

**Rechtsprechung Arzthaftung 2015 – Stand: 01.11.2015 – 85 Entscheidungen**  
 Im Inhaltsverzeichnis auf die entsprechende Passage klicken, dann erreichen Sie den Volltext der Entscheidung  
 \*\*\*\*\*

**Inhaltsverzeichnis**

1. BGH, Beschluss vom 29.09.2015 – VI ZR 418/14 – \* Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats darf der Tatrichter Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte, und ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten treffen; ein Ausnahmefall kann vorliegen, wenn schon die unstrittigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben ..... 9

2. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.09.2015 – 1 U 132/14 – \* Äußert der Sachverständige in seinem Gutachten Kritik an der ärztlichen Dokumentation und bezeichnet diese auch mit Blick auf die Weiterbehandlung des Patienten als lückenhaft, muss das Gericht dies zur Kenntnis nehmen und sich mit den Konsequenzen dieser Lücken im Einzelfall befassen. - Eine pflichtwidrig lückenhafte Dokumentation kann ein Behandlungsfehler sein, wenn die fehlenden Angaben in der Weiterbehandlung des Patienten zu vermeidbaren medizinischen Defiziten und dadurch zu einem Schaden führen. .... 10

3. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 25.08.2015 – 5 W 35/15 – \* § 630 Abs. 2 S. 2 BGB gewährt dem Patienten u.U. auch einen Anspruch auf eine Erklärung des Behandlers, dass für ihn keine Umstände erkennbar sind, welche die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen können (sog. Negativauskunft)..... 19

4. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 12.08.2015 – 5 U 50/15 – \* Ist einzig verbliebene Folge eines groben Diagnose- und Befunderhebungsfehlers (hier: unzureichende Untersuchung einer Gewebeprobe) eine Verzögerung der Behandlung, nimmt ein später auftretender Sekundärschaden (Mammakarzinom als Rezidiv) nur dann an der Beweislastumkehr teil, wenn die entsprechende Verzögerung typischerweise geeignet ist, diesen Sekundärschaden hervorzurufen ..... 21

5. OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2015 – 5 U 758/14 – \* Arzthaftung: Aufklärungspflicht bei unterschiedlichen Operationstechniken; hypothetische Einwilligung bei lückenhafter Risikoaufklärung; Beweisfolgen der Vernichtung von Behandlungsunterlagen; keine Sachverständigenanhörung zu Rechtsfragen ..... 24

6. OLG Köln, Urteil vom 15.07.2015 – 5 U 202/08 – \* Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor Durchführung einer Umstellungsosteotomie; Schmerzensgeldbemessung bei distaler Oberschenkelamputation ... 28

7. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 08.07.2015 – 5 U 28/15 – \* Der Verursacher eines Verkehrsunfalls wird nicht von der Haftung für Folgeschäden des verletzten Unfallopfers (hier: hypoxischer Hirnschaden) frei, nur weil diese in weiten Teilen durch einen groben Behandlungsfehler des nach dem Unfall erstbehandelnden Krankenhauses verursacht sind. .... 36

8. OLG Hamm, Urteil vom 07.07.2015 – 26 U 112/14, I-26 U 112/14 – \* Unterlassene Abstrichentnahme bei einer perforierten Appendizitis..... 43

9. OLG Hamm, Urteil vom 03.07.2015 – I-26 U 104/14, 26 U 104/14 – \* Wird bei einer jugendlichen Patientin (15 Jahre) die Ursache eines erhöhten Blutdrucks (160/100) nicht abgeklärt, ist der Hausärztin ein Befunderhebungsfehler zur Last zu legen. Kommen weitere Alarmzeichen -mehrfache Bewusstlosigkeiten- hinzu, ist die mangelnde Befunderhebung als grober Behandlungsfehler der Hausärztin zu werten. Für den Verlust beider Nieren, der Dialysepflicht und 53 Folgeoperationen - darunter erfolglose Nierentransplantation - ist bei einer jugendlichen Patientin ein Schmerzensgeld von 200.000 EUR angemessen ..... 50

10. OLG Köln, Beschluss vom 01.07.2015 – 5 U 18/15 – \* Vor der Durchführung einer Operation muss der Arzt nicht aufklären über eine aufgrund eines unauffälligen Befundes nicht zu erwartende, sich intraoperativ ergebende Notwendigkeit einer Sehnendurchtrennung (hier: lange Bizepssehne) ..... 58

11.	OLG München, Urteil vom 26.06.2015 – 10 U 2581/13 – * Schmerzensgeld bei Verletzung durch Verkehrsunfall: Operative Behandlung einer Schulterverletzung und Dauerschaden durch Armvenenthrombose sowie chronisches Schmerzsyndrom mit belastungsabhängiger Schmerzverschlimmerung .....	60
12.	OLG Koblenz, Beschluss vom 23.06.2015 – 5 U 267/15 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht eines Urologen bei jahrelang persistierenden Miktionsproblemen; Abgrenzung eines Diagnoseirrtums vom Befunderhebungsversäumnis bei transsymphysärer Fistelbildung nach Prostataresektion .....	64
13.	OLG Hamm, Beschluss vom 19.06.2015 – I-32 SA 25/15, 32 SA 25/15 – * Im Arzthaftungsprozess bestimmt sich der Erfolgsort des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung regelmäßig nach dem Ort der in Frage stehenden fehlerhaften ärztlichen Behandlung, wenn durch diese die primäre Gesundheitsbeschädigung des klagenden Patienten eingetreten ist. Der Ort, an dem weitere sekundäre Schadensfolgen einer zuvor vollendeten ärztlichen Behandlung eingetreten sind, ist kein Erfolgsort im Sinne von § 32 ZPO .....	67
14.	OLG Koblenz, Beschluss vom 18.06.2015 – 5 U 66/15 – * Berufung im Arzthaftungsprozess: Sorgfaltspflichten eines Hausarztes bei Patient mit kontinuierlich steigendem PSA-Wert; versäumte Überweisung an einen Urologen; inhaltliche Anforderungen an die Patientenberatung; Dokumentationsfehler durch getrennte Dokumentation verschiedener Befunde; Präklusion neuen Parteivortrags zum Behandlungsgeschehen .....	68
15.	BGH, Beschluss vom 16.06.2015 – VI ZR 332/14 – * Berufung im Arzthaftungsprozess wegen Geburtsschäden: Pflicht des Tatrichters zu Klärung von Widersprüchen von Amts wegen; Einwand des verspäteten Vorbringens bei fehlender richterlicher Aufklärung von Amts wegen; Rechtsfehler bei Begutachtung durch Sachverständigen eines nicht einschlägigen Fachgebiets .....	72
16.	OLG Köln, Beschluss vom 15.06.2015 – 5 U 186/14 – * Arzthaftung: Übersehen einer Orbitabodenfraktur als grober Behandlungsfehler .....	76
17.	OLG Köln, Beschluss vom 08.06.2015 – 5 U 197/14 – * Ein haftungsbegründender Diagnosefehler kann nicht darin gesehen werden, dass die Behandler der Beklagten (im09.2005) die Diagnose Fibromyalgiesyndrom anstelle der Diagnose Sjögren-Syndrom in Verbindung mit neurogener Muskelatrophie gestellt - und in der Folge den Kläger dementsprechend behandelt - haben. ....	78
18.	OLG Köln, Beschluss vom 08.06.2015 – 5 U 128/14 – * Arzthaftung: Überzeugungskraft eines Sachverständigengutachtens - Es ist offenkundig und bedarf keines Beweises, dass eine schwere Komplikation bei einem Schwangerschaftsabbruch bei bestehendem Kinderwunsch eine schwere persönliche Belastung darstellt. .	80
19.	OLG Köln, Beschluss vom 01.06.2015 – 5 U 18/15 – * Arzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch eines Patienten wegen Durchtrennung der langen Bizepssehne im Zusammenhang mit einem arthroskopischen Eingriff; Umfang der Aufklärungspflicht; hypothetische Einwilligung des Patienten .....	82
20.	OLG München, Beschluss vom 01.06.2015 – 24 W 881/15 – * Ärztliche Untersuchung einer Partei durch gerichtlichen Sachverständigen: Eingriff in die Privatsphäre; Kein Anwesenheitsrecht der Gegenpartei bei der Untersuchung und dem Anamnesegespräch .....	85
21.	OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2015 – I-26 U 2/13, 26 U 2/13 – * Ein Arzt, der auf vollständig erhobenen Befunden einen falschen Schluss zieht, unterliegt einem - für sich allein noch nicht haftungsbegründenden - Diagnoseirrtum. Dieser stellt erst dann einen haftungsbegründenden Diagnosefehler dar, wenn die Diagnose im Zeitpunkt der medizinischen Behandlung aus der Sicht eines gewissenhaften Arztes medizinisch nicht vertretbar ist	88
22.	OLG Köln, Beschluss vom 27.05.2015 – 5 U 194/14 – * Arzthaftungsprozess: Kausalzusammenhang zwischen Behandlungs- und Befunderhebungsfehler und der Implantation einer Kniegelenksprothese .....	90
23.	OLG Köln, Beschluss vom 18.05.2015 – 5 U 12/15 – * Zahnarzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen mangelnder Eingriffs- und Risikoaufklärung unter Berücksichtigung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung des Patienten .....	92
24.	OLG Köln, Beschluss vom 13.05.2015 – 5 U 166/14 – * Arzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch aufgrund eines Lagerungsschadens .....	94

25.	OLG Hamm, Beschluss vom 07.05.2015 – I-32 SA 14/15, 32 SA 14/15 – * Gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung: Gerichtsstand bei Inanspruchnahme zweier Kliniken wegen ärztlicher Behandlungsfehler .....	96
26.	OLG Koblenz, Beschluss vom 06.05.2015 – 5 W 305/15 – * Arzthaftungsprozess: Abgrenzung eines Parteiwechsels von einer Rubrumsberichtigung - Auch im Arzthaftungsprozess ist die Bezeichnung einer Partei auslegungsfähig. Entscheidend ist nicht das erkennbar fehlerhaft Verlautbarte, sondern das ersichtlich Gewollte..	98
27.	OLG Köln, Beschluss vom 06.05.2015 – 5 U 181/14 – * Krankenhaushaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen der Fehlplatzierung einer Magensonde in die Luftröhre .....	99
28.	OLG Nürnberg, Urteil vom 30.04.2015 – 5 U 2282/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Notwendige Risikoaufklärung über mögliche Komplikationen vor einer Hüftprothesen-Wechseloperation; Schmerzensgeld bei Verletzung des Nervus ischiadicus .....	102
29.	**Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 30.04.2015 – 12 U 165/13 – * Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit einer Operation am rechten Arm; hypothetische Einwilligung des Patienten; Schmerzensgeldanspruch aufgrund verspäteter Schmerzbehandlung.....	114
30.	Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 30.04.2015 – 4 U 893/13 – * Die Tätigkeit eines Durchgangsarztes ist jedoch nicht ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen. Bei der gemäß § 34 Abs. 1 SGB VII zu treffenden Entscheidung, ob es erforderlich ist, eine besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Versorgung einzuleiten, erfüllt der Durchgangsarzt nämlich eine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht. Deshalb ist diese Entscheidung als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten (BGHZ 179, 115, 120 m.w.N. Urteil vom 09.03.2010 – VI ZR 131/09 – Rn. 8). Insoweit stellen die Berufsgenossenschaften die Heilverfahrensarten "allgemeine Heilbehandlung" und "besondere Heilbehandlung" zur Verfügung (vgl. Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 34 Rn. 4).....	122
31.	LG Heidelberg, Urteil vom 22.04.2015 – 4 O 221/13 – * Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes .....	126
32.	OLG Köln, Urteil vom 22.04.2015 – 5 U 108/14 – * Arzthaftungsprozess: Indikation für eine Arthroskopie; Befragung des Klägers bei einer Untersuchung durch den medizinischen Sachverständigen.....	133
33.	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.04.2015 – 10 W 57/14, 10 W 57/14 (Abl) – * Der Sachverständige handelt grob fahrlässig, wenn er in seinem Gutachten Formulierungen verwendet, die ein subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit rechtfertigen können. Die unbedingt erforderliche Unparteilichkeit des Sachverständigen gebietet es, dass sich der Sachverständige während der Gutachtenerstattung absolut neutral verhalten muss und dass er die Beweisfragen unvoreingenommen und objektiv beantwortet. Bereits der durch seine Formulierungen verursachte Anschein der Parteilichkeit macht das Gutachten unbrauchbar, auch wenn es sachlich tatsächlich ohne Mängel ist. Der Sachverständige verliert dann seinen Vergütungsanspruch .....	138
34.	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.04.2015 – 1 U 119/13 – * Ohne erkennbare Einschränkungen der Gehfähigkeit im Sinne einer claudicatio intermittens ist eine Befunderhebung (Angiografie) zum Ausschluss eines sich anbahnenden oder vorliegenden arteriellen Verschlusses nicht geboten. - Erweckt der Patient den Anschein einer Besserung des zuvor geäußerten Beschwerdebildes, kann dies einem Befunderhebungsfehler entgegen stehen. ....	141
35.	OLG Hamm, Urteil vom 14.04.2015 – I-26 U 125/13, 26 U 125/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Verschuldenszurechnung bei der Hinzuziehung eines Konsiliararztes; Beweislastumkehr bei einer MRSA-Infektion eines Patienten aufgrund eines Hygienemangels .....	145
36.	OLG Köln, Beschluss vom 13.04.2015 – 5 U 129/14 – * erichtssachverständiger im Arzthaftungsprozess: Befangenheitsbesorgnis bei Vertretung des Patienten eines Arzthaftungsrechtsstreits gegen den Sachverständigen durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers.....	147

37.	Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 02.04.2015 – 5 U 12/14 – * Arzthaftung: Aufklärungspflicht über das Risiko einer spinalen Ischämie bei einem infrarenalen Aorteneingriff wegen eines Bauchaortenaneurysmas; hypothetische Einwilligung des Patienten; ernsthafter Entscheidungskonflikt .....	150
38.	OLG Hamm, Beschluss vom 30.03.2015 – I-3 U 26/14, 3 U 26/14 – * Bei Sozialleistungen, die nicht auf Grund eines Sozialversicherungsverhältnisses erbracht werden, ist für den Zeitpunkt des Anspruchsüberganges nach § 116 SGB X maßgebend, dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles eine Leistungspflicht ernsthaft in Betracht zu ziehen ist. ....	156
39.	OLG Köln, Beschluss vom 30.03.2015 – 5 U 128/14 – * Arzthaftung: Harnleiterabriss bei Einsatz manueller Kraft bei einem Schwangerschaftsabbruch; Schmerzensgeldbemessung bei Verlust einer Niere.....	160
40.	OLG Köln, Beschluss vom 30.03.2015 – 5 U 139/14 – * Zahnarzthonorarklage: Aufrechnung mit Kosten einer fehlerbedingt erforderlichen Nachbehandlung; Unbrauchbarkeit einer prothetischen Versorgung.....	162
41.	LG Münster, Urteil vom 25.03.2015 – 108 O 13/13 – * Ärztliche Aufklärungspflicht vor einer allogenen Stammzelltransplantation: Pflicht zur Aufklärung über entfernte Risiken und Nebenwirkungen eingesetzter Medikamente.....	165
42.	OLG Köln, Urteil vom 25.03.2015 – I-5 U 100/14, 5 U 100/14 – * Kinderarztthaftung: Haftung für Unterlassen; Erforderlichkeit der Einweisung eines Neugeborenen in ein Krankenhaus bei Gelbfärbung; Anforderungen an eine Sicherungsaufklärung .....	172
43.	OLG Frankfurt, Urteil vom 24.03.2015 – 8 U 179/13 – * Arztthaftung: Ärztliche Methodenwahl bei der Behandlung eines Hüftgelenkschadens .....	182
44.	OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2015 – 5 W 4/15 – * Haftung für Medizinprodukte: Dem beklagten Hersteller von einer dem Kläger implantierten ASR-Hüftgelenksprothese ist es ggf. zuzumuten, dass Sachverständige als Gerichtsgutachter herangezogen werden, die sich bereits außergerichtlich mit den von der Beklagten hergestellten Hüftgelenksprothesen und der Frage ihrer Fehlerhaftigkeit befasst haben.....	186
45.	OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2015 – 5 W 5/15 – * Sachverständigenablehnung: Besorgnis der Befangenheit wegen Erstattung eines Privatgutachtens für einen Dritten in derselben Sache .....	188
46.	LG Münster, Urteil vom 23.03.2015 – 111 O 41/12 – * Schadensersatz nach grob fehlerhafter Behandlung: Erstattung von Fahrtkosten für Angehörigenbesuche; Erstattungsfähigkeit erhöhter Reisekosten .....	189
47.	OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2015 – I-5 W 7/15, 5 W 7/15 – * Arztthaftungssache: Angemessenheit der Höhe des Schmerzensgeldes sowie der Geschäftsgebühr des Rechtsanwalts .....	194
48.	LG Dortmund, Urteil vom 18.03.2015 – 4 O 152/12 – * Der Kläger hat nicht bewiesen, dass das Rettungsteam, das für die Beklagte am 24.02.2011 hoheitlich handelnd tätig geworden ist, dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflichten verletzt hat.....	195
49.	OLG Hamm, Beschluss vom 18.03.2015 – I-3 U 20/14, 3 U 20/14 – * Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte weder ihre aus dem Krankenhausaufnahmevertrag resultierende dienstvertragliche Obhutspflicht noch ihre aus § 823 Abs. 1 BGB folgende - inhaltsgleiche - Pflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Patienten verletzt hat. ....	199
50.	OLG Hamm, Urteil vom 17.03.2015 – I-28 U 208/13, 28 U 208/13 – * Zu den Beratungspflichten eines Rechtsanwalts, der in einer vorausgegangenen Arztthaftungssache einen Abfindungsvergleich abschließt. - Zu Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität in einer Anwaltshaftungssache, wenn es um den hypothetischen Ausgang einer Arztthaftungssache geht .....	204
51.	OLG Hamm, Urteil vom 17.03.2015 – I-26 U 108/13, 26 U 108/13 – * Schmerzensgeld für eine Fehlbehandlung bei der Geburt – Schmerzensgeld 300.000 €. ....	215
52.	OLG Köln, Beschluss vom 13.03.2015 – 5 U 93/14 – * Zahnarzthonorar: Erlass einer Honorarforderung	219
53.	OLG Frankfurt, Urteil vom 12.03.2015 – 15 U 73/13 – * Arztthaftung: Angeblich fehlerhafte Knieoperation – Verjährung: Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs	

oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder dass Erfolgsaussicht besteht .....	221
54. LG Berlin, Urteil vom 10.03.2015 – 8 O 119/13 – * Arzt- und Krankenhaushaftung: Beinamputation nach fehlerhafter Wundversorgung - Ein Intervall für Wundspülung und Verbandwechsel von dreimal wöchentlich ist aus medizinischer Sicht angemessen und sachgerecht und stellt keine Verkürzung des medizinischen Standards dar. 228	
55. LG Koblenz, Urteil vom 10.03.2015 – 6 S 310/14 – * Zahnarzthaftungsprozess: Überstopfen eines Zahnes als Behandlungsfehler.....	231
56. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 09.03.2015 – 1 U 10/14 – * Krankenhaushaftung: Darlegungslast der Behandlerseite im Zusammenhang mit der gebotenen Risikoaufklärung bei einer Patientin mit einem Bandscheibenvorfall; Reichweite der Risikoaufklärung bei alternativen Behandlungsmethoden; Aufklärungsmängel und hypothetische Einwilligung; Schmerzensgeldanspruch und Feststellung der Ersatzpflicht für Zukunftsschäden bei Erwerbsunfähigkeit der Patientin infolge einer Infektion mit Staphylococcus aureus .....	233
57. OLG München, Urteil vom 06.03.2015 – 10 U 824/14 – * Ob über die Primärverletzung hinaus ein Unfall auch für weitere Beschwerden des Unfallopfers ursächlich ist, ist eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität, die sich gem. § 287 ZPO beurteilt (.....)	242
58. LG Krefeld, Urteil vom 05.03.2015 – 3 O 414/12 – * Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität nur dann in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist und einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst darstellt. Von einem fundamentalen Diagnosefehler kann nur ausgegangen werden, wenn ein eindeutiges Krankheitsbild in einer fundamentalen Weise, die aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich ist, verkannt wird.....	246
59. OLG Koblenz, Urteil vom 04.03.2015 – 5 U 966/14 – * Die präoperative Aufklärung ist mangelhaft, wenn der vorgesehene Eingriff lediglich eine von mehreren Optionen darstellt und dem Patienten diese Optionen mit ihren jeweiligen Belastungen und Erfolgchancen nicht verdeutlicht werden. Das gilt auch dann, wenn ein zweifelhaft indizierter Eingriff (hier: Meniskus – Teilresektion) um eine nicht zwingend erforderliche Maßnahme im selben Gelenk erweitert werden soll (hier: Kreuzbandplastik).....	249
60. OLG Koblenz, Beschluss vom 03.03.2015 – 5 U 2/15 – * Der gerichtliche Sachverständige haftet nur dann für eine falsche Begutachtung, wenn die von ihm mitgeteilten Erkenntnisse Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung geworden sind. ....	252
61. BGH, Beschluss vom 03.03.2015 – VI ZR 490/13 – * Berufung im Arzthaftungsprozess: Gehörsverletzung bei verfahrensfehlerhafter Präklusion von Parteivortrag durch den Tatrichter; Voraussetzungen für die Berücksichtigungsfähigkeit neuen Vortrags .....	255
62. OLG Köln, Beschluss vom 02.03.2015 – 5 U 105/14 – * Für den behandelnden Arzt folgt aus einem Behandlungsvertrag die Nebenpflicht, über den jeweils betroffenen Patienten gefertigte Behandlungsunterlagen während der Aufbewahrungspflicht angemessen sorgfältig aufzubewahren und sie dem Patienten auf dessen Wunsch hin zugänglich zu machen.....	257
63. OLG Köln, Beschluss vom 02.03.2015 – 5 U 129/14 – * Das Unterlassen einer Behandlung eines Knorpelschadens im Bereich der Rückfläche der Kniescheibe, der lediglich einen Grad von I bis maximal II aufweist, stellt keinen Behandlungsfehler dar. ....	260
64. OLG Köln, Urteil vom 25.02.2015 – 5 U 102/14 – * Arzthaftungsprozess: Behandlungsfehler durch das Einsetzen einer Totalendoprothese im Knie; unterlassene Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden. - Adipositas ist ein Umstand, der vor allem das Ergebnis einer Umstellungsosteotomie und einer Implantation einer unikondylären Schlittenprothese negativ beeinflussen kann und das Risiko einer relativ rasch notwendigen Revisionsoperation erhöht.....	263

65. OLG Koblenz, Beschluss vom 24.02.2015 – 5 U 1320/14 – \* Die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB müssen nicht hinsichtlich des gesamten Schadensbildes vorliegen. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist der Eintritt der ersten Schadensfolge. Treten später weitere Folgen hinzu, beginnt die Verjährung nicht von Neuem. Verjährungshemmung durch "demnächstige" Klagezustellung nach verzögerter Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses ..... 269
66. BGH, Urteil vom 24.02.2015 – VI ZR 106/13 – \* Bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob handelt es sich um eine juristische Wertung, die dem Tatrichter obliegt. Diese wertende Entscheidung muss aber in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können ..... 271
67. OLG Köln, Urteil vom 18.02.2015 – 5 U 128/13 – \* Arzthaftung: Umfang der Hinweispflicht bei durch den Patienten verweigerter Aufnahme in ein Krankenhaus ..... 275
68. OLG Hamm, Urteil vom 18.02.2015 – I-3 U 166/13, 3 U 166/13 – \* Verzögert ein grober Befunderhebungsfehler die Behandlung eines Synovialsarkoms im Unterschenkel einer Patientin, kann eine nach der Behandlung zurückbleibende dauerhafte Fuß- und Großzehenheberschwäche dem Behandlungsfehler zuzurechnen sein (Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern in Bezug auf einen Sekundärschaden, der eine typische Folge des Primärschadens ist). ..... 278
69. OLG Köln, Urteil vom 11.02.2015 – 5 U 181/12 – \* Ein sich nicht als grober ärztlicher Fehler darstellender Befunderhebungsfehler wegen einer unterlassenen Ganzbeinröntgenaufnahme vor einer knorpelchirurgischen Maßnahme begründet keine Haftung des Arztes, wenn der Patient nicht beweisen kann, dass im Falle einer Ganzbeinaufnahme eine Achsfehlstellung diagnostiziert worden wäre, die eine Korrekturosteotomie nach sich gezogen hätte und dadurch ein positiver Heilungsverlauf in der Weise herbeigeführt worden wäre, dass die nachfolgenden Operationen mit mehrfachem Einsatz von Kniegelenksprothesen nicht erforderlich geworden wären. 281
70. OLG Köln, Urteil vom 04.02.2015 – 5 U 88/14 – \* Arzthaftung: Unterlassen einer Thoraxaufnahme und einer diagnostischen Abklärung eines Schlafapnoesyndroms vor einem bariatrischen Eingriff. - Bei einem bestehenden Verdacht auf ein Schlafapnoesyndrom ist präoperativ eine diagnostische Abklärung nicht notwendig. Auch muss eine Nachbeatmung des Patienten nach der Operation nach medizinischem Standard nicht erfolgen. 287
71. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.02.2015 – 5 U 1171/14 – \* Arzthaftung für verzögerte Verlegung in ein Krankenhaus der Maximalversorgung bei unverändertem Krankheitsverlauf; gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Arzthaftungsprozess bei mündlichem Privatgutachten. - Die gesteigerte gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Arzthaftungsprozess enthebt die Partei, die die Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen mit einem mündlich erstatteten Privatgutachten angreift, nicht der Verpflichtung, zur fachärztlichen Qualifikation und zum beruflichen Werdegang des Privatgutachters vorzutragen, sofern beides nicht gerichtsbekannt ist oder sich aus allgemein zugänglichen Quellen (Internetseite etc.) erschließt. Ohne einen derartigen Vortrag erfordert das in indirekter Rede wiedergegebene telefonische Privatgutachten kein weiteres Gerichtsgutachten, wenn der Erstgutachter die Auffassung des Privatgutachters bereits bei einer mündlichen Anhörung überzeugend entkräftet hat. .... 293
72. OLG Köln, Beschluss vom 02.02.2015 – 5 U 121/14 – \* Zahnarzthaftung: Rückschluss von einem negativen Behandlungsverlauf auf einen Behandlungsfehler; Pflicht zur Aufklärung hinsichtlich des Risikos einer Zerstörung von Kronen. - Liegen Schäden an eingebrachtem Zahnersatz vor, die nicht anders als durch einen Behandlungsfehler zu erklären sind, darf von dem negativen Verlauf einer Behandlung auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden. Der Patient ist zudem auf das Risiko einer Zerstörung von Kronen durch Über- und Fehlbelastungen des Gebisses aufzuklären. .... 295
73. OLG Köln, Beschluss vom 30.01.2015 – 5 U 104/14 – \* Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Erforderlichkeit eines Zusatzgutachtens: Die Frage, ob den im Haus eines Krankenhausträgers tätigen Ärzten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, weil der Patient während des stationären Aufenthaltes erheblich an Gewicht

zugenommen hatte und dies den Ärzten hätte auffallen müssen, ist nach dem Grundsatz fachgleicher Begutachtung durch einen Facharzt der Chirurgie zu beantworten, wenn sich der Patient in der chirurgischen Klinik befunden hat.

296

74. OLG Hamm, Urteil vom 30.01.2015 – I-26 U 5/14, 26 U 5/14 – \* In einem Arzthaftungsprozess hat das zuständige Gericht in besonderem Maße für ein faires Verfahren zu sorgen, weil es typischerweise ein Informationsgefälle zwischen der ärztlichen Seite und dem Patienten gibt, das auszugleichen ist. - Einer medizinisch nicht sachkundigen Partei ist regelmäßig Gelegenheit zu geben, auch nach dem Vorliegen eines gerichtlichen Gutachtens unter Zuhilfenahme eines weiteren Mediziners zu schwierigen medizinischen Fragen noch einmal Stellung zu nehmen. - Es kann zudem geboten sein, zu schwierigen medizinischen Fragen ein schriftliches Sachverständigen Gutachten anzufordern und es nicht bei einem mündlichen, in einer Verhandlung erstatteten Gutachten zu belassen..... 299

75. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.01.2015 – 8 U 25/14 – \* Krankenhaushaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor Durchführung einer Kataraktoperation; Schmerzensgeldanspruch bei unwirksamer Einwilligung des Patienten: Nach § 630d Abs. 2 BGB setzt die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Operation (hier: Kataraktoperation) voraus, dass der Patient vor der Einwilligung nach Maßgabe des § 630e Abs. 1 bis 4 BGB über alle für die Einwilligung maßgeblichen Umstände aufgeklärt worden ist. Aufklärungspflichtig sind danach u. a. zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie. Aufzuklären ist somit insbesondere auch über die Diagnose. .... 303

76. OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2015 – 5 U 1147/14 – \* Arzt- und Krankenhaushaftung: Erforderlichkeit einer Testinjektion mit Lidocain/Adrenalin vor einer Plexusanästhesie; Aufklärungspflichten vor einer Plexusanästhesie. - Maßgeblich für den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab in Vorbereitung einer Anästhesie ist der Facharztstandard zum Zeitpunkt der Behandlung. Ist dieser nach sachverständiger Einschätzung gewahrt, lässt sich das nicht durch eine Jahre später vom Patient eingeholte aktuelle Herstellerempfehlung entkräften, die keinen Bezug zu den maßgeblichen Umständen des konkreten Behandlungsfalls hat ..... 308

77. BGH, Beschluss vom 27.01.2015 – VI ZB 40/14 – \* Berufung im Arzthaftungsprozess: Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift bei Rüge eines Gehörverstoßes durch unterlassenen Hinweis des Erstgerichts und mehreren unterschiedlichen tragenden Erwägungen im angegriffenen Ersturteil. - Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen; andernfalls ist die Berufung unzulässig. .... 311

78. OLG Köln, Beschluss vom 21.01.2015 – 5 U 142/14 – \* Für die Art und Weise und den Ort einer Temperaturbestimmung in einem Krankenhaus besteht keine Dokumentationspflicht. Mit- und nachbehandelnde Ärzte bedürfen einer entsprechenden Information nicht..... 313

79. BGH, Urteil vom 20.01.2015 – VI ZR 137/14 – \* Nimmt ein Patient einen Klinikträger sowie einen bei ihm angestellten Arzt auf Schadensersatz in Anspruch und ist die Klage gegen den Arzt unter der Adresse des Klinikträgers zugestellt worden, hat der Patient keinen Anspruch gegen den Klinikträger, ihm die Privatanschrift des Arztes mitzuteilen. Die begehrte Auskunft ist zur Verfolgung von Ansprüchen gegen den Arzt nicht erforderlich. Sie ist zudem dem Klinikträger aus Rechtgründen nicht zumutbar, denn die datenschutzrechtliche Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG steht der Auskunftserteilung entgegen..... 315

80. OLG Köln, Beschluss vom 13.01.2015 – 5 U 120/14 – \* Ist dem Arzt kein grober Behandlungsfehler anzulasten, kommt dem Patienten hinsichtlich des grundsätzlich von ihm nachzuweisenden Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Eintritt des Primärschadens keine Beweislastumkehr zugute. Dass für eine Operation die falsche Stelle ausgesucht und infolgedessen nicht im Segment HW7/BW1, sondern in TH1/2 (oder BW1/2) operiert wurde, stellt keinen groben Behandlungsfehler dar, wenn trotz aller Bemühungen immerhin drei Ärzte dem Irrtum unterlegen sind, die vorgesehene Etage gefunden zu haben, was darauf hindeutet, dass ein solcher Fehler unterlaufen kann..... 317

81. OLG Hamm, Urteil vom 13.01.2015 – I-26 U 122/14, 26 U 122/14 – \* Beschränken sich die Folgen einer Hüftluxation auf eine kurzzeitige Luxation von etwa einer Stunde ohne erhebliche Schmerzempfindungen und einer schmerzfreien Reposition unter einer ca. zehn minütigen Kurznarkose, so ist nicht die Geringfügigkeitsgrenze überschritten, unterhalb derer die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes nicht angemessen erscheint ..... 320
82. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.01.2015 – 8 U 141/13 – \* Die fehlende Aufklärung über die Risiken einer chiropraktischen Behandlung an der Halswirbelsäule begründet einen Schmerzensgeldanspruch des Patienten in Höhe von 2.000 Euro, wenn der Patient infolge der Behandlung einen Bandscheibenvorfall erleidet. .... 323
83. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.01.2015 – 8 U 168/13 – \* Der Hersteller eines Wirbelsäulen-Titan-Cage haftet dem Geschädigten auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, wenn der zur Behebung eines Bandscheibenvorfalles gesetzte Cage aufgrund seiner mangelhaften Konstruktion bricht und sich der Geschädigte deshalb einer Revisionsoperation unterziehen muss. .... 326
84. LG Mönchengladbach, Urteil vom 07.01.2015 – 4 S 74/14 – \* Ein Zahnarzt verletzt eine vertragliche Pflicht, wenn er den Patienten nicht hinreichend über die Folgen des Unterlassens der (gebotenen) zahnmedizinischen Behandlung in Form einer Wurzelkanalbehandlung aufklärt. - Bei fehlender Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB deren Fehlen vermutet. .... 330
85. LG Bochum, Urteil vom 07.01.2015 – 6 O 365/13, I-6 O 365/13 – \* Zahnarzthaftung: Eine Überkronung der gesunden Frontzähne eines Patienten, bei dem eine chronische Parodontitis besteht und die Frontzähne elongiert und nach vorne gewandert sind, stellt einen groben Behandlungsfehler dar. .... 332

**1. BGH, Beschluss vom 29.09.2015 – VI ZR 418/14 – \* Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats darf der Tatrichter Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte, und ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten treffen; ein Ausnahmefall kann vorliegen, wenn schon die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben**

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 6.10.2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen einer Verletzung der Aufklärungspflicht verneint worden ist. Im Übrigen wird die Beschwerde der Klägerin zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 187.253,58 €

### Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten im Zusammenhang mit einer Chemo-Therapie in der Gemeinschaftspraxis der Beklagten zu 1 in Anspruch. Im Rahmen des zweiten Chemo-Therapie-Zyklus am 5.01.2010 kam es zu einem sogenannten Paravasat. Es erfolgte bis zum 19.01.2010 eine Behandlung mit DMSO-Tropfen, welche die Klägerin zuhause durchführte. Sie stellte sich am 7. Januar, am 12. Januar, am 15.01. und am 19.01. bei den Beklagten zur ärztlichen Kontrolle vor. Am 12.01.2010 suchte sie auf Veranlassung der Beklagten einen Chirurgen auf, der keinen Handlungsbedarf sah. Am 19.01.2010 kam es zu einer handtellergroßen Epitheliolyse im Bereich des Paravasats. Deswegen wurde die DMSO-Behandlung beendet. Danach wurde die Chemo-Therapie am 26.01. und 16.02.2010 fortgesetzt. Im weiteren Verlauf kam es zu einer Nekrose, wegen der die Klägerin zahlreiche Operationen über sich ergehen lassen musste und im Ergebnis beide Brüste entfernt wurden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Klägerin weder den Beweis geführt, dass den Beklagten ein Behandlungsfehler anzulasten sei, noch könne sie sich auf Ansprüche aus einer möglichen Aufklärungspflichtverletzung stützen.

