, dass die Empfehlungen hinter dem medizinischen Standard zurückbleiben.[154] Neben einem Befunderhebungsfehler kommt auch hier ein grobes Organisationsverschulden in Betracht, etwa wenn die Arbeitsanweisungen ein Risikoscreening gar nicht vorsehen.[155]

(2) Kein Screening beim Dritten

Diese Situation lag einer Entscheidung des OLG München[156] zugrunde und wirft die Frage auf, ob die Screening-Empfehlung für Risikopatienten auch Dritte schützt. Im Grunde trifft diese Frage wieder diejenige nach der Abgrenzung von Gefahrenbereichen, denn ob ein unterlassenes Screening bei Mitpatienten für die eigenen Ansprüche gegen den Krankenhausträger auswirkt, ist danach zu beurteilen, inwieweit der Krankenhausträger generell für eine Infektion im Krankenhaus über die Mitpatienten haftet. Mehrere Instanzgerichte haben hierzu festgestellt, dass infizierte Mitpatienten anders als infiziertes Krankenhauspersonal nicht zum voll beherrschbaren Risiko des Krankenhausträgers zählen.[157] Dies lässt sich wohl für sich noch annehmen. Allerdings bezweckt ein Screening an einem Patienten nie allein die effektivere Behandlung des jeweiligen Patienten sondern immer auch die *Eindämmung von Infektionen Dritter*[158] und ist damit drittschützend. Auch hier erweist sich letztlich das Problem als ein solches der Substantiierungspflicht des Patienten, denn ohne näheren Einblick in entsprechende Dokumentationen des Krankenhauses kann der Patient auch keinen Vortrag über ein fehlendes Screening bei anderen Patienten führen und die Beweislastsonderregeln des § 630h BGB stehen ihm –

144 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2011, 1135 ff.

145 Insbes. da sowohl den KRINKO-Empfehlungen mit § 23 Abs. 3 IfSG als auch diesen Leitlinien eine Bestimmungswirkung für den fachärztlichen Standard zukommt, vgl. zu letzteren OLG Hamm, MedR 2008, 217 (218).

146 So wohl *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319).

147 *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319).

148 *München* (Fn. 105), PflR 2011, 327 (331 f.).

149 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2010, 754 ff. Diese Evidenzkategorien gelten ausdrücklich auch für die MRSA-Empfehlung, KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (697).

150 *Greiff*, Strategie der Schadensabwehr und/oder -minderung einschließlich Gesamtschuldnerausgleich, in: Ratzel/Lissel, MedSchR (Fn. 46), § 27 Rn. 9; *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (319).

151 Z.B. bei stationärem Krankenhausaufenthalt über drei Tage in den letzten 12 Monaten, regelmäßigem MRSA-Kontakt im Beruf (Nutztierwirtschaft) oder chronischen Wunden, KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (711, 720).

152 *Anschlag* (Fn. 62), MedR 2009, 513 (515 f.); *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 375.

153 OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (305); krit. *Anschlag* (Fn. 62), MedR 2009, 513 (516).

154 Insoweit OLG Koblenz, MedR 2014, 353 (354); *Lorz* (Fn. 7), NJW 2011, 3397 (3400).

155 *Anschlag* (Fn. 62), MedR 2009, 513 (516).

156 Vgl. OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 3 (juris).

157 OLG München, Urt. v. 06.06.2013 – 1 U 319/13, Rn. 34 (juris); OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2004 – 3 U 135/04, Rn. 25 ff. (juris); OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (303); OLG Oldenburg, NJW-RR 1990, 1434.