II.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, soweit ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen einer Verletzung der Aufklärungspflicht verneint worden ist.

1. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. Insbesondere ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben, wenn eine erforderliche Beweiserhebung nicht erfolgt und dies im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. Senat, Beschluss vom 12.05.2009 - VI ZR 275/08, VersR 2009, 1137 Rn. 2 mwN).

2. Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats darf der Tatrichter Feststellungen darüber, wie sich ein Patient bei ausreichender Aufklärung entschieden hätte, und ob er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, grundsätzlich nicht ohne persönliche Anhörung des Patienten treffen; ein Ausnahmefall kann vorliegen, wenn schon die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben (vgl. Senat, Urteil vom 26.06.1990 - VI ZR 289/89 - VersR 1990, 1238, 1240; vom 1.02.2005 - VI ZR 174/03, VersR 2005, 694; vom 17.04.2007 - VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1000; vom 30.09.2014 - VI ZR 443/13, VersR 2015, 196 Rn. 19).

Im Streitfall hat die Klägerin erstinstanzlich und mit der Berufung vorgetragen, sie sei über die Risiken der Chemo-Therapie nicht aufgeklärt worden, insbesondere auch über die letztlich ungenügenden personellen und medikamentösen Versorgungsmöglichkeiten der Beklagten im Fall einer Komplikation durch ein Paravasat. Wäre ihr dies alles vor Beginn der Chemo-Therapie erläutert worden, hätte sie eine Fachklinik aufgesucht, den Eingriff also nicht in der Praxis der Beklagten zu 1 vornehmen lassen. Das Landgericht und das Berufungsgericht haben offengelassen, ob die Klägerin im gebotenen Maße über das tatsächlich eingetretene Risiko eines Paravasats aufgeklärt wurde. Sie haben eine Haftung verneint, weil die Klägerin einen Entscheidungskonflikt nicht plausibel dargelegt habe. Eine Anhörung der Klägerin ist weder beim Landgericht noch beim Berufungsgericht erfolgt.

Das Vorbringen der Klägerin, sie hätte bei Kenntnis der Gefahren der Chemo-Therapie eine Fachklinik aufgesucht, ist als ausreichender Vortrag für einen Entscheidungskonflikt anzusehen, weil insoweit nur geringe Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Patienten zu stellen sind. Insbesondere gilt dies im Hinblick darauf, dass das Präparat Savene nach den Ausführungen des Gerichtssachverständigen wegen der Kosten von ca. 12.000 € in Praxen als Notfallpräparat vermutlich nicht und auch nur in der

Zentralapotheke der medizinischen Hochschule H. vorgehalten wird. Im Hinblick auf die möglichen schwerwiegenden Folgen eines Paravasats durfte die Plausibilität eines Entscheidungskonflikts unter diesen Umständen nicht ohne Anhörung der Klägerin verneint werden. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls, auf den die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung für das Absehen von der Anhörung abstellen will, hat das Berufungsgericht nicht angenommen und ist auch nicht gegeben. Es liegt mithin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

Hinsichtlich einer behaupteten fehlerhaften Behandlung war die Beschwerde zurückzuweisen, weil sie nicht aufzeigt, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs. ZPO abgesehen.

**2. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.09.2015 – 1 U 132/14 – \* Äußert der Sachverständige in seinem Gutachten Kritik an der ärztlichen Dokumentation und bezeichnet diese auch mit Blick auf die Weiterbehandlung des Patienten als lückenhaft, muss das Gericht dies zur Kenntnis nehmen und sich mit den Konsequenzen dieser Lücken im Einzelfall befassen. - Eine pflichtwidrig lückenhafte Dokumentation kann ein Behandlungsfehler sein, wenn die fehlenden Angaben in der Weiterbehandlung des Patienten zu vermeidbaren medizinischen Defiziten und dadurch zu einem Schaden führen.**

**1. Macht der Patient mehrere selbständige prozessuale Schmerzensgeldansprüche geltend, mit denen er in erster Instanz abgewiesen wird, ist im Falle der Aufrechterhaltung dieses Begehrens im Berufungsrechtszug eine Begründung für jeden dieser Ansprüche nötig.**

**2. Äußert der Sachverständige in seinem Gutachten Kritik an der ärztlichen Dokumentation und bezeichnet diese auch mit Blick auf die Weiterbehandlung des Patienten als lückenhaft, muss das Gericht dies zur Kenntnis nehmen und sich mit den Konsequenzen dieser Lücken im Einzelfall befassen.**

**3. Behauptet die Behandlungsseite entgegen der Vermutung des Sachverständigen einen Routineeingriff, der keine weitergehende Dokumentation erfordert habe, trägt sie dafür die Darlegungs- und Beweislast.**

**4. Ist bei der operativen Versorgung einer Dünndarmserosaläsion darauf zu achten, dass es zu keiner lumeneinengenden Nahtführung kommt und sich der Dünndarm auch nach dem Ende des Eingriffs als ausreichend durchgängig erweist, führt die ein solches Vorgehen pflichtwidrig aussparende Dokumentation im Prozess zu der Annahme, dass beides unterblieb. Der Behandlungsseite steht allerdings der Nachweis einer fehlerfreien Behandlung offen.**

**5. Die bei der Versorgung einer Darmserosaverletzung normalerweise nicht dem medizinischen Standard entsprechende Längsnaht muss kein Behandlungsfehler sein. Sachgerechtes ärztliches Vorgehen kann eine Abweichung vom Standard gebieten, wenn die konkrete Behandlungssituation auf Grund ihrer Besonderheiten eine modifizierte Strategie verlangt. Die dies rechtfertigenden Umstände hat die Behandlungsseite darzulegen und zu beweisen. Der Beweis ist geführt, wenn der Sachverständige feststellt, die Ärzte hätten sich überraschend einer komplizierten nicht nach Standard beherrschbaren Situation gegenüber gesehen, in der sie sich zwischen zwei Übeln hätten entscheiden müssen, von denen das kleinere gewählt worden sei.**

**6. Eine pflichtwidrig lückenhafte Dokumentation kann ein Behandlungsfehler sein, wenn die fehlenden Angaben in der Weiterbehandlung des Patienten zu vermeidbaren medizinischen Defiziten und dadurch zu einem Schaden führen.**

#### Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 5.11.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Halle wird teilweise, soweit die Klägerin aus dem Belassen des rechten Eileiters in der Operation der Beklagten vom 7.08.2009 Schadensersatz beansprucht, als unzulässig verworfen. Das weitergehende Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsrechtszuges werden der Klägerin auferlegt.

Dieses, wie auch das angefochtene Urteil des Landgerichts, sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des nach den Urteilen vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

#### Gründe

I.

Die Klägerin befand sich im Jahre 2009 in gynäkologischer Behandlung wegen Beschwerden im Unterbauch. Als schließlich eine Zyste (lt. Operationsbericht vom 11.8.2009 ausgedehnter Ovarialtumor) festgestellt wurde, suchte sie das Krankenhaus der Beklagten zum Zwecke der operativen Entfernung auf. Der Eingriff fand am 7.8.2009 durch den Chefarzt der Klinik für Frauenheilkunde statt. Der Verlauf ist im Operationsbericht vom 11.8.2009 beschrieben. Es wurde zunächst der Versuch einer laparoskopischen

Exstirpation unternommen. Hierbei zeigten sich als Folge einer hochgradigen Entzündung erhebliche Adhäsionen im gesamten Bauchraum, die den Verdacht auf eine Chlamydieninfektion aufkommen ließen. Da hierdurch die Übersicht fehlte, ging man zur Laparotomie über. Bei der sich anschließenden Adhäsio-lyse wurde die Dünndarmserosa an zwei Stellen verletzt. Es gab einen 5 mm großen Defekt, den der Operateur mit Einzelknopfnähten versorgte. Zur Behebung einer zweiten Verletzung (5 bis 7 cm lang und ca. 5 mm breit) wurde ein Viszeralchirurg hinzugezogen. Dieser vernähte die Serosläsion mit Einzelknopfnähten.

Zur gynäkologischen Situation hält der Operationsbericht vom 11.8.2009 (Anlage K1 - I/14/15) u.a. fest: „...Da eine sichere Separation von Dünndarmschlingen gegenüber dem Ovarialbefund mißlingt, wird zunächst die rechte Adnexe mit der dazugehörigen aufgetriebenen rechten Tube aus dem Douglas luxiert unter Spaltung der schleirigen Adhäsionen. Dies gelingt, die Tube ist verschlossen, wird mit Overhouldtklemme im ampullären Bereich eröffnet und ein Chlamydienabstrich entnommen. Eine Erhaltung der rechten Tube erscheint hinsichtlich der Fertilität als nicht gerechtfertigt, wird jedoch aufgrund der nicht inbegriffenen Aufklärung der Tubenresektion rechtsseitig unterlassen...“.

Postoperativ verschlechterte sich der Zustand der Klägerin. Sie zeigte Symptome eines Darmverschlusses (Erbrechen, geblähter Bauch, Übelkeit). Es gab jedoch auch Phasen leichter Besserung. Die Ärzte der Beklagten vermuteten schließlich einen Subileus und ordneten für den 12.8.2009 die radiologische Untersuchung der Klägerin an. Im Bericht der Radiologie vom 13.8.2009 wird eine Darmverwachsung diagnostiziert (Anlage K5 - I/22). Abschließend heißt es dort: „...Ileus im tiefen Dünndarm“. Es fanden weitere Röntgenuntersuchungen mit Kontrastmittel statt, so am 13.8.2009 (Anlage K6 - I/23), am 14.8.2009 (Anlage K7 - I/24) und am 17.8.2009 (Anlage K8 - I/25). Die Gynäkologen veranlassten ein internistisches und chirurgisches Konsil. Man entschied sich, zunächst einen konservativen Heilversuch durch Medikamentengabe zu unternehmen. Im Röntgenbericht vom 20.8.2009 wird der klinische Zustand der Klägerin wie folgt beschrieben: „Subileus seit 12.08., weiterhin galliges Erbrechen, Stuhl wenig...“. Als Befund wird festgehalten: „...Massiv aufgeblähter Dünndarm mit stehenden Dünndarmschlingen und Spiegelbildung. Das Colon zeigt heute eher regelrechte Weite, KM- und Luftfüllung bis zur linken Fexur. Schmale KM-Straße auch im Colon descendens. Nur noch wenig Kontrastmittel im Dünndarm. Weiterhin Subileuszustand...“.

Im Verlaufsbericht der Klinik vom 14.9.2009 wird insoweit zusammengefasst:

„...Am 10. postoperativen Tag verschlechterte sich die Symptomatik der Patientin zusehends mit jetzt aufgetretenem Miserere und röntgenologischen Zeichen des Ileus. Ein nochmaliger konservativer Versuch mit einer Neoesserin-Stoßtherapie blieb erfolglos, so dass die Indikation zur Re-Laparotomie gestellt wurde. Diese führten wir am 18.08.2009 nach entsprechender Aufklärung und Einwilligung der Patientin durch. Dabei fand sich im terminalen Ileum eine deutliche Einengung des Lumens. Es erfolgte an dieser Stelle die Strikturoplastik. Das Abdomen wurde ausgiebigst gespült und drainiert...“.

Im Operationsbericht vom 18.8.2009 (Anlage K9 - I/26/27) ist festgehalten: „...Während der Operation war ein Serosadefekt im terminalen Ileum von ca. 7 cm Länge chirurgisch gedeckt worden. Im postoperativen Verlauf bot die Patientin das Bild eines chronischen Ileus. Nachdem alle konservativen Therapieversuche fehlgeschlagen sind, wird heute früh durch Herrn Chefarzt Dr. die Indikation zur Revision gestellt...“.

Während der Operation stellte sich heraus, dass im Bereich „der besagten Serosanaht vor 7 Tagen eine Striktur vorliegt, wobei der aborale Teil als Hungerdarm imponiert“. Im Anschluss an die Plastik hält der Operationsbericht noch fest: „Der Darm ist jetzt sehr gut durchgängig. Es wird nochmals von aboral Dünndarminhalt von oral nach aboral ausgemolken. Der Dünndarminhalt passiert die Strikturplastik sehr gut“. Die Klägerin konnte sich nur sehr langsam erholen. Sie hatte Durchfall und es wurde eine Infektion festgestellt. Am 21.8.2009 veranlassten die Ärzte eine Computertomografie (Befundbericht vom 24.8.2009 - Anlage K10 - I/28). Dort stellten sich entzündliche Darmverdickungen heraus. Unter der Gabe von Antibiotika kam es schließlich zur Besserung des Zustandes der Klägerin, sodass sie am 1.9.2009 aus dem Krankenhaus entlassen wurde.

Die Klägerin hat den Ärzten der Beklagten vorgeworfen:

- i. Die Lösung der Adhäsionen sei fehlerhaft erfolgt. Ein 7 cm langer Serosadefekt könne bei Einhaltung des medizinischen Standards nicht eintreten.
- ii. Bei der Operation sei der Serosadefekt des Dünndarms vom Chirurgen nicht ordnungsgemäß versorgt worden. Das Vernähen sei standardwidrig zu eng erfolgt, was zum ansonsten vermeidbaren mechanischen Ileus geführt habe. Der Darmverschluss sei an der Stelle der Dünndarmnaht eingetreten, was zwischen den Parteien unstrittig ist. Dementsprechend könne im Anschluss an die Übernähung nicht einmal die an sich notwendige Prüfung des chirurgischen Ergebnisses in Form der Durchgängigkeitskontrolle stattgefunden haben. Da die Dokumentation zu den Einzelheiten der Versorgung der Verletzung keine Angaben enthalte, kämen der Klägerin nach ihrer Auffassung Beweiserleichterungen zugute.
- iii. Die Ärzte hätten viel zu spät auf den bereits am 12.8.2009 diagnostizierten Ileus reagiert. Das Krankheitsbild sei trotz der massiven Beschwerden der Klägerin bis hin zum Koterbrechen verkannt worden. Es sei ein grober Behandlungsfehler, im Zeitraum von 11 Tagen nicht auf die typischen Symptome eines

Darmverschlusses reagiert und die ursächliche Engstelle operativ beseitigt zu haben. Bevor man sich zu einer konservativen Behandlung entschließt, müsse man die Ursachen des Verschlusses durch weitergehende Diagnostik klären.

iv. Der ebenfalls funktionsuntüchtige rechte Eileiter habe entfernt werden müssen. Die Ärzte hätten sich zu Unrecht durch die fehlende Aufklärung gehindert gesehen, das medizinisch Notwendige zu tun.

Die Klägerin hat gemeint, sie könne auf Grund der Folgen des Dünndarmileus ein Schmerzensgeld von 30.000,00 EUR beanspruchen. Der verbliebene Eileiter rechtfertige ein weiteres Schmerzensgeld von 8.000,00 EUR. Außerdem seien ihr materielle Schäden entstanden. Durch die langandauernde Erkrankung habe sie ein Jahr in der Ausbildung verloren und sei so erst ein Jahr später in der Lage gewesen, einen dem Berufsabschluss entsprechenden Verdienst zu erlangen. Darüber hinaus seien krankheitsbedingte Mehraufwendungen von monatlich 300,00 EUR entstanden. Die fehlerhafte Behandlung des Ileus könne Spätfolgen nach sich ziehen, was den Feststellungsantrag rechtfertige. Hinzu kämen vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten von 3.097,45 EUR.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin

- 38.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.4.2010,

- 37.500,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.4.2010 und

- 3.097,45 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit

zu zahlen und

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund der fehlerhaften Behandlung im 08.2009 entstanden sind und künftig noch entstehen, soweit diese nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der massive Adhäsionsbauch der Klägerin habe eine ausgedehnte Adhäsiolektomie erfordert, bei der es vor allem beim Vorliegen einer chronischen Chlamydieninfektion trotz äußerster Sorgfalt zur Serosaverletzung kommen könne. Diese Verletzung sei nach Standard versorgt worden. Dabei habe der Arzt auf die Erhaltung der Darmkontinuität geachtet. Der lichten Weite des Darms sei Beachtung geschenkt und diese als weiterhin gewährleistet eingeschätzt worden. Die Versorgung mit Einzelknopfnähten sei kein Fehler, vorausgesetzt der Darmquerschnitt werde dadurch nicht übermäßig eingeengt.

Auch die weitere Behandlung der Klägerin sei standardgerecht erfolgt. Die Beschwerden, wie Darmträgheit, Übelkeit und Erbrechen, hätten sich zunächst ohne weiteres aus der postoperativen Situation erklären lassen. Erst das Röntgenbild vom 12.8.2009 habe das Bild eines Dünndarmileus gezeigt. Die Spätaufnahme vom 14.8.2009 bestätige den paralytischen Ileus. Angesichts der zu stellenden Verdachtsdiagnose „Subileus“, des fehlenden Hinweises in der Bildgebung auf einen mechanischen Ileus und des gegen einen vollständigen Verschluss sprechenden klinischen Bildes der Klägerin habe der mit der Viszeralchirurgie abgestimmte konservative Therapieansatz keinen Fehler bedeutet.

Während der ersten Operation habe lediglich die Vermutung einer fehlenden Funktion der rechten Tube bestanden. Keinesfalls sei dies schon bestätigt gewesen. Die dahingehende Prüfung müsse bei einer derart schwerwiegenden Entzündungssituation Folgeuntersuchungen vorbehalten bleiben.

Zwischen der Behandlung der Klägerin und den von ihr geltend gemachten Folgen bestünde kein Kausalzusammenhang. Es seien schicksalhafte Komplikationen eingetreten, die auf der Erkrankung beruhen würden.

Das Landgericht hat zu der Behauptung der Klägerin,

während der Operation vom 7.8.2009 sei fehlerhaft ein 5 cm langer Serosadefekt im Dünndarmbereich aufgetreten, den man zu eng geschlossen und dadurch einen mechanischen Ileus verursacht habe, welcher wiederum nicht rechtzeitig behandelt worden sei,

ein viszeralchirurgisches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. med. eingeholt, das der Sachverständige am 24.2.2014 erstattet und in der mündlichen Verhandlung vom 3.9.2014 erläutert (I/187-193) hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten und die Sitzungsniederschrift vom 3.9.2014 verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 5.11.2014 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Klägerin habe keinen Schadensersatzanspruch, weil den Ärzten bei der ersten Operation und ihrer Nachsorge kein Behandlungsfehler unterlaufen sei. Die Erkrankung der Klägerin habe vielmehr einen schicksalhaften Verlauf genommen. Eine oberflächliche Serosaläsion sei trotz größtmöglicher Sorgfalt nicht immer zu vermeiden. Eine zu enge Versorgung der Verletzung habe der Sachverständige nicht bestätigt gefunden. Eine falsche Naht sei nicht ersichtlich. Möglich sei ein technischer Fehler beim Setzen der Naht, aber auch eine fortschreitende Infektion im Bereich des Darmes mit nachfolgender entzündlicher

Stenose. Die Ausführung der Naht habe nicht dokumentiert werden müssen, wenn wie üblich vorgegangen worden sei. Selbst wenn man einen Dokumentationsmangel annehmen wollte, so ergäbe sich allein hieraus keine Haftung. Auf die eintretenden Komplikationen sei zeitgerecht mit der zweiten Operation reagiert worden. Ein sog. Stuhlerbrechen habe nicht vorgelegen. Der Sachverständige habe auch keinen Hinweis auf einen technischen Ileus finden können. Deshalb habe kein Grund bestanden, früher zu operieren. Aufgrund des Stuhlgangs der Klägerin und des Nachweises von Kontrastmittel bis in den Dickdarm hätten die Ärzte vom Bestehen eines Durchgangs ausgehen dürfen. Das postoperative Erbrechen und die Übelkeit seien korrekt als postoperative Atonie und Mobilitätsstörung des Darmes interpretiert worden. Das rechtfertigte den konservativen Therapieansatz. Der Verbleib der rechten Tube sei Folge der fehlenden Einwilligung der Klägerin in die Entfernung. Ob das Organ dauerhaft nicht funktioniere, habe die Beklagte zulässig mit Nichtwissen bestritten. Da hierzu keine Feststellungen zu treffen seien, bedürfe es keiner weitergehenden Beweiserhebung.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Die Berufungsbegründung vom 28.1.2015 beschränkt sich auf den Vorwurf der fehlerhaften (zu engen) Versorgung der Dünndarmserosaverletzung, in deren Folge es zum Ileus gekommen sei, welchen man trotz eindeutiger Symptome über 11 Tage verkannt und erst danach (zu spät) operativ behandelt habe.

Zu Unrecht gehe das Landgericht von einer fehlerfreien Operation vom 7.8.2009 aus. Der Operationsbericht weise Mängel bzw. Lücken auf, die dazu führen würden, dass sich gerade nicht beurteilen lasse, ob ein Behandlungsfehler passiert sei. Der Sachverständige habe zumindest den Verdacht einer fehlerhaften Ausführung der Dünndarmnaht geäußert. Das müsse zu Beweiserleichterungen für die Klägerin führen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen habe nach Abschluss der Operation das Darmlumen geprüft werden müssen. In dieser Beziehung habe das Landgericht den Sachverhalt unaufgeklärt gelassen, denn dem Beweisantritt der Klägerin sei nicht nachgegangen worden.

Ebenso unrichtig sei die Feststellung des Landgerichts, der Darmverschluss könne auch durch eine chlamydienbedingte Infektion des Dünndarms verursacht worden sein. Bereits nach den Ausführungen des Sachverständigen fehle dem die wissenschaftliche Grundlage.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen hätten tatsächlich ein Stuhlerbrechen und ein mechanischer Ileus vorgelegen. Dann habe sofort operiert werden müssen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 5.11.2014 verkündeten Urteils des Landgerichts Halle entsprechend den zuletzt gestellten Anträgen der Klägerin erster Instanz zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Sachvortrages. Es gäbe keinen Dokumentationsmangel. Da die Operation keine Besonderheiten aufgewiesen habe, sei auch nichts weiter zu dokumentieren gewesen. Gerade übliche Verrichtungen wie das Setzen der Serosanaht seien nicht zu dokumentieren. Soweit die Klägerin Lücken in der Sachverhaltsfeststellung rüge, habe sie selbst Gelegenheit gehabt, an den Sachverständigen Fragen zu stellen.

Der Sachverständige habe ausdrücklich festgestellt, dass sowohl ein technischer Fehler beim Setzen der Naht als auch eine fortschreitende Infektion im Bereich des Darms mit nachfolgender entzündlicher Stenose als Ursache in Betracht kämen. Bei der Infektion gehe es nicht um die Chlamydien, sondern die Peritonitis.

Das ausschließlich grüne Erbrechen der Klägerin sei nach den Feststellungen des Sachverständigen typisch für eine Oberbauchatonie. Es handele sich um kein Stuhlerbrechen. Es habe kein mechanischer Ileus bestanden, sodass nicht früher zu operieren gewesen sei. Der Versuch der konservativen Therapie entspreche dem medizinischen Standard.

Nachdem der Senat die Klägerin mit Beschluss vom 15.6.2015 (dort Ziff. 1.) auf Defizite in der Rechtfertigung ihres Rechtsmittels hingewiesen hat, ging am 26.8.2015 ein weiterer Schriftsatz der Klägerseite ein, der sich zum Belassen des rechten Eileiters mit dem Urteil des Landgerichts auseinandersetzt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften beider Instanzen verwiesen.

Der Senat hat die Zeugen Dr. und Dr. vernommen und sich vom Sachverständigen Prof. Dr. i das Gutachten mündlich erläutern und ergänzen lassen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 3.9.2015 Bezug genommen.

II.

1. Die Berufung der Klägerin ist teilweise unzulässig und deshalb gemäß § 522 I 2 ZPO im betroffenen Umfang zu verwerfen. Das Rechtsmittel entbehrt in seiner vom Berufungsantrag umrissenen Reichweite (vgl. §§ 520 III 2 Nr. 1; 528 ZPO) einer § 520 III 2 ZPO entsprechenden und damit das Urteil in Gänze in Frage stellenden Begründung, was der Senat von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen hat (§ 522 I 1 ZPO).

Die Klägerin hat in erster Instanz zunächst u.a. ein Schmerzensgeld von 30.000,00 EUR verlangt und dies ausschließlich mit der Dünndarmserosaverletzung und deren fehlerhafter operativer Versorgung sowie einer unzureichenden Behandlung des postoperativen Dünndarmileus begründet. Das gynäkologische Vorgehen der Ärzte spielte keine Rolle. Dies änderte sich mit dem Schriftsatz vom 28.12.2012 (II/128 ff.), in dem die Klägerin es als behandlungsfehlerhaft und zu einem weiteren immateriellen Schaden führend bezeichnete, den rechten, nicht mehr funktionsfähigen Eileiter nicht entfernt zu haben. Hierauf gestützt verlangte die Klägerin ein weiteres angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 8.000,00 EUR.

Da das Landgericht die Klage in vollem Umfange abgewiesen hat und die Klägerin ihr Begehren erster Instanz uneingeschränkt weiter verfolgt, muss die Berufungsbegründung auch in Bezug auf den weiteren Schmerzensgeldanspruch von mindestens 8.000,00 EUR die Umstände bezeichnen, aus denen sich ein Rechtsfehler das Landgerichts und dessen Entscheidungserheblichkeit ergeben (§ 520 III 2 Nr. 2 ZPO), konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung und die hieraus folgende Notwendigkeit erneuter Feststellungen des Berufungsgerichts darlegen (§ 520 III 2 Nr. 3 ZPO) oder sich auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel stützen (§ 520 III 2 Nr. 4 ZPO). Davon ist in der am letzten Tag der verlängerten Berufungsbegründungsfrist eingegangenen Begründung der Klägerin nichts zu lesen. Die allgemeine Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen ersetzt eine Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung nicht.

Genauso wenig konnte die Klägerin auf den Hinweis des Senats vom 15.6.2015 die notwendige Begründung nachschieben. Der Schriftsatz vom 26.8.2015 wahrte die Berufungsbegründungsfrist des § 520 II 1, 2 ZPO nicht. Umstände, die eine Wiedereinsetzung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Das zur Ergänzung der Berufungsbegründung bestimmte Vorbringen ging schon nicht innerhalb der sich aus §§ 233; 234 I 2, II; 236 ZPO folgenden Monatsfrist ein. Der Beschluss vom 15.6.2015 wurde der Klägervertreterin am 19.6.2015 zugestellt (II/75), während der Schriftsatz vom 26.8.2015 erst an diesem Tag beim Oberlandesgericht einging.

Das Fehlen einer ausreichenden Berufungsbegründung lässt sich schließlich nicht mit Hilfe eines Vergleichs mit der im Senatsbeschluss vom 15.6.2015 zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.1.2015 (NJW-RR 2015, 511) entkräften. Insoweit verkennt die Klägerin zweierlei:

i. Der Senat hat die Entscheidung des BGH nur für das Nichtausreichen einer Bezugnahme auf erstinstanzliches Vorbringen zitiert, was nicht ernsthaft zweifelhaft sein kann.

ii. Es geht hier in der Tat nicht um mehrere, voneinander unabhängige, selbständig tragende Erwägungen des Landgerichts. Mit dem gynäkologischen Behandlungsfehler hat die Klägerin vielmehr einen weiteren prozessualen Anspruch (vgl. §§ 253 II Nr. 2; 260 ZPO) geltend gemacht, mit dem sie abgewiesen wurde. Wenn dieser Anspruch mit der Berufung weiter verfolgt wird, bedarf es hierfür einer Begründung. Das Urteil muss in seiner Gesamtheit in Frage gestellt werden, sodass bei mehreren prozessualen Ansprüchen eine Begründung für jeden Anspruch nötig ist (BGH NJW 1957, 424, 425; 1991, 1683, 1684 -zur Revision-; 1998, 1399, 1399). Ein Fall, in dem auf Grund sich deckender Voraussetzungen mit der Begründung zum einen Anspruch auch die Erwägungen des erstinstanzlichen Gerichts zum weiteren Anspruch angegriffen sind (vgl. hierzu BGH NJW 1998, 1399, 1400), liegt hier nicht vor.

2. Das Landgericht hat im Urteil vom 5.11.2014 festgestellt, die Adhäsionolyse vom 7.8.2009 sei auch in Anbetracht der aufgetretenen Seorsaverletzung behandlungsfehlerfrei durchgeführt worden. Hierauf kommt die Berufung nicht mehr zurück, womit dieser Behandlungsfehler nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens ist.

3. In ihrem zulässigen Umfang führt die Berufung, soweit es um Ansprüche aus der Operation vom 7.8.2009 geht, zu erneuten Feststellungen des Senats (§ 529 I Nr. 1 ZPO). Diese Feststellungen rechtfertigen allerdings keine andere Entscheidung. Auch im Übrigen beruht das Urteil des Landgerichts auf keiner Rechtsverletzung im Sinne von § 513 I ZPO. Nach Überzeugung des Senats kann die Klägerin von der Beklagten aus der Operation vom 7.8.2009 und dem Behandlungsgeschehen bis zum Eingriff vom 18.8.2009 keinen Schadensersatzanspruch (vgl. insoweit §§ 280 I; 278 I; 823 I; 831 I 1; 249 I, II 1; 253 II BGB) herleiten.

3.1. Operation vom 7.8.2009 (Versorgung der Dünndarmserosaläsion):

a) Das angefochtene Urteil offenbart konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts (§ 529 I Nr. 1 ZPO). Die Auffassung des Landgerichts, der Sachverständige habe (auf der Grundlage des Operationsberichtes) einen Behandlungsfehler nicht feststellen können, weil ein übliches Vorgehen nicht näher habe dokumentiert werden müssen und aus einem eventuellen Dokumentationsmangel sowieso kein Schadensersatzanspruch herzuleiten sei, beruht auf einer ungenügenden Erfassung und Berücksichtigung der Feststellungen des Sachverständigen (§ 286 I 1 ZPO) und der Nichtanwendung der für lückenhafte ärztliche Dokumentationen entwickelten Grundsätze, wie sie nunmehr für jüngere Behandlungsverträge in den §§ 630f II; 630h III BGB festgehalten sind.

Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 12.2.2014 auf diverse Dokumentationslücken (betroffener Darmabschnitt, Ausdehnung der Läsion, Gründe der Hinzuziehung des Chirurgen, Art

des Risses <längs oder quer>, Nahtführung <längs oder quer>, Nahtmaterial) aufmerksam gemacht. Weiter bemängelt er die fehlende Beschreibung der intraoperativen Prüfung des chirurgischen Ergebnisses (Darmlumen ausreichend?). Das führt den Sachverständigen am Ende des schriftlichen Gutachtens zur Bezeichnung der Dokumentation der Beklagten als lückenhaft. Schon hieraus musste das Landgericht normalerweise schließen, dass der Sachverständige das Fehlende als dokumentationspflichtig ansieht. Im Verlaufe der mündlichen Erläuterung des schriftlichen Gutachtens hat es der Sachverständige gegenüber der Kammer dann nochmals als notwendig hervorgehoben, die Gründe der Hinzuziehung des Viszeralchirurgen festzuhalten. Weiter heißt es auf Seite 6 des Protokolls vom 3.9.2014, die bemängelten (gemeint sind die fehlenden) Angaben waren erforderlich, wenn ein anderer Operateur die zweite Operation vom 18.8.2009 durchgeführt hätte. Wie das Landgericht angesichts dessen eine ausreichende Dokumentation annehmen kann, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.

Selbstverständlichkeiten müssen nicht dokumentiert werden (Greiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rdn. B205). Der Sachverständige hat aber hinreichend deutlich gemacht, dass es sich bei den von ihm vermissten Angaben um keine Banalitäten handelte. Ein an die Dokumentation geringere Anforderungen stellender Routineeingriff (Greiß/Greiner, Rdn. B204) kann die Versorgung der Läsion nach seinen Feststellungen schon deshalb nicht gewesen sein, weil ein erfahrener Operateur und Chefarzt den Oberarzt der chirurgischen Klinik hinzuzog, was Gründe gehabt haben muss.

Das Landgericht hätte sich bei richtiger Beweiswürdigung also mit den Konsequenzen befassen müssen, die eine lückenhafte Dokumentation im Haftungsfalle nach sich zieht. Hierfür genügte der hilfsweise Hinweis der Einzelrichterin darauf, dass Dokumentationsmängel regelmäßig für sich nicht zu einem Schadensersatzanspruch des Patienten führen, keinesfalls.

b) Die Klägerin trägt für die Voraussetzungen des von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruchs die Darlegungs- und Beweislast. Da ein Arzt diejenigen Maßnahmen ergreifen muss, die objektiv von einem gewissenhaften und aufmerksamen Vertreter seines Fachbereichs aus berufsfachlicher Sicht erwartet werden können (vgl. bspw. BGH NJW 1999, 1778, 1779), wird der erforderliche Beweis über eine Abweichung der ärztlichen Behandlung vom objektiven medizinischen Standard geführt (Greiß/Greiner, Rdn. B200). Gemäß dem Grundsatz der Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess muss der Arzt dem Patienten vorab erst einmal im Rahmen des Möglichen Aufschluss über sein medizinisches Vorgehen geben. Dies geschieht für gewöhnlich durch eine ordnungsgemäße Dokumentation, wie z.B. den Operationsbericht (BGH NJW 1978, 1681, 1682; 2014, 71, 73).

Der Operationsbericht der Beklagten vom 11.8.2009 enthält zur Versorgung der größeren Dünndarmserosaläsion vom 7.8.2009 nur zwei Sätze. Die Läsion wurde dem Chirurgen vorgestellt. Dieser versorgt den langstreckigen Defekt auf einer Distanz von 5 cm mit Einzelknopfnähten. So sparsam zu dokumentieren genügte nach den Feststellungen des Sachverständigen gerade aus medizinischen Gründen nicht, weil beispielsweise im Falle eines Revisionseingriffs der Operateur auf nähere Angaben zur Verletzung und ihrer Beseitigung angewiesen war. Soweit sich die Beklagte in der Berufungserwiderung die Argumentation des Landgerichts mit der Behauptung zu Eigen macht, es habe keine zu dokumentierenden Besonderheiten gegeben, so äußerte der Sachverständige bereits in erster Instanz hierzu gewichtige Zweifel. Diese hat er vor dem Senat wiederholt. Gerade weil der operierende Chefarzt der Gynäkologie einen Chirurgen hinzuzog und sich die Versorgung der Verletzung nicht selbst zutraute, müsse es, so der Sachverständige, etwas „Größeres“ gewesen sein. Allein dies sei auffällig und näher zu dokumentieren.