158 So wohl auch OLG Hamm, Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11, Rn. 60 (juris); *Reuter* (Fn. 135), MedR 2015, 354 (356); *Walter* (Fn. 80), MedR 2013, 294 (297).

folgt man den Anforderungen der Rechtsprechung – regelmäßig nicht zur Verfügung.[159]

(3) Paradoxon des Risikopatienten bzgl. der Beweislast

Wird bei einem Risikoscreening kein Befall und keine Infektion mit MRSA festgestellt, so gibt es gute Gründe anzunehmen, dass eine später auftretende MRSA-Infektion jedenfalls nicht aus dem Bereich des Patienten stammt. Dies umso mehr, da die Rechtsprechung bislang nicht abgeneigt war, der sachverständigen Beratung zu folgen, die darauf hinwiesen, dass eine MRSA-Besiedelung/-Infektion des Patienten bereits vorher vorgelegen haben könnte oder jedenfalls der bloße Vortrag, dass dies nicht der Fall sei, der Substantiierungspflicht nicht genüge[160] – was im umgekehrten Fall zusätzlich begründet werden müsste. Festzuhalten ist damit, dass Risikopatienten beweisrechtlich gut abgesichert sind; Nichtrisikopatienten müssen, um ihre Beweischancen im Haftungsfall zu verbessern, auf ein extra angebotenes Aufnahmescreening hoffen.[161] Die Einführung eines universellen Screenings hätte damit neben den schon aufgezeigten Organisationskosten[162] auch eine Kostengefahr in Form höherer Haftungsrisiken für die Krankenhausträger zur Folge.[163] Dies ist insofern paradox, als doch festgestellt wurde, dass der körperliche Bereich des Patienten für den Klinikträger nicht beherrschbar ist. Gerade dieser Bereich führt hier aber zum Beweisvorteil des Patienten.

cc) Aufklärung über Infektionsrisiken

Auch in Bezug auf die Aufklärung des Patienten ergeben sich im Bereich des Infektionsrisikos mit MRE Besonderheiten, denn – so die Rechtsprechung – dieses Risiko sei „allgemein bekannt“ und es handle sich dabei außerdem um kein spezifisches Eingriffsrisiko, sondern „um ein generelles Problem von Antibiotikaresistenz.“[164] Daher zähle es zu den generellen Infektionsrisiken eines Krankenhausaufenthaltes, über die der Patient nicht gesondert aufzuklären sei.[165] Eine Ausnahme wird generell nur angenommen, wenn seitens des Patienten eine erhöhte Infektionsgefahr besteht.[166] Die Frage nach einer Aufklärungspflicht wird aber auch virulent, wenn in dem Krankenhaus bereits gehäuft MRE-Infektionen aufgetreten sind.[167] In diesem Zusammenhang wird insbesondere seit der Novellierung des IfSG 2011 und den damit verbundenen Zielen (Eindämmung nosokomialer Infektionen, Bekämpfung von MRE) vertreten, dass den Krankenhausträger eine Aufklärungspflicht treffe.[168] Solches wurde in Fragen allgemeiner Hygienemängel bereits vom BGH angenommen, so dass die Überlegung der Rechtsprechung keineswegs neu erscheint.[169] Jüngst hatte sich hierzu aber das OLG Köln geäußert und in einem *obiter dictum* eine Aufklärungspflicht über eine Infektionsquote abgelehnt[170] – was vom BGH in Reaktion auf die entsprechende Nichtzulassungsbeschwerde unkommentiert blieb.[171]

Konkrete Vorgaben, ab welchem Hygienezustand und besonders ab wie vielen aktuellen Infektionen der Krankenhausträger auf eine besondere (erhöhte) Infektionsgefahr hinzuweisen hat, sind bislang nicht gegeben und wohl auch schwer fassbar. Vor diesem Hintergrund sticht das OLG Hamm[172] hervor, das sich bezogen auf die Frage, ab wann ein Hygienedefizit substantiiert dargelegt worden ist, ohne tiefergehende Würdigung auf die Angabe des Sachverständigen berief, der dieses erst ab einer zeitgleichen Infektion von zehn Patienten annehmen wollte.[173] In der Frage der Aufklärung über ein erhöhtes Infektionsrisiko im Krankenhaus verwies die Vorinstanz lediglich auf die fehlende Risikoerhöhung und wich auch unter dem Eindruck, dass vier weitere Patienten im Krankenhaus mit MRSA infiziert waren, nicht von dieser Würdigung ab[174] – ohne dabei der sich aufdrängenden Frage nachzugehen, ob die anderen infizierten Patienten vielleicht Zimmernachbarn der Klägerin waren.[175] Als Richtgröße sind die

159 Wobei hier vor allem Persönlichkeitsrechte des Dritten eine Rolle spielen, vgl. *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (321); *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1215).