Im Ergebnis der Beweisaufnahme ist es der Beklagten nicht gelungen, die Lücken ihrer Dokumentation mit dem Vorliegen einer Routinesituation zu rechtfertigen. Die Verletzung der Klägerin war nicht alltäglich und unkompliziert, auch wenn der Zeuge Dr. auf Frage des Senats in diese Richtung ausgesagt hat. Selbst dieser Zeuge musste auf weitere Nachfrage des Senats einräumen, dass die Lage der Läsion entlang des Mesenteriums, also an der Basis des Dünndarms und damit in der Nähe wichtiger Blutgefäße, eine Besonderheit darstellte, die er wohl heute im Operationsbericht erwähnen würde. Deutlicher wurde die damalige Situation der Ärzte in den Bekundungen des Viszeralchirurgen Dr. . Danach war die für die Patientin gefährliche Lage der Läsion Gegenstand einer intraoperativen Diskussion. Das führte anschließend entgegen der üblichen Praxis (Vernähen in Querrichtung) zu einer Längsnaht, was, so der Zeuge, natürlich hätte dokumentiert werden müssen, gerade weil die Gefahr einer Einengung des Dünndarms bei dieser Nahtführung größer ist. Es habe sich um eine absolute Ausnahmesituation gehandelt. Danach konnte nicht, wie der Sachverständige dem Senat nach den Aussagen der Zeugen ausdrücklich bestätigte, auf die Dokumentation von Einzelheiten verzichtet werden.

c) In der Operation vom 18.8.2009 wurde die zum Ileus führende Engstelle im Bereich der Serosanaht vom 7.8.2009 festgestellt (so auch der Zeuge Dr.). Hieraus allein kann nicht auf einen am 7.8.2009 unterlaufenen Behandlungsfehler geschlossen werden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen war bei der Versorgung der Serosaläsion darauf zu achten, dass es zu keiner lumeneinengenden Nahtführung kam und sich der Dünndarm am Ende der operativen Versorgung der Verletzung noch als ausreichend durchgängig erwies. Es sei ein Fehler, wenn die Versorgung im Ergebnis lumeneinengend stattfand.

Zutreffend stellt die Klage darauf ab, dass eine pflichtwidrig unvollständige Dokumentation schon auf der Ebene des Behandlungsfehlers zugunsten des hierdurch in seiner Beweissituation beeinträchtigten Patienten zu Erleichterungen in der Beweisführung führt (Greiß/Greiner, Rdn. B202). Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, dass eine nicht dokumentierte dokumentationspflichtige Maßnahme unterblieben ist (BGH NJW 1988, 762, 763; 1999, 863, 864), was mitunter einer Vermutung des Behandlungsfehlers entspricht (Greiß/Greiner, Rdn. B206). Mussten die Ärzte ohne Einengung des Lumens nähen und anschließend die Durchgängigkeit prüfen, was nach den Feststellungen des Sachverständigen zu dokumentieren war und beispielsweise im Operationsbericht vom 18.8.2009 auch dokumentiert ist, hat der Senat vom Unterlassen dieser Maßnahmen auszugehen (Greiß/Greiner a.a.O.).

Der Behandlungsseite steht der Nachweis offen, die nicht dokumentierten Handlungen vorgenommen bzw. keinen Behandlungsfehler begangen zu haben (Greiß/Greiner, Rdn. B209). Vom Gelingen dieses Beweises geht der Senat im Ergebnis seiner Beweisaufnahme aus:

aa) Der Sachverständige hat am Ende seiner Erläuterungen den medizinischen Standard bei der Versorgung einer Darmserosaläsion so beschrieben, dass eine Längsnaht grundsätzlich unzulässig ist. Eine Längsnaht, so der Sachverständige schon eingangs der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens, ist mit der Gefahr einer Lumeneinengung verbunden. Nach seinen Bekundungen hatte sich der Operateur Dr. vor dem Hintergrund des intraoperativ vorgefundenen Befundes dazu entschlossen, ausnahmsweise längs zu nähen. In Ausnahmesituationen hat es der Sachverständige aus besonderen Gründen für standardgerecht und zulässig erachtet, sich der Längsnaht zu bedienen. Selbst wenn die Längsnaht entgegen den Feststellungen des Sachverständigen nie dem medizinischen Standard entsprechen würde, wäre mit ihrer Anwendung nicht notwendig ein Behandlungsfehler verbunden. Die Pflicht des Arztes, in jeder Situation sachgerecht vorzugehen, kann Abweichungen vom Standard gebieten, wenn die Behandlungssituation des Patienten so stark vom Üblichen abweicht, dass eine modifizierte Strategie ergriffen werden musste (Jauernig/Mansel, BGB, 15. Aufl., § 630a Rdn. 17 m.w.N.). Es ist in einem solchen Fall Sache der Behandlungsseite, besondere Befundtatsachen darzulegen und zu beweisen, die ein Abweichen vom standardmäßigen Vorgehen gestatteten (Greiß/Greiner, Rdn. B200). Dieser Beweis ist der Beklagten gelungen.

Die Ärzte der Beklagten trafen mit der ausgedehnten und schweren Chlamydieninfektion sowie den erheblichen Adhäsionen überraschend auf eine komplizierte Situation, die anfangs die nicht vorwerfbare Dünndarmserosaläsion mit sich brachte. Nach den Feststellungen des Sachverständigen, die den Senat überzeugen, war wegen der schweren Bauchfellentzündung die normalerweise vom Verletzungstypus geforderte Darmresektion hoch risikobehaftet und verbot sich angesichts ihres Risikopotentials. Der Zeuge Dr. musste sich zwischen zwei Übeln entscheiden, nämlich der Darmresektion und der (normalerweise) standardwidrigen Längsnaht, wovon er nachvollziehbar das kleinere wählte. Diese Entscheidung für das geringere Risiko hat der Sachverständige ausdrücklich gebilligt, was der Senat nicht anders sieht. Andere denkbare Vorgehensweisen wären, wie der Sachverständige festgestellt hat, nicht risikoärmer gewesen.

Die rechtfertigende Ausnahmesituation hat der Sachverständige in überzeugender Weise der Aussage des Zeugen Dr. und der objektiven Befundlage entnommen, selbst wenn Dr. erklärte, er hätte sich auch ohne die Bauchfellentzündung für die Längsnaht entschieden. Für die Beurteilung eines Behandlungsfehlers kommt es auf die Einhaltung der objektiv an einen Arzt zu stellenden Sorgfaltsanforderungen an (BGH NJW 1999, 1778, 1779). Im Falle der Klägerin lagen eine schwere Peritonitis und eine von ihrer Lage her komplizierte Dünndarmserosaverletzung vor, die die Ärzte vor eine besondere nicht standardgemäß beherrschbare Entscheidungssituation stellten, um die Klägerin optimal zu versorgen. Der Sachverständige hat dies ausdrücklich als das Vorgehen der Ärzte rechtfertigende Gesichtspunkte bezeichnet. Dem schließt sich der Senat an. Im Verlaufe der Beweisaufnahme ist nichts hervorgetreten, was man hätte anders machen können.

bb) Es bleibt die standardmäßige Prüfung der fortbestehenden Durchgängigkeit des Darms am Ende der Versorgung der Serosaläsion. Hiervon vermag sich der Senat nicht zu überzeugen, was für die Beklagte dennoch folgenlos bleibt.

Der Sachverständige hat ausgeführt, eine ausschließlich visuelle Betrachtung der Naht genüge nicht, um das Fehlen einer Verengung, sprich die Erhaltung des Darmlumens einschätzen zu können (S. 9 des Protokolls vom 3.9.2015). Zwar gäbe es keinen Standard, wie bei der Prüfung vorzugehen sei, aber gerade das atypische Vorgehen habe den Operateur (den Zeugen Dr. ) zu besonderer Vorsicht anhalten müssen. Es wäre angesichts des hohen Risikos eines digitalen Tests notwendig gewesen, den Darm über die betreffende Stelle auszumelken, wie man es bei der zweiten Operation getan habe. So vorgegangen zu sein, hat der Zeuge Dr. nicht bekundet. Er konnte sich auch nicht erinnern, ob er die Durchgängigkeit mit dem Finger prüfte, wie es der Zeuge Dr. ausgesagt hat. Da der Zeuge Dr. die Verletzung versorgte, der Zeuge Dr. nach eigenen Bekundungen nur assistierte, der Operateur aber nach seiner Aussage die visuelle Kontrolle für zuverlässiger und den Fingertest nicht für geboten hält sowie der Fingertest nach Einschätzung des Sachverständigen in der gegebenen Situation der Klägerin hoch risikobehaftet war, hält

es der Senat nicht für überzeugend, dass die Überprüfung des Lumens am Ende des Vernähens über eine visuelle Kontrolle hinaus ging.

Der daraus folgende Behandlungsfehler verhilft der Klägerin allerdings zu keinem Schadensersatzanspruch. Neben dem Behandlungsfehler muss die Klägerin auch beweisen, dass es infolge des Fehlers zu einem Körper- oder Gesundheitsschaden kam. Diese sog. haftungsbegründende Kausalität kann der Senat nicht feststellen. Sie ließe sich nur bejahen, wenn die Überzeugung zu gewinnen wäre, dass das Darmlumen am 7.8.2009 bereits durch die Längsnaht eingeengt war und man dies beim oben erwähnten Ausmelken des Darms über die Schadstelle hätte feststellen und korrigieren können. Dagegen sprechen zwei Gesichtspunkte:

i. Der Sachverständige zieht in Erwägung, dass die Strikturen erst im Zusammenwirken mit den schweren entzündlichen Prozessen im Bauchraum der Klägerin durch Veränderung der Darmwand als Folge der Peritonitis entstand. In der Gesamtbetrachtung des Gutachtens hält er es wohl am wahrscheinlichsten, dass die Längsnaht für diesen Prozess nur eine Bedingung war. Im Ausgangspunkt begründete die Naht also erst einmal nur die Gefahr einer sich ausbildenden Einengung. Diese Gefahr war dem Vorgehen der Ärzte zwar immanent, sie ließ sich aber mit dem unterlassenen Test selbst von ihrem Grad her nicht feststellen.

ii. Selbst wenn am Ende der Versorgung der Läsion bereits eine Einengung vorhanden war, lassen sich Feststellungen zu deren Ausmaß nicht treffen. Kleinere Volumenreduzierungen sind, so der Sachverständige, über das Ausmelken nicht zu identifizieren.

Es gliche danach purer Spekulation anzunehmen, das Ausmelken hätte zur Identifizierung einer Verengung geführt. Der Dokumentationsfehler der Beklagten führt zu keiner Beweiserleichterung im Hinblick auf den notwendigen Kausalzusammenhang (Greiß/Greiner, Rdn. B206).

Die zu einer Umkehr der Beweislast zur haftungsbegründenden Kausalität führende Ausnahme eines groben Behandlungsfehlers setzt die Feststellung voraus, dass der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint und einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGH NJW 1999, 862). Dies vermag der Senat dem Satz des Sachverständigen: „Ein sorgfältiger Arzt darf das (gemeint ist eine ausschließlich visuelle Prüfung - der Senat) so nicht machen“ nicht zu entnehmen. Was der Sachverständige beschreibt, ist ein einfacher Behandlungsfehler. Es lag eine Ausnahmesituation vor. Dennoch hatte der Zeuge Dr. , was der Senat ihm glaubt, die Notwendigkeit der Lumenprüfung im Blick. Für das Prüfverfahren gab es nach den Feststellungen des Sachverständigen keine festen Regeln. Es waren die Ausnahmesituation und das atypische Vorgehen, die auf das Ausmelken hinwiesen. Sich dieser Methode nicht bedient, sondern auf die eigene langjährige ärztliche Erfahrung und Einschätzungsfähigkeit gesetzt zu haben, ist unter Berücksichtigung all dessen kein derart schwerer Sorgfaltsverstoß, der die Annahme eines groben Behandlungsfehlers rechtfertigen könnte.

Wenn die Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.9.2015 in Reaktion auf das Beweisergebnis anmerkt, sie gehe davon aus, dass der Sachverständige mit seiner Formulierung einen groben Behandlungsfehler bestätige, ruft der Senat in Erinnerung, dass es sich bei der Beurteilung, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, um eine vom Senat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu vollziehende juristische Wertung handelt (BGH NJW 2011, 3442; 2015, 1601, 1602; Urteil vom 25.10.2011, VI ZR 139/10, BeckRS 2011, 29798).

d) Der Senat hat letztlich erwogen, die lückenhafte Dokumentation der Beklagten trotz des anders lautenden Grundsatzes als haftungsbegründenden Behandlungsfehler zu betrachten. Dies scheint jedenfalls dann geboten, wenn die Dokumentationslücken in der Weiterbehandlung zu vermeidbaren medizinischen Defiziten und hierüber zum Schaden führen. So hat der Sachverständige festgestellt, dass die Dokumentation im Falle der Klägerin durchaus für eventuelle diagnostische Maßnahmen Bedeutung hätte gewinnen können. Mit Blick auf den konkreten postoperativen Verlauf bis zur zweiten Operation hat es der Sachverständige dann allerdings ausgeschlossen, dass die Behandlung in Kenntnis der Nahtführung eine andere gewesen wäre. Die ordnungsgemäß betriebene Diagnostik und die bei der konservativen Behandlung des erkannten Subileus erzielten Teilerfolge ließen zu keinem früheren Zeitpunkt an einen mechanischen Verschluss denken.

3.2. Behandlung zwischen dem 7.8. und 18.8.2009:

a) Die Entscheidung des Landgericht offenbart in dieser Beziehung keine Rechtsfehler oder Anhaltspunkte für Zweifel im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Nach den Feststellungen des Landgerichts, die sich zutreffend auf das Gutachten des Sachverständigen stützen, war die zunächst getroffene Diagnose der Ärzte eines paralytischen Subileus vertretbar und rechtfertigte die eingeleitete konservative Therapie. Ex ante war die Behandlung in zeitlicher Hinsicht und in ihrer Durchführung korrekt. Es gab bei ordnungsgemäßer Befunderhebung kein auf einen mechanischen Verschluss hindeutendes Anzeichen. Das schließt einen Behandlungsfehler aus.

aa) Im Zeitraum zwischen dem 7. und 11.8.2009 hat der Sachverständige die erste Diagnose der Ärzte, die Klägerin leide unter normalen Operationsfolgen, als vertretbar gebilligt. Nach dem ausgedehnten Ab-

dominaleingriff und angesichts der Peritonitis habe von einer Atonie mit Paralyse des Darms ausgegangen werden können. Danach lässt sich selbst dann kein Behandlungsfehler feststellen, wenn die Ärzte insoweit falsch lagen. Bei der Einordnung von Diagnoseirrtümern als haftungsbegründende Behandlungsfehler ist Zurückhaltung geboten. Ein einfacher Behandlungsfehler liegt nur dann vor, wenn die Diagnose aus Sicht eines gewissenhaften Arztes nicht mehr vertretbar erscheint.

Solange die Ärzte von normalen Operationsfolgen ausgehen durften, stellen sich auch die Fragen nach weitergehenden Befunderhebungen oder der objektiv richtigen Therapie nicht. Ein Diagnoseirrtum wird nicht deshalb zum Befunderhebungs- oder Therapiefehler, wenn bei richtiger Diagnose weitere Befunde zu erheben oder eine andere Behandlung einzuleiten gewesen wäre.

bb) Als am 12.8.2009 die medizinisch richtige Röntgenaufnahme mit Kontrastmittel den Dünndarmileus sicherte, gingen die Ärzte von einem paralytischen (Sub-) Ileus als postoperative Komplikation aus. Auch dies hat der Sachverständige als vertretbar bezeichnet (ex post spricht er von einem gemischt paralytischen und mechanischen Ileus). Das Erbrechen vom 13.8.2009 ist als grünlich dokumentiert, was sich nach den Feststellungen des Sachverständigen mit der Diagnose der Ärzte vereinbaren ließ. Ein grünliches Sekret sei ein typisches Zeichen bei Atonie im Magen und oberen Dünndarm. Als am 17.8.2009 erneut der (vom Sachverständigen wohl als begründet angesehene) Verdacht auf Stuhlerbrechen geäußert wurde und weitere Befunde und klinische Symptome hinzu kamen, brachen die Ärzte richtig und rechtzeitig die konservative Therapie bzw. den konservativen Therapieversuch ab und griffen am Folgetag zur Operation. Das Ganze verlief nach dem Inhalt des keine Unzulänglichkeiten offenbarenden Sachverständigengutachtens behandlungsfehlerfrei.

b) In dieser Auffassung sieht sich der Senat durch die Antworten des Sachverständigen auf mündliche Einwände der Klägerin bestätigt. Schon die Berufungsbegründung vermochte dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme im Wesentlichen nur mit dem Hinweis auf das Stuhlerbrechen vom 17.8.2009 entgegen zu treten. Der Sachverständige hat nochmals ausdrücklich betont, das Röntgenbild und das Ergebnis der Kontrastmitteluntersuchungen sprachen gegen ein komplettes Hindernis. Zudem verbesserte sich der Zustand der Klägerin unter der Behandlung vorübergehend. Erst die Gabe von Suppe und Brot am 15.8.2009 offenbarte Umstände, die zu Weiterem Anlass boten. Hierauf wurde mit erneuter Diagnostik und schließlich mit der Operation richtig reagiert.

Wenn die Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.9.2015 auf das am 13.8.2009 Erbrochene zurück kommt und darauf verweist, im Senatstermin Zeugenbeweis angetreten zu haben, so fehlt diesem Beweisantritt die prozessuale Berücksichtigungsfähigkeit. Es handelt sich um ein neues Angriffsmittel im Sinne von § 531 II 1 ZPO, das auf Grund von Nachlässigkeit nicht im ersten Rechtszug geltend gemacht worden war (§ 531 II 1 Nr. 3 ZPO). Den Beweis hätte die Klägerin schon in erster Instanz antreten können und müssen. Stattdessen ist in der Klageschrift nur auf das am 13.8., 23.00 Uhr im Pflegebericht festgehaltene grüne Erbrechen abgestellt worden, wozu vorgetragen war, man habe ein Koterbrechen in Betracht gezogen. Dass es sich definitiv um Kot gehandelt habe und dies von der Mutter der Klägerin bemerkt worden sei, wird erstmals jetzt behauptet und unter Zeugenbeweis gestellt. Noch in der mündlichen Verhandlung des Landgerichts vom 3.8.2014 hat die Klägervertreterin bei der Befragung des Sachverständigen ein „grünes Erbrechen“ nicht in Zweifel gezogen und schon gar nicht eine bräunliche Färbung behauptet. Sollte es tatsächlich anders gewesen sein, wusste die Klägerin das bereits in erster Instanz. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO erlaubt es dem Senat nicht, derartige Nachlässigkeiten durch Berücksichtigung neuen Vorbringens zu honorieren.

Zum deshalb weiterhin maßgeblichen grüngefärbten Erbrochenen hat der Sachverständige nochmals bestätigt, dass hieraus keine medizinischen Konsequenzen zu ziehen waren, weil es zu den Paralyseerwägungen der Ärzte passte.

c) Unabhängig davon lässt sich mit diesem Behandlungsabschnitt kaum ein ersatzfähiger Schaden der Klägerin in Verbindung bringen. Nach dem schriftlichen Gutachten (S. 34) war die Operation vom 18.8.2009 nicht zu vermeiden. Selbst eine frühere Operation hätte nach den Feststellungen des Sachverständigen am Verlauf des zweiten Eingriffs und der postoperativen Phase nichts geändert. Es ließen sich keine allein durch die Verzögerung des Eingriffs hervorgerufenen gesundheitlichen Nachteile der Klägerin bestimmen. Danach bliebe nur das Zuwarten während weniger Tage unter ständiger ärztlicher Aufsicht. Es ist kaum vorzustellen, dass dies in Überschreitung der Bagatellgrenze ein Schmerzensgeld rechtfertigen könnte.

4. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 18.9.2015 gibt dem Senat keine Veranlassung, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten (§§ 525 1; 296a; 156 ZPO). Mit dem Hinweis der Klägerin auf die Befragung des Sachverständigen durch den ärztlichen Direktor der Beklagten ist kein entscheidungserheblicher Verfahrensfehler im Sinne von § 156 II Nr. 1 ZPO vorgebracht. Gemäß §§ 525 1; 402; 397 II ZPO kann der Vorsitzende den Parteien gestatten, unmittelbar an den Sachverständigen Fragen zu richten.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10; 711 1, 2; 709 2 ZPO.

Die Revision lässt der Senat nicht zu. Die Sache wirft keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auf und weder die Fortbildung des Rechts noch die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

**3. OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 25.08.2015 – 5 W 35/15 – \* § 630 Abs. 2 S. 2 BGB gewährt dem Patienten u.U. auch einen Anspruch auf eine Erklärung des Behandlers, dass für ihn keine Umstände erkennbar sind, welche die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen können (sog. Negativauskunft).**

1. § 630 Abs. 2 S. 2 BGB gewährt dem Patienten u.U. auch einen Anspruch auf eine Erklärung des Behandlers, dass für ihn keine Umstände erkennbar sind, welche die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen können (sog. Negativauskunft).

2. Gibt der Behandler eine entsprechende Erklärung erst in der mündlichen Verhandlung ab, ist regelmäßig eine Aufhebung der Kosten nach beiderseitiger Erledigungserklärung angemessen.

Fundstellen

GesR 2015, 636-637 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

ArztR 2015, 256 (Kurzwiedergabe)

**Tenor**

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Landgerichts Oldenburg vom 12.06.2015 dahingehend abgeändert, dass die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben werden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Beschwerdewert wird auf bis zu 3.000 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

Der Beklagte leitete als behandelnder Arzt am 10.04.2014 die Geburt der Klägerin, die per Kaiserschnitt erfolgte. Einen Tag später wurde bei der Klägerin eine Femurfraktur sowie eine Verletzung des Femurs links diagnostiziert.

Die Klägerin bat den Beklagten daraufhin mit Schreiben vom 25.09.2014, 03.11.2014 und 15.01.2015 unter Berufung auf § 630c BGB um Mitteilung, ob der Beklagte von einem Behandlungsfehler ausgehe. Der Beklagte reagierte jedoch nicht.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe ihren Eltern unmittelbar nach der Geburt mitgeteilt, dass „etwas schiefgegangen sei“.

Sie hat den Antrag gestellt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie Auskunft zu erteilen, inwieweit für ihn Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers im Zusammenhang mit ihrer Geburt am 10.04.2014 begründen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, den Eltern direkt nach der Geburt mitgeteilt zu haben, dass es weder Anhaltspunkte für eine Traumatisierung während des Kaiserschnitts gebe noch postoperativ zu einer Situation gekommen sei, die die Fraktur verursacht haben könnte. Ihm seien keine Umstände bekannt, die auf einen Behandlungsfehler hindeuteten.

In der mündlichen Verhandlung vom 12.06.2015 hat das Landgericht den Beklagten auf Antrag der Klägerin gemäß § 445 Abs. 1 ZPO als Partei vernommen. Daraufhin hat die Klägerin den Rechtsstreit im Hinblick auf die am 12.06.2015 erteilten Angaben des Beklagten für erledigt erklärt. Der Beklagte schloss sich der Erledigungserklärung an.

Mit Beschluss vom 12.06.2015 hat das Landgericht O. die Kosten des Rechtsstreits der Klägerin auferlegt, da nach den überzeugenden Angaben des Beklagten für ihn keine Umstände für einen Behandlungsfehler erkennbar gewesen seien und ihn eine Recherchepflicht nicht treffe.

Gegen diesen Beschluss, welcher der Klägerin am 29.06.2015 zugestellt worden ist, richtet sich ihre sofortige Beschwerde vom 07.07.2015. Das Landgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte auf ihre Auskunftsbegehren überhaupt nicht hätte reagieren müssen. Das Landgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 20.07.2015 nicht abgeholfen, sondern sie dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Der Beklagte beantragt, die Beschwerde kostenpflichtig zurückzuweisen.

II.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 91a Abs. 2 ZPO, 567 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, 569 ZPO zulässig. Sie hat auch in der Sache teilweise Erfolg.

Nachdem die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die Kosten gemäß § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes gegeneinander aufzuheben.

Bei der nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung ist der mutmaßliche Ausgang des Verfahrens zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 09.06.2010, XII ZR 183/08, Rn. 2; BGH, Beschluss

vom 01.03.2007, I ZR 249/02, Rn. 12 m. w. N., jeweils zitiert nach juris). Maßgeblich ist, ob die Klage Erfolg gehabt hätte, wenn es nicht zum erledigenden Ereignis gekommen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 08.04.2015, VII ZR 254/14, Rn. 6, zitiert nach juris).

1. Zur Erledigung des Rechtsstreits hat die Vernehmung des Beklagten als Partei in der mündlichen Verhandlung vom 12.06.2015 geführt.

Der Beklagte hat in dieser Vernehmung angegeben, sich nicht erklären zu können, wie es bei dem routinemäßig und ohne Hektik durchgeführten Kaiserschnitt zu einer Fraktur des Femurs der Klägerin gekommen sein könnte. Auch nach der Geburt sei ihm nichts aufgefallen, was die Verletzung verursacht haben könnte. Damit hat der Beklagte die Klägerin darüber informiert, dass für ihn keine Umstände im Sinne von § 630c Abs. 2 S. 2 BGB erkennbar waren, die einen Behandlungsfehler begründen. Zuvor hat er bereits in der Klageerwiderung vom 29.05.2015 mitgeteilt, dass ihm keine Umstände bekannt seien, die auf einen Behandlungsfehler schließen lassen könnten und damit den Auskunftsanspruch der Klägerin erfüllt. Ohne diese am 29.04.2015 erteilte Auskunft wäre die Klage weiterhin erfolgversprechend gewesen.

a) Die Auskunftspflicht aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB umfasst auch die Mitteilung an den nachfragenden Patienten, dass für den Behandelnden keine behandlungsfehlerbegründende Umstände erkennbar sind. Zwar erweckt der Wortlaut der Vorschrift den Eindruck, dass eine Auskunftspflicht erst durch das Vorliegen derartiger Umstände ausgelöst wird. Dies ist nur zutreffend, soweit es um die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Offenbarung der behandlungsfehlerbegründenden Umstände geht. Daneben begründet § 630 Abs. 2 S. 2 BGB einen Anspruch des Patienten, auf Nachfrage auch entsprechend informiert zu werden, falls der Behandelnde keine Anhaltspunkte für Behandlungsfehler hat.

aa) § 630c BGB wurde durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.02.2013 (BGBl. I, S. 277 ff.) eingeführt. Es ist das erklärte Ziel dieses Gesetzes, die Rechte von Patienten zu stärken und die Behandelnden und Patienten auf Augenhöhe zu bringen (BT-Drs. 17/10488). Mit diesem Zweck wäre es nicht vereinbar, wenn die Behandelnden die Nachfrage des Patienten im Sinne von § 630c Abs. 2 S. 2 BGB, ob für ihn Umstände erkennbar sind, die einen Behandlungsfehler begründen, einfach unbeantwortet lassen könnten. Der Patient könnte nicht erkennen, ob auf seine Nachfrage nur deshalb nicht reagiert worden wäre, weil der Behandelnde keine Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler hätte, oder ob ihm sehr wohl behandlungsfehlerbegründende Umstände bekannt wären, er sie aber nicht preisgeben möchte. Diese Ungewissheit könnte der Patient nur im Rahmen eines Klageverfahrens beseitigen. Dabei liefe er jedoch Gefahr, im Falle der Nichterkennbarkeit der behandlungsfehlerbegründenden Umstände die Kosten für eine Klage zu tragen, die er nur deshalb angestrebt hätte, da seine vorherigen Anfragen bei den Behandelnden ignoriert worden wären.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass es für die Erkennbarkeit der Umstände im Sinne von § 630c Abs. 2 S. 2 BGB auf das subjektive Sonderwissen des Behandelnden ankommt (Rehborn / Gescher, in: Erman, BGB, 14. Auflage 2014, § 630c Rn. 13). Würde die Auskunftspflicht aus § 630 Abs. 2 S. 2 BGB erst durch die Erkennbarkeit der behandlungsfehlerbegründenden Umstände ausgelöst, wäre ein Sonderwissen der Behandelnden eine vom Kläger zu beweisende Anspruchsvoraussetzung. Unabhängig von den damit verbundenen Beweisschwierigkeiten hätte der Kläger, dessen Nachfragen unbeantwortet bleiben, vor Erhebung der Auskunftsklage keine Grundlage, auf der er die Erfolgsaussichten einschätzen könnte. Der Kläger liefe Gefahr, eine kostenintensive, aber aussichtslose Klage zu erheben, während die Behandelnden die Nichterkennbarkeit behandlungsfehlerbegründender Umstände in einem Satz mitteilen könnten. Zu dieser Negativauskunft sind die Behandelnden deshalb aus Transparenzgründen ebenfalls gemäß § 630c Abs. 2 S. 2 BGB verpflichtet. Anderenfalls würde die Auskunftspflicht dem Anspruch, Ausdruck einer „Abwägung zwischen den Interessen des Behandelnden am Schutz seiner Person und dem Interesse des Patienten am Schutz seiner Gesundheit“ zu sein (so BT-Drs. 17/10488, S. 21; vgl. auch L. Thole, MedR 2013, S. 145 f.), nicht gerecht.

bb) Der Einwand, dass den Behandelnden mit § 630c Abs. 2 S. 2 BGB keine Recherchepflicht zur Abklärung möglicher, für ihn aber nicht erkennbarer Behandlungsfehler aufgebürdet werden soll, rechtfertigt keine andere Auslegung. Die an sein subjektives Sonderwissen anknüpfende Mitteilung, dass für ihn keine behandlungsfehlerbegründenden Umstände erkennbar waren, kann der Behandelnde auch ohne Recherchen vornehmen.

b) Selbst wenn § 630c Abs. 2 S. 2 BGB aufgrund des engen Wortlauts keinen Anspruch auf eine Negativauskunft bei Nichtvorliegen behandlungsfehlerbegründender Umstände umfassen würde, stünde der Klägerin gemäß § 242 BGB ein entsprechender Auskunftsanspruch zu. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebieten es Treu und Glauben, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und wenn der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderliche Auskunft zu erteilen (BGH, Urteil vom 06.02.2007, X ZR 117/04, Rn. 13 m. w. N., zitiert nach juris). Dies vorliegend aufgrund der bereits aufgezeigten Umstände der Fall.

2. Der Beklagte hat den Anspruch der Klägerin auf Mitteilung des Nichtvorliegens behandlungsfehlerbe gründender Umstände vor der Klageerhebung nicht erfüllt, sondern die Nachfragen vom 25.09.2014, 03.11.2014 und 15.01.2015 unbeantwortet gelassen. Auch wenn der Beklagte, wie er behauptet, den Eltern der Klägerin direkt nach der Geburt mitgeteilt hätte, keine Anhaltspunkte für eine Traumatisierung während des Kaiserschnittes oder eine die Femurfraktur zu verursachen geeignete postoperative Situation zu haben, hätte er seine Auskunftspflicht damit noch nicht erfüllt. Die unmissverständliche Erklärung, dass für ihn keine erkennbaren Umstände auf einen Behandlungsfehler schließen lassen, enthielte diese Information nicht, zumal derartige Umstände auch noch im weiteren Behandlungsverlauf zu Tage treten könnten. Zudem stellt sich die Frage, wie er eine solche Mitteilung „direkt nach der Geburt“ (S. 3 der Klageerwiderng vom 29.04.2015) gemacht haben kann, wenn die Femurfraktur erst einen Tag später erkannt worden ist.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Beklagte bereits in der Klageerwiderng vom 29.04.2015 mitgeteilt hat, Umstände, die auf einen Behandlungsfehler schließen lassen könnten, nicht zu kennen. Ihm sei nicht bekannt, wie es zu der Oberschenkelfraktur hat kommen können. Damit hat er seiner Verpflichtung aus § 630 c Abs. 2 S. 2 BGB genügt. Die Klägerin hat den Rechtsstreit jedoch nicht schon nach Eingang der Klageerwiderng für erledigt erklärt, sondern die Erklärung des Beklagten angezweifelt und dessen persönliche Vernehmung als Partei beantragt. Diese hat ergeben, dass die Klage nicht mehr erfolgversprechend war, da keine Anhaltspunkte für Zweifel an einer wahrheitsgemäßen Aussage des Beklagten ersichtlich waren. Im Rahmen der Kostenentscheidung ist deshalb einerseits zu berücksichtigen, dass die Klage bis zur Klageerwiderng erfolgversprechend war, die mündliche Verhandlung jedoch allein deshalb erforderlich geworden ist, weil die Klägerin den - im Ergebnis erfolglosen - Antrag auf Vernehmung des Beklagten gestellt hat. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

**4. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 12.08.2015 – 5 U 50/15 – \* Ist einzig verbliebene Folge eines groben Diagnose- und Befunderhebungsfehlers (hier: unzureichende Untersuchung einer Gewebeprobe) eine Verzögerung der Behandlung, nimmt ein später auftretender Sekundärschaden (Mammakarzinom als Rezidiv) nur dann an der Beweislastumkehr teil, wenn die entsprechende Verzögerung typischerweise geeignet ist, diesen Sekundärschaden hervorzurufen**

Ist einzig verbliebene Folge eines groben Diagnose- und Befunderhebungsfehlers (hier: unzureichende Untersuchung einer Gewebeprobe) eine Verzögerung der Behandlung, nimmt ein später auftretender Sekundärschaden (Mammakarzinom als Rezidiv) nur dann an der Beweislastumkehr teil, wenn die entsprechende Verzögerung typischerweise geeignet ist, diesen Sekundärschaden hervorzurufen.

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 20.02.2015 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts O. (2 O 389/13) wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, soweit nicht die Beklagte vor der Vollstreckung eine Sicherheit in Höhe von 115 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Die im Jahr 1949 geborene Klägerin begehrt von der Beklagten Schmerzensgeld dafür, dass sich bei ihr im Jahr 2012 ein Rezidiv eines Mammakarzinoms bildete. Sie führt dies auf eine verzögerte Behandlung im Jahr 2003 zurück.

Am 24.06.2003 wurde im Haus der Beklagten ein suspekter Kalkherd aus der linken Brust der Klägerin entfernt.

Bei einer Nachuntersuchung am 23.12.2003 zeigte sich in der linken Brust ein invasiv duktales Mammakarzinom, das der Klägerin während ihres Krankenhausaufenthalts vom 04.01.-10.01.2004 gemeinsam mit 20 Lymphknoten entfernt wurde. Es schloss sich eine Strahlen- und Hormontherapie an.

Daraufhin machte die Klägerin gegenüber der Beklagten Schmerzensgeldansprüche geltend und begehrt die Feststellung einer Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche materiellen und immateriellen Schäden. Das Landgericht O. sprach ihr am 23.01.2008 ein Schmerzensgeld in Höhe von 5.000 € zu und wies die Klage im Übrigen ab (2 O 2950/06). Dieses Urteil änderte der erkennende Senat mit Urteil vom 09.07.2008 ab und sprach der Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 25.000 € zu. Zudem wurde

festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen materiellen und weiteren immateriellen Schaden aus der Operation vom 24.06.2003 zu erstatten. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung ist rechtskräftig.