160 Siehe Fn. 32 und neuere Erkenntnisse aus einem Vortrag von *Hoppenheit*, www.vdgh.de/media/file/1960.10-Hoppenheit.pdf (Abruf v. 04.09.2016).

161 OLG Koblenz, MedR 2015, 353 (354); OLG Köln, GesR 2013, 413 (414); OLG München, GesR 2013, 618 (620); VersR 2011, 885 (886); OLG Saarbrücken, VersR 1988, 95; *Lafontaine/Schmidt*, in: jurisPK-BGB (Fn. 50), § 630h Rn 78.

162 Bezogen auf die nach positivem Screening-Befund zu erfolgende Isolation OLG Hamm, Urt. v. 20.03.2012 – 26 U 78/11, Rn. 60 (juris); anderes vermuten lassend OLG München, Beschl. v. 09.09.2011 – 1 U 2952/11, Rn. 4 (juris); andeutend *Kern/Reuter* (Fn. 15), MedR 2014, 785 (791); *Wartjen* (Fn. 44), GesR 2015, 650 (652).

163 So wohl auch *Anschlag/Bücken*, in: FS 25 Jahre Arzthaftung (Fn. 45), 21 (34).

164 OLG Hamm, Urt. v. 16.06.2008 – 3 U 148/07, Rn. 50 (juris).

165 LG Arnsberg, Urt. v. 17.06.2013 – 5 O 25/10, Rn. 92 ff. (juris); OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (304); OLG Hamm, Urt. v. 16.06.2008 – 3 U 148/07, Rn.50 (juris).

166 *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014. 317 (320).

167 OLG Koblenz, MedR 2015, 353 (354) m. Anm. *Reuter* (Fn. 135), MedR 2015, 354 (357).

168 Für besseren Ausbau des Risikomanagements in Krankenhäusern *Bergmann*, Entwicklungstendenzen des Risikomanagements im Krankenhaus, in: Arbeitsgemeinschaft im Deutschen Anwaltsverein (Hrsg.), Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen – Festschrift 10 Jahre Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV, 2008, 497 (504 f.); beim Einsatz infizierten Krankenhauspersonals *Kamps*, Der Einsatz infektiöser Ärzte und medizinischer Arbeitskräfte im Gesundheitsdienst, MedR 2005, 1 (12); unbestimmt *Reuter* (Fn. 135), MedR 2015, 354 (356); für generelle Hygienemissstände *Schultze-Zeu/Riehn* (Fn. 72), VersR 2012, 1208 (1214); bei veralteter räumlicher Hygienebedingung *Schneider* (Fn. 62), RDG 2005, 50 (51).

169 BGH, VersR 1971, 227 (230); a.A. *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 385 ff.

170 Urt. v. 05.08.2009 – 5 U 69/08.

171 Beschl. v. 07.02.2011 – VI ZR 269/09.

172 OLG Hamm, Urt. v. 14.04.2015 – 26 U 125/13 (juris).

173 OLG Hamm, Urt. v. 14.04.2015 – 26 U 125/13, Rn. 36 (juris), krit. *Kirchhoff*, www.kirchhoff-anwalt.de/overall/doc/2015/Hamm.pdf (Abruf v. 02.07.2017).