Der Senat stützte die Entscheidung darauf, dass zwei grobe Behandlungsfehler erfolgt seien: Zum einen stelle es einen groben Diagnosefehler dar, dass die während der Operation am 24.06.2003 entnommenen Gewebeteile grob fehlerhaft ausgewertet worden seien. Es seien nur randbildende Mikrokalkanteile untersucht worden, die nicht repräsentativ gewesen seien. Zum anderen sei es ein grober Befunderhebungsfehler, dass ein mediales Nachresektat keiner radiologischen Untersuchung mehr unterzogen worden sei. Am 24.06.2003 hätte bereits ein Karzinom in situ vorgelegen, welches sich zu dem invasiv duktalem Karzinom weiterentwickelt habe. Die gebotene sofortige Entfernung des Karzinoms in situ hätte der Klägerin die Zweitoperation erspart.

Im Jahr 2012 wurde bei der Klägerin erneut ein Mammakarzinom diagnostiziert, weshalb ihr am 28.08.2012 beide Brüste amputiert wurden. Anschließend fand eine Chemotherapie statt.

Die Klägerin hat behauptet, dass es sich bei dem Karzinom um ein Rezidiv gehandelt habe, das durch die unvollständige Entfernung des Kalkherds am 24.06.2003 verursacht worden sei. Dies habe dazu geführt, dass die Entfernung beider Brüste notwendig geworden sei. Zudem habe sie unter gravierenden Nebenwirkungen der Chemotherapie gelitten.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.10.2012 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihr vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.880,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.03.2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts O. die Klage abgewiesen. Das 2012 diagnostizierte Rezidiv stelle zwar ein Wiederauftreten der Erkrankung aus dem Jahr 2003 dar, die Klägerin habe jedoch nicht bewiesen, dass dieses Rezidiv Folge des im 01.2004 entfernten invasiv duktalem Karzinoms gewesen sei. Es könne auch durch das am 24.06.2003 bereits vorliegende Karzinom in situ verursacht worden sein, dessen unterlassene Entfernung dann nicht kausal für das Rezidiv geworden wäre. Eine Beweislastumkehr komme nicht in Betracht, da das Rezidiv ein Sekundärschaden sei. Dieser stelle zwar die typische Folge eines invasiv duktalem Karzinoms dar, sei aber eben auch für ein Karzinom in situ typisch. Gestützt hat das Landgericht diese Ausführungen auf die Gutachten des Sachverständigen Professor N. vom 28.11.2013 und 17.06.2014 sowie auf dessen Angaben im Rahmen seiner ergänzenden Befragung in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2015.

Wegen der Einzelheiten der Begründung und der tatsächlichen Feststellungen wird auf die erstinstanzliche Entscheidung Bezug genommen.

Die Klägerin hat gegen das Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt. Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft verkannt, dass sich die aus den vom Oberlandesgericht Oldenburg am 09.07.2008 festgestellten groben Behandlungsfehlern folgende Beweislastumkehr auch auf die Ursächlichkeit der Fehler für das Rezidiv aus dem Jahr 2012 erstrecke. Das Rezidiv sei eine typische Folge der Primärverletzung (Behandlungsverzögerung und Herausbildung des invasiv duktalem Karzinoms), was für die Beweislastumkehr ausreiche. Unerheblich sei, dass das Rezidiv auch schon durch das Karzinom in situ verursacht worden sein könnte, das sich bis zum 24.06.2003 entwickelt hatte. Es sei für den Kausalitätsnachweis nicht erforderlich, dass der als Sekundärschaden eingetretene Gesundheitsschaden eine „überwiegend“ typische Folge der Primärverletzung sei.

Es bestünden Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung, da der Sachverständige in seinem Gutachten vom 28.11.2013 noch ausgeführt habe, die Rezidivoperation aus dem Jahr 2012 sei auf die früher festgestellten Behandlungsfehler zurückzuführen, davon jedoch in seinem zweiten Gutachten vom 17.06.2014 abgerückt sei. Diesen Widerspruch hätte das Landgericht näher aufklären müssen.

Zudem habe es das Landgericht falsch gewichtet, dass nach den Angaben des Sachverständigen das Rezidivrisiko bei einem invasiv duktalem Karzinom bei 5 % (Beobachtungszeitraum: 5 Jahre) liege und damit um 20 % höher sei als bei einem Karzinom in situ, bei dem das Rezidivrisiko 4 % betrage, und zwar über einen Beobachtungszeitraum von acht Jahren. Umgerechnet auf einen achtjährigen Beobachtungszeitraum sei das Rezidivrisiko bei einem invasiv duktalem Karzinom deshalb sogar noch höher.

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts O. vom 20.02.2015, Az. 2 O 389/13, abzuändern und

1. die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.10.2012 zu zahlen,
2. die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verurteilen, ihr vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.880,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.03.2013 zu zahlen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass mit dem Urteil des Senats vom 09.07.2008 (5 U 32/08) auch die Forderung der Klägerin nach weiterem Schmerzensgeld für die Rezidivbehandlung und deren Folgen abgegolten sei. Sie behauptet, dass die Möglichkeit eines Rezidivs objektiv vorhersehbar gewesen sei. Zudem stünde weder medizinisch noch aufgrund juristisch fundierter Beweislastumkehr fest, dass die neue Erkrankung kausale Folge der 2003/2004 um sechs Monate verzögerten Operation des seinerzeit betroffenen Mikrokalkherdes sei. Vielmehr habe sich bei der Klägerin das allgemeine Krebsrisiko verwirklicht.

II.

Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Dem Landgericht ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme darin zu folgen, dass die Behandlungsfehler der Beklagten im Jahr 2003 nicht die Ursache für die Rezidivoperation der Klägerin gesetzt haben. Eine haftungsausfüllende Kausalität, die Voraussetzung für einen Schmerzensgeldanspruch der Klägerin wäre, kann nicht festgestellt werden.

1. Hinsichtlich der Kausalität der Behandlungsfehler aus dem Jahr 2003 für das Auftreten eines Rezidivs im Jahr 2012 greift entgegen der Ansicht der Klägerin keine Beweislastumkehr zu ihren Gunsten.

Wie vom Senat in der Entscheidung vom 09.07.2008 festgestellt, liegen die groben Behandlungsfehler der Beklagten darin, dass am 24.06.2003 die bei der Entfernung des suspekten Kalkherdes genommene Gewebeprobe falsch ausgewertet und darüber hinaus eine radiologische Untersuchung eines medialen Nachresektats unterlassen worden ist, weshalb es zu der sechsmonatigen Behandlungsverzögerung kam. Die daraus resultierende Umkehr der Beweislast erstreckt sich jedoch lediglich auf die Kausalität des eingetretenen Primärschadens. Dieser liegt darin, dass sich während der Behandlungsverzögerung aus dem Karzinom in situ ein invasiv duktales Mammakarzinom entwickeln konnte, das gemeinsam mit 20 Lymphknoten entfernt werden musste und eine Strahlen- sowie Hormontherapie nach sich zog.

a) Bei dem Rezidivkarzinom, das bei der Klägerin im Jahr 2012 aufgetreten ist, handelt es sich hingegen nicht um einen unmittelbar durch die haftungsbegründende Gesundheitsverletzung verursachten Schaden, sondern um einen sogenannten Sekundärschaden, der erst in der Folgeentwicklung entstanden ist. Für den Kausalitätsbeweis von Sekundärschäden gelten die Grundsätze der Beweislastumkehr nur dann, wenn der Sekundärschaden eine typische Folge des Primärschadens ist und die als grob zu bewertende Missachtung einer elementaren Verhaltensregel gerade auch vor derartigen Folgeschäden schützen sollte (BGH, Urteil vom 09.05.1978 zu VI ZR 81/77, Rn. 14 m. w. N.; BGH, Urteil vom 02.07.2013 zu VI ZR 554/12, Rn. 12 m. w. N., jeweils zitiert nach juris). Bei derart typischen Folgeschäden ist der Zweck der Beweiserleichterung, den Beweisschwierigkeiten des Patienten Rechnung zu tragen, in gleicher Weise erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.1969 zu VI ZR 82/68, Rn. 15, zitiert nach juris).

b) Der hier geltend gemachte Sekundärschaden nimmt nicht an der Beweislastumkehr, die sich aus dem Behandlungsfehler im Jahre 2003 ergibt, teil. Wenn die Berufung in diesem Zusammenhang geltend macht, das Landgericht habe die Grundsätze für die Ausdehnung der Beweislastumkehr auf Sekundärschäden falsch angewendet, wenn es verlange, die Folge müsse nicht nur typische, sondern einzig typische Folge des Fehlers sein, verkennt sie den Anknüpfungspunkt für die entsprechende Prüfung. Der Schaden muss auch gerade typische Folge des Behandlungsfehlers sein (vgl. BGH NJW 2005, 427/429). Besteht der Vorwurf, wie hier, im Vorwurf der Verzögerung, muss der Sekundärschaden typische Folge der Verzögerung sein.

Das bei der Klägerin im Jahr 2012 aufgetretene Rezidivkarzinom ist indessen keine typische Folge der sechsmonatigen Behandlungsverzögerung 2003/2004 und der daraus resultierenden Folgen für die Klägerin. Das Auftreten eines Rezidivs ist auch keine typische Folge der von der Beklagten verletzten Verhaltensregeln, die darin bestehen, zur Vermeidung von Behandlungsverzögerungen bei der Entfernung suspekter Kalkherde Gewebeproben richtig auszuwerten und notwendige mediale Nachresektate auch radiologisch zu untersuchen.

Das Risiko einer Rezidivbildung ist nicht dadurch erhöht worden, dass sich das Karzinom in situ seit 06.2003 zu einem invasiv duktalem Karzinom entwickeln konnte und erst im 01.2004 entfernt worden ist.

aa) Der Sachverständige Professor N. hat in der mündlichen Verhandlung vom 15.07.2015 überzeugend dargelegt, dass sich das Rezidivrisiko von 06.2003 bis 01.2004 nicht erhöht habe.

Bei dem bereits im 06.2003 vorhandenen duktalem Karzinom in situ (auch DCIS genannt) handele es sich um eine Vorstufe eines invasiv duktalem Karzinoms, das ebenso wie letzteres mit einem Rezidivrisiko verbunden sei.

Die günstigen Prognosekriterien des im 01.2004 entfernten invasiv duktalem Karzinoms führten dazu, dass dessen Entwicklung während der Behandlungsverzögerung letztlich keine Risikoerhöhung bedeutet habe. Der Tumor sei mit einem Durchmesser von 1 cm noch klein gewesen und nur langsam gewachsen. Die Teilungsrate sei mit 10 % niedrig einzustufen, die Proliferationsrate somit gering. Günstig habe sich zudem ausgewirkt, dass der Hormonrezeptorstatus positiv gewesen sei.

Aufgrund dieser guten Voraussetzungen sei das Rezidivrisiko des Tumors nicht größer als das Rezidivrisiko, welches bereits dem im 06.2003 vorhandenen Karzinom in situ inne gewohnt habe.

bb) Die Gefahr einer erneuten Tumorbildung ist auch nicht durch eine in Folge der Behandlungsverzögerung eingetretene sog. EIC, d. h. einer extensiven intraduktalen Komponente, vergrößert worden, die bei einem Karzinom in situ noch nicht möglich ist. Der Sachverständige hat bestätigt, dass eine EIC vorliegt, wenn zum Zeitpunkt der Tumorentfernung in dessen Peripherie Tumorzellen in den Milchgängen vorhanden sind, die nicht entfernt werden. Es leuchtet ein, dass diese Zellnester die Wahrscheinlichkeit eines neuen Tumors erhöhen. Im Falle der Klägerin ist es aber nicht zu einer derartigen Risikoerhöhung gekommen, da sich keine EIC gebildet hat. Der Sachverständige hat überzeugend erörtert, dass sich keine Hinweise auf eine EIC bei der Tumorentfernung im 01.2004 finden lassen. Stattdessen habe der Tumor „R0“, d. h. vollständig entfernt werden können. Wenn 2004 eine EIC vorgelegen hätte, wären 2012 bei der durchgeführten Stanzbiopsie sowie bei der postoperativen Untersuchung des Brustgewebes Karzinome in situ (DCIS) zu erwarten gewesen, die aber gerade nicht diagnostiziert worden seien. Zudem spreche der Umstand, dass der Tumor im Jahr 2012 ausschließlich im Bereich des alten Tumorgebiets aufgetreten sei, gegen eine EIC.

Der Senat macht sich die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nach kritischer Überprüfung vollumfänglich zu Eigen.

cc) Eine Rezidivrisikoerhöhung lässt sich auch nicht aus den vom Sachverständigen in seiner ergänzenden Anhörung vor dem Landgericht angegebenen Prozentzahlen ableiten. Zwar mögen sich bei verschiedenen Untersuchungen für invasiv duktales Karzinome im Vergleich zu Karzinomen in situ höhere Rezidivrisiken ergeben haben, dies ist nach den überzeugenden Erläuterungen des Sachverständigen aber im Falle der Klägerin nicht relevant. Die Prozentzahlen beruhen auf allgemeinen Untersuchungen, die sich aufgrund der günstigen Prognosekriterien des bei der Klägerin im 01.2004 entfernten Tumors nicht übertragen ließen. Bei der Risikobewertung seien somit auch invasiv duktales Karzinome berücksichtigt worden, bei denen die unter aa) beschriebenen günstigen Voraussetzungen nicht vorlagen und bei denen es zu einer risikoerhöhenden EIC gekommen sei. Es leuchtet ein, dass der Fall der Klägerin vom Durchschnitt der betrachteten Fälle in einem Maße abweicht, das es verbietet, einer im Durchschnitt festgestellten geringfügigen Risikoerhöhung für den Fall der Klägerin Relevanz beizumessen. Vielmehr gleiche nach den Angaben von Professor N. die Rezidivwahrscheinlichkeit des im 01.2004 entfernten Tumors der eines Karzinoms in situ und insoweit seien beide Karzinome gleich zu behandeln.

dd) Der Sachverständige hat damit eindeutig klargelegt, dass er an seiner Aussage aus dem Gutachten vom 28.11.2013, die Folgen der Rezidivoperation seien auf die bereits früher festgestellten Behandlungsfehler zurückzuführen, nicht festhält. Ein die Überzeugungskraft des Sachverständigen mindernder Widerspruch liegt darin nicht. Im Gutachten vom 28.11.2013 hat sich der Sachverständige damit befasst, ob es sich bei dem 2012 aufgetretenen Karzinom um ein Rezidiv des früheren Mammakarzinoms handelte, ob die Amputation beider Brüste indiziert war und die von der Klägerin geschilderten Nebenwirkungen der Chemotherapie nachvollziehbar waren. Eine Untersuchung, ob die Behandlungsfehler der Beklagten das Rezidivrisiko erhöht haben könnten, erfolgte in diesem Ausgangsgutachten jedoch noch nicht. Vor diesem Hintergrund lässt seine Aussage lediglich den Schluss zu, dass die Operation im Jahr 2012 und ihre Folgen auf die Vorerkrankung der Klägerin zurückzuführen sind.

Aufgrund der verständlichen Erklärungen des Sachverständigen, denen sich der Senat nach kritischer Überprüfung anschließt, steht damit zur vollen Überzeugung des Senats fest, dass sich durch die Behandlungsverzögerung das Risiko eines Rezidivs gerade nicht erhöht hat. Dass sich bei der Klägerin im Jahr 2012 ein Rezidiv gebildet hat, ist deshalb auch keine typische Folge des durch die sechsmonatige Behandlungsverzögerung im Jahr 2003/2004 verursachten Gesundheitsschadens. Die Einbeziehung derartiger Schäden in die Beweislastumkehr ist nicht interessengerecht.

2. Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass das bei ihr im Jahr 2012 diagnostizierte Rezidiv auf einem Behandlungsfehler der Beklagten beruht. Dies kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, da das Rezidiv genauso gut völlig unabhängig von der Behandlungsverzögerung im Jahr 2003/2004 entstanden und bereits durch das Karzinom in situ verursacht worden sein kann.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache besitzt keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Ebenso wenig erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO).

**5. OLG Koblenz, Urteil vom 22.07.2015 – 5 U 758/14 – \* Arzthaftung: Aufklärungspflicht bei unterschiedlichen Operationstechniken; hypothetische Einwilligung bei lückenhafter Risikoaufklärung; Beweisfolgen der Vernichtung von Behandlungsunterlagen; keine Sachverständigenanhörung zu Rechtsfragen**

Leitsatz

1. Über unterschiedliche Operationstechniken (hier: zur Behandlung einer zervikalen Spinalkanalstenose) muss der Arzt den Patient nicht aufklären, falls die Chancen und Risiken sämtlicher Operationsmethoden nahezu identisch sind (hier: Vertebroektomie versus Laminoplastie oder Laminektomie - Abgrenzung zum Senatsurteil 5 U 976/13 vom 15.10.2014).
2. Eine unterbliebene oder lückenhafte Risikoaufklärung ist nicht haftungsrelevant, falls die persönliche Anhörung des Patienten ergibt, dass die versäumten zusätzlichen Informationen an seiner Operationseinwilligung nichts geändert hätten. Bei der Würdigung des Anhörungsergebnisses kann im Einzelfall auch zu berücksichtigen sein, dass eine ärztliche Zweitmeinung dem Patient angesichts der Dramatik des Befundes keine weiteren Erkenntnisse hätte vermitteln können.
3. Hat der Arzt Behandlungsunterlagen vernichtet, führt das gleichwohl nicht zu einer Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr, wenn nach den gesichert verbliebenen Befunden keinerlei Anhalt besteht, dass sich aus den fehlenden Unterlagen etwas zu Gunsten des Patienten ergeben könnte.
4. Dem Antrag auf Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen ist grundsätzlich zu entsprechen. Von der mündlichen Befragung eines medizinischen Gutachters im Arzthaftungsprozess darf jedoch abgesehen werden, wenn er sich nach dem gegenständlich eingeschränkten Anhörungsantrag nur zu Rechtsfragen äußern soll, die nicht in seine Fach- und Entscheidungskompetenz fallen.