174 LG Arnsberg, Urt. v. 17.07.2013 – 5 O 25/10, Rn. 92 ff. (juris).

175 *Schulz-Hillenbrand*, Hygienedefizit samt Beweislastumkehr erst bei mehr als zehn MRSA-Infektionen anzunehmen?, AMK 2015, 12, http://www.iww.de/amk/fao-fortbildung/arzthaftungsrecht-hygienedefizit-samt-beweislastumkehr-erst-bei-mehr-als-zehn-mrsa-infektionen-anzunehmen-f86798 (Abruf v. 18.08.2016).

genannten simultanen zehn Infektionen zu pauschal und finden keine erkennbare fachliche Grundlage.[176] Eine solche ließe sich allenfalls in der KRINKO-Empfehlung für das Ausbruchsmanagement bei gehäuften nosokomialen Infektionen finden, die ein Einschreiten insbesondere bei einem gehäuften Auftreten von mehr als zwei MRE-Infektionen fordert.[177] Diese Überlegung findet ihre gesetzliche Stütze in § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG, denn zu dem dort vermuteten Facharztstandard gehört auch die Durchführung einer angemessenen Risikoaufklärung.[178] Allerdings schreibt die KRINKO-Empfehlung nicht ausdrücklich eine *Aufklärung ab dem Auslöseereignis* vor. Um eine generelle Aufklärungspflicht im Bereich von nosokomialen Infektionen zu legitimieren, fehlt diesem Ansatz die Grundlage; es ist daher die weitere Rechtsprechung zu beobachten.[179] Konkret für die Infektion mit MRE kann der Ansatz hingegen unter dem Gesichtspunkt der Risikogruppen durchdringen, denn – wie bereits gezeigt – ist die Wahrscheinlichkeit eines MRE-Befalls bei bestimmten Patienten individuell höher und bei diesen Patienten liegt im Falle eines Krankenhausaufenthaltes etwa mit der körperlichen Schwächung des Patienten bei der Therapie auch ein individuell erhöhtes Infektionsrisiko vor. So ist in diesen Fällen bereits das grundlegende Ausnahmekriterium für eine gesonderte Risikoaufklärung über eine Infektionsgefahr erfüllt.[180] Da zudem ein handhabbarer Maßstab verfügbar ist[181] und mit der Novellierung des IfSG auch ein Transparenzziel bzgl. nosokomialer MRE-Infektionen verfolgt wird,[182] ist kein Grund ersichtlich, warum der Krankenhausträger im Einzelfall nicht über eine MRE-Quote aufzuklären hätte.

IV. Zusammenfassung und abschließende Stellungnahme

Die Beweiserleichterungen des BGB sowie die Regelungen des IfSG helfen dem Patienten, der sich im Krankenhaus mit MRE infiziert, nur bedingt. Zwar gehören Fragen des Hygienemanagements, soweit sie durch Organisation und Koordination dem Patienten einen Erfolg garantieren, zum hygienisch voll beherrschbaren Risiko (§ 630h Abs. 1 BGB). Dies ist bei der Einhaltung der KRINKO-Empfehlungen gem. § 23 Abs. 3 IfSG der Fall, so dass der Krankenhausträger über § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG dem nach § 630h Abs. 1 BGB vermuteten Behandlungsfehler begegnen kann. Wesentliche Stellschraube ist aber nicht die Einordnung als voll beherrschbares Risiko an sich, sondern die Frage der Substantiierungspflicht des Patienten, dass die Infektion aus einem hygienisch voll beherrschbaren Bereich stammt. Da dem Patienten nach jüngster Rechtsprechung ein Einsichtsrecht in organisatorische Unterlagen des Krankenhausträgers fehlt und die meisten hygienespezifischen Maßnahmen keiner Dokumentationspflicht in der Patientenakte unterliegen (§ 630h Abs. 3 BGB), ist diese Hürde für den Patienten schwer zu nehmen, zumal die übliche Erleichterung in der Substantiierung seitens des Patienten gerade hier laut Rechtsprechung nicht gelten soll. Da unter diesen Umständen der Patient mehr auszuforschen hätte (nämlich die positive oder negative Identifikation der Keimquelle), als der Krankenhausträger infektionspräventiv schuldet, kann dieser Zustand nicht anerkannt werden. Die offene Frage, wann ein grober Hygienefehler auf eigenhändig organisatorischer Ebene des Trägers vorliegt, ist demgegenüber weiterhin stark vom Einzelfall abhängig, wobei in einem gewissen Umfang die KRINKO-Empfehlungen auch hier Bedeutung haben. Im Bereich der Befunderhebung, also im Rahmen des Risikoscreenings auf MRSA-Infektionen, ergibt sich das Paradoxon, dass Risikopatienten die günstigste Ausgangsposition haben, wenn bei ihnen kein Befall mit diesem Erreger festgestellt wird. Wegen des Drittschutzes des Screenings, erlangt ein Unterlassen beim Dritten auch für den Anspruchsteller Relevanz, wobei sich auch hier die Frage nach der vollen Beherrschbarkeit einer Mitpatienteninfektion sowie nach der Substantiierungslast stellt. Zur Frage fehlerhafter Aufklärung über MRE-Infektionen ist festzuhalten, dass bei einem gehäuften Auftreten von MRE-Infektionen KRINKO-Empfehlungen zur Einleitung eines Ausbruchsmanagements als maßgebliche Grundlage zur Schaffung höherer Transparenz herangezogen werden können und sollten. Dies würde vor allem dem Gegenbeweis des § 23 Abs. 3 S. 2 IfSG die zur Verbesserung der Krankenhaushygiene notwendige Bedeutung zukommen lassen.

Damit ist zu empfehlen:

1a. Die Senkung der Substantiierungspflicht des Patienten bzgl. der Infektion aus hygienisch voll beherrschbaren Bereichen der Klinik oder

1b. Die Gewähr eines umfassenden Einsichtsrechtes in Erregerdokumentationen und Hygienepläne des Krankenhauses.

2. Die Präzisierung des Maßstabs eines groben Hygienefehlers durch die Rechtsprechung unter Würdigung der KRINKO-Empfehlungen.

3. Eine Aufklärung von Risikopatienten über einen zurückbleibenden hygienischen Standard am jeweiligen Klinikum, jedenfalls aber über mindestens zwei weitere MRE-Infektionen am Krankenhaus.

176 *Schulz-Hillenbrand* (Fn. 175), AMK 2015, 12; *Kirchhoff* (Fn. 173).

177 KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2002, 180 (185).

178 Vgl. *Kamps* (Fn. 168), MedR 2005, 1 (12); *Jaeger*, PRG (Fn. 71), Rn. 70.

179 So auch *Liebold* (Fn. 16), ZMGR 2014, 317 (320). Zur fraglichen weiteren Aktualität dieses Punktes angesichts der vom Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) inzwischen festgelegten Indikatoren zur Messung der Hygienequalität von medizinischen Einrichtungen (*Vossen*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Bd. 1, 94. EL 2017, § 136a SGB V Rn. 3 ff.) siehe *Liebold*, a.a.O. Fn. 34.

180 Anders aber wohl das OLG Naumburg, MedR 2013, 302 (304).

181 Dies umso mehr, als die Empfehlung zum Ausbruchsmanagement etwa bei mehr als zwei MRSA-Infektionen eine hohe Evidenzkategorie aufweist (Kat IB), vgl. KRINKO-Empfehlung, Bundesgesundheitsbl. 2014, 696 (719) und daher ein Außerachtlassen nach obigen Erwägungen (III.2.b)aa)(2)) u.U. als grob fehlerhaft angesehen werden könnte, vgl. OLG Oldenburg, VersR-R 2003, 1544.

182 *Zinka/Peschel/Schulte-Sasse* (Fn. 1), Rechtsmedizin 2016, 61 (63) insgesamt dazu.