Fundstellen

MDR 2015, 1183-1184 (Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Abgrenzung OLG Koblenz, 15.10.2014, Az: 5 U 976/13

#### **Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 18.06.2014 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des Vollstreckungsbetrages stellt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Gründe**

I. Der Beklagte ist als Neurochirurg belegärztlich tätig. Am 20.11.2009 stellte sich der Kläger mit Gangstörungen und Kribbelparestesien in seiner Ambulanz vor und überreichte ein CT der Halswirbelsäule. Dar aus ergab sich der Befund einer zervikalen Spinalkanalstenose mit Zeichen einer Myelopathie. Der Beklagte riet nachdrücklich zu einem operativen Eingriff.

Die Operation fand am 30.11.2009 im Rahmen eines stationären Aufenthalts statt. Der Beklagte nahm zur Entlastung des Spinalkanals ventral eine Vertebroektomie bei C 5 unter Einbringung eines Wirbelkörperersatzes aus Kunststoff vor. Anschließend kam es zu einer kurzzeitigen Besserung des Beschwerdebilds, ehe sich die Dinge chronisch verschlechterten.

Der Kläger ist heute fundamental behindert. Eine anhaltende Hemiparese mit Kraft- und Koordinationsminderungen sowie sensorischen Ausfällen verweist ihn durchweg auf den Rollstuhl. Daneben liegen Blasen- und Darmentleerungsstörungen vor.

Diese Situation hat der Kläger auf den Eingriff vom 30.11.2009 zurückgeführt. Er hat dem Beklagten vorgeworfen, ihn ohne Not vorgenommen zu haben. Konservative Behandlungsmethoden seien ebenso außer Betracht geblieben wie ein weniger belastendes operatives Vorgehen. Im Vorfeld habe es keinerlei Aufklärung über die Art, Chancen und Risiken der Operation gegeben. Im Hinblick darauf hat der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines mit mindestens 175.000 € zu beziffernden Schmerzensgeldes und die Feststellung der weitergehenden Haftung beantragt.

Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten eingeholt und die Parteien mit Blick auf die präoperative Aufklärung des Klägers angehört. Sodann hat es die Klage abgewiesen. Seiner Ansicht nach war der Eingriff vom 30.11.2009 dringlich indiziert. Fehler in seiner Ausführung seien nicht ersichtlich. Freilich lasse sich eine ordnungsgemäße Eingriffs- und Risikoaufklärung des Klägers nicht feststellen. Aber man müsse angesichts der Notwendigkeit der Operation von dessen hypothetischer Einwilligung ausgehen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger in Erneuerung seines erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung. Er wirft dem Beklagten weiterhin Aufklärungsversäumnisse vor und bestreitet die vom Landgericht bejahte hypothetische Einwilligung auf seiner Seite. Außerdem habe der Beklagte intraoperativ den Spinalkanal geschädigt. Die einschlägigen Unterlagen habe er vernichtet.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und den Inhalt der Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen.

II. Das Rechtsmittel ist ohne Erfolg. Es verbleibt bei dem klageabweisenden Urteil des Landgerichts. Der Beklagte haftet dem Kläger weder vertraglich noch deliktisch.

Fehler in der Durchführung des Eingriffs vom 30.11.2009 sind nicht zu erkennen. Dahingehend hatte sich bereits der Sachverständige Dr. H. geäußert, der in dem vom Kläger initiierten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren herangezogen worden war. Dem hat sich Prof. Dr. S. als vom Landgericht beauftragter Gutachter dann angeschlossen: Die Operation sei nach fachärztlichem Standard erfolgt. Auf den anschließend gefertigten Bildern zeige sich eine regelgerechte Lage des eingebrachten Fremdmaterials und eine suffiziente Erweiterung des Spinalkanals. Die Operationszeit habe der Norm entsprochen und deute nicht auf Komplikationen hin. Des Weiteren habe sich augenscheinlich postoperativ zunächst eine Besserung ergeben; das spreche gegen eine Schädigung des Rückenmarks durch den Beklagten.

Die neuerliche Behauptung des Klägers, der Beklagte habe die über die Operation vorhandene Dokumentation im Nachhinein vernichtet, ist nicht geeignet, eine andere Beurteilung zu tragen. Der bloße Umstand, dass einschlägige Aufzeichnungen nicht vorhanden sind, erlaubt grundsätzlich nur die Schlussfolgerung, bestimmte Umstände, die hätten dokumentiert werden müssen, hätten sich nicht ereignet (Sprau in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 823 Rn. 165; Weidenkaff in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 630 h Rn. 7); auf dieser Ebene hat der Kläger nichts vorgebracht. Allerdings ist, wenn zunächst existente Unterlagen später infolge ärztlichen Verschuldens nicht mehr zur Verfügung stehen, darüber hinaus die Annahme gestattet, dass Behauptungen des Patienten zu ihrem Inhalt zutreffen, wenn sie wahrscheinlich gemacht worden sind (BGHZ 132, 47).

Auch das hilft dem Kläger jedoch nicht. Denn er hat in diesem Punkt keinen substantiellen Sachvortrag unterbreitet und erst recht keine Wahrscheinlichkeit für dessen Richtigkeit aufgezeigt. Seine Darstellung beschränkt sich auf die - nach den gutachterlichen Erkenntnissen völlig fernliegende - spekulative These, der Beklagte habe den Spinalkanal beschädigt.

Im Ansatz zielführend ist das Vorbringen des Klägers freilich insofern, als er den Vorwurf einer mangelhaften präoperativen Aufklärung erhebt. Das Landgericht ist in Würdigung der Parteianhörungen zu dem Ergebnis gelangt, der Beklagte habe die gebotene Information des Klägers zum Umfang und zu den Risiken des Eingriffs vom 30.11.2009 vermissen lassen, indem er sich im Wesentlichen darauf beschränkt habe, dessen Notwendigkeit hervorzuheben. Die darin liegende tatsächliche Feststellung zum Ausmaß der Unterrichtung des Klägers begegnet keinen rechtserheblichen Zweifeln und bindet daher für die Berufungsinstanz (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Daraus ergibt sich aber nicht die Schlussfolgerung, dass der Kläger ohne seinen Willen und damit in rechtswidriger Weise operiert wurde. Unzulänglich war seine Aufklärung nämlich nur insoweit, als ihm die mit dem Eingriff verbundenen Risiken von Gefäßverletzungen und einer Rückenmarksschädigung nicht mitgeteilt wurden, die der vom Senat ergänzend konsultierte Sachverständige Prof. Dr. K. in den Raum gestellt hat. Das Angebot einer konservativen Versorgung seiner Beschwerden, das der Kläger für erforderlich erachtet, oder alternativer Operationsmethoden brauchte der Beklagte nicht zu unterbreiten.

Ein Arzt muss dem Patienten im Allgemeinen nicht ungefragt erläutern, welche verschiedenen Behandlungsmaßnahmen in Betracht kommen, solange er zu einer Therapie greift, die dem Standard genügt (BGHZ 102, 17). Anders ist es lediglich dann, wenn mehrere Wege zur Verfügung stehen, die sich in ihren Belastungen, Risiken und Erfolgchancen wesentlich unterscheiden; dann ist der Patient davon in Kenntnis zu setzen, damit er selbst prüfen kann, was in seiner persönlichen Situation sinnvoll ist und worauf er sich einlassen will (BGH VersR 1988, 190; BGH GesR 2015, 160; OLG Hamburg 2000, 250; OLG Naumburg VersR 2004, 1460).

Von daher war das von dem Kläger reklamierte Angebot einer konservativen Therapie entbehrlich. Denn eine derartige Therapie kam unter den gegebenen Umständen in keiner Weise ernsthaft in Betracht. Prof. Dr. S. hat dazu bemerkt, eine operative Versorgung des Klägers sei absolut indiziert und dringlich gewesen, weil andernfalls die Gefahr einer vollständigen Querschnittslähmung bestanden hätte. Die vorangegangenen Ausführungen Dr. H's hatten in dieselbe Richtung gewiesen: Zur Entlastung des Spinalkanals habe es einer zügigen Operation bedurft. Der dortige hochgradige Engpass habe keinen Raum für konservative Maßnahmen gelassen.

Genauso wenig war der Beklagte verpflichtet, die von ihm geplante und dann umgesetzte ventrale Vertebrektomie, mit der die Einbringung eines Ersatzwirbels einherging, zur Diskussion zu stellen. Zwar bestand stattdessen auch die Möglichkeit, über einen dorsalen Ansatz eine Laminoplastie oder eine Laminektomie vorzunehmen, wie der Sachverständige Prof. Dr. K. herausgestellt hat.

Aber Prof. Dr. K. hat gleichzeitig dargelegt, dass es sich dabei nicht um nach ihren Risiken, Chancen und Beeinträchtigungen sowie ihrer Effizienz markant verschiedene Operationsmethoden gehandelt habe. Letztlich habe es kein objektiv vorzugswürdiges Verfahren gegeben und es sei auf die Erfahrung des Beklagten angekommen, der autonom habe entscheiden müssen, welchen Weg er gehe. Damit fehlte es an den für eine Aufklärungspflicht vorauszusetzenden wesentlichen Unterschieden (vgl. den Beschluss BGH VI ZR 185/08 vom 18.11.2008 zur Entscheidung des OLG Frankfurt 8 U 294/06 vom 10.06.2008 - hallux rigidus).

Einer ergänzenden Befragung des Sachverständigen Prof. Dr. K. bedarf es in diesem Zusammenhang nicht. Allerdings hat der Kläger im Schriftsatz vom 21.04.2015 dessen Anhörung beantragt. Der Antrag zielt jedoch auf die Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme dazu ab, ob unter den gegebenen

Umständen von einem Einverständnis seiner Person mit dem Eingriff ausgegangen werden kann. Insofern wird eine bloße Rechtsfrage aufgeworfen, die keiner Antwort durch den Sachverständigen bedarf. Eine Anhörung des Sachverständigen würde sich im Übrigen auch dann erübrigen, wenn man den Antrag des Klägers dahin verstünde, dass sich der Sachverständige zu dem im vorliegenden Fall verfügbaren Operationstechniken und deren Vergleichbarkeit äußern möge. Auch dem bräuchte nicht nachgegangen zu werden, weil eine entsprechende Äußerung bereits in eindeutiger Form erfolgt ist (vgl. zu alledem Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 411 Rn. 5 a m. w. N.).

Das verbleibende Versäumnis des Beklagten, den Kläger auf die mit dem Eingriff verbundenen Risiken und die Möglichkeit hinzuweisen, dass ein umfassender Erfolg nicht gesichert sei, sondern es auch - wie tatsächlich geschehen - schicksalhaft mittelfristig zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes kommen könne, wird, wie das Landgericht richtig gesehen hat, durch eine hypothetische Einwilligung des Klägers überwunden. Es ist anerkannt, dass ein Aufklärungsdefizit ausgeräumt wird, wenn der Patient im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung seine Zustimmung zu dem streitigen Eingriff erteilt hätte (BGH NJW 1980, 1333; BGH NJW 1994, 2414). Dazu muss freilich von Seiten des Arztes dargelegt werden, dass es wichtige Gründe für eine solche Entschließung gab (BGH NJW 1991, 2342). Entsprechende Gründe waren indessen im vorliegenden Fall angesichts der dringenden Operationsindikation zweifelsfrei vorhanden; eine Verweigerung des Eingriffs wäre mit ungleich viel höheren und einschneidenderen Gefahren verbunden gewesen als dessen Akzeptanz. Im Hinblick darauf entfielen eine hypothetische Einwilligung des Klägers nur dann, wenn er deutlich gemacht hätte, dass er sich bei der gebotenen Unterrichtung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte, aus dem heraus die Ablehnung der Operation verständlich erscheinen würde (BGH NJW 1991, 1543; Weidenkaff in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 630 h Rn. 5).

Ein derartiger Entscheidungskonflikt ist nicht plausibel dargetan. Dazu hat das Landgericht überzeugende tatsächliche Feststellungen getroffen. Auf die dortige Frage, wie er sich in voller Kenntnis der Situation und dabei namentlich der Risiken, die ohne die Operation drohten, entschieden hätte, hat der Kläger bei seiner persönlichen Anhörung erklärt, dass er sich dann „eventuell hätte operieren lassen“. Das gibt nicht zu erkennen, dass es für ihn ernsthafte Gründe gegeben hätte, von der Operation Abstand zu nehmen. Auch das, was der Kläger vor dem Senat geäußert hat, zeichnet kein anderes Bild. Seine nunmehrige Mitteilung, der Beklagte habe ihm, statt ihn regelgerecht zu unterrichten, nur Angst gemacht, beschreibt lediglich eine Befindlichkeit, wie sie auch ein umfassend aufgeklärter Patient in seiner Situation haben musste. Dass zusätzliche Informationen an seiner Willensbildung etwas geändert hätten, geht daraus nicht hervor - zumal nicht zu ersehen ist, dass eine ärztliche Zweitmeinung angesichts der absoluten Operationsindikation anders als die Beurteilung durch den Beklagten hätte ausfallen können.

Nachvollziehbar ist freilich das Bekunden des Klägers, auf der Grundlage der Kenntnisse, die er im Nachhinein erlangt habe, und dabei namentlich in Anbetracht seiner schweren heutigen Schädigung hätte er seinerzeit seine Zustimmung verweigert. Das ist aber ohne Belang, weil es auf eine Vorausschau (Sicht ex ante) ankommt, und nicht danach gehen kann, Entscheidungen, die in der Vergangenheit zu treffen waren, nach heutigen, damals eher fernliegenden Einsichten zu beurteilen.

Der erstmals in der zweiten Instanz gehaltene Vortrag des Klägers, er sei nach dem Eingriff vom 30.11.2009 im Krankenhaus gestürzt, weil ihm eine Krankenschwester im Wege gestanden habe, ist nicht geeignet, Ersatzansprüche gegen den Beklagten auszulösen. Darin kommt nicht einmal zum Ausdruck, dass es ein Fremdverschulden gab. Außerdem ist nicht zu ersehen, wie ein etwaiges Verschulden der Schwester dem Beklagten als bloßem Belegarzt zuzurechnen sein sollte. Darüber hinaus sind auch keine Schadensfolgen des Sturzes aufgezeigt. Der Kläger spekuliert lediglich, es habe zu einer Belastung der frisch operierten Wirbelkörper kommen können.

Schließlich vermag auch das ergänzende neuerliche Vorbringen, der Beklagte habe versäumt, das postoperative Tragen einer Halskrause zu verordnen, das Klageverlangen nicht zu stützen. Der Kläger gibt dazu an, eine entsprechende Maßnahme sei während seines Reha-Aufenthalts vom 16.12.2009 bis zum 27.01.2010 „angedacht“ worden, weil sich der vorerwähnte Sturz ereignet hatte und es in diesem Zusammenhang den Verdacht auf einen Abszess im Bereich der Operationsnarbe gegeben habe. Daraus erschließt sich lediglich, dass das Anlegen einer Halskrause nach dem geschilderten Unfallereignis erwogen werden musste. Wie weit es tatsächlich geboten war und welchen Einfluss der Beklagte in diesem Zusammenhang nahm, ist indessen nicht ersichtlich geworden. Zwar hat der Kläger mitgeteilt, mit dem Beklagten sei Rücksprache gehalten worden; aber es ist nicht zu erkennen, was das Ergebnis dieser Rücksprache war.

Das kann jedoch auf sich beruhen. Denn das Vorbringen des Klägers zu seinem Sturz und zum Tragen einer Halskrause ist bereits prozessual unbeachtlich. Damit soll nämlich ein neuer, postoperativ angesiedelter Lebenssachverhalt zum Anspruchsgrund gemacht werden; insofern liegt mangels Zustimmung des Beklagten eine nach § 533 ZPO unzulässige Klageänderung vor. Sähe man das anders, wäre jedenfalls ein Präklusionsfall der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO gegeben, da dem Kläger die Problematik bereits von vornherein bekannt war.

Nach alledem ist die Berufung mit den Nebenentscheidungen aus § 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO zurückzuweisen. Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.

Rechtsmittelstreitwert: 205.000 €

## **6. OLG Köln, Urteil vom 15.07.2015 – 5 U 202/08 – \* Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor Durchführung einer Umstellungsosteotomie; Schmerzensgeldbemessung bei distaler Oberschenkelamputation**

### **Orientierungssatz**

1. Vor der Durchführung einer Umstellungsosteotomie hat der Arzt über die Folgen aufzuklären, zu denen eine Nervenverletzung im Operationsbereich führen kann, das heißt vor allem eine dauerhafte Lähmung mit einer Fußheber- und Fußsenkerschwäche.

2. Eine Überkorrektur eines Valguswinkels, die sich auf 19° beläuft, beruht auf einem Behandlungsfehler.

3. Kommt es bei einer Umstellungsosteotomie zu einer Gefäßschädigung, einer Schädigung des Nervus peroneus mit der Folge einer Fußheberschwäche und Fußsenkerschwäche und zu einer Überkorrektur der Beinachse, tritt im Anschluss an eine Revisionsoperation ein Knocheninfekt ein, folgen permanente Operationen, wird bei dem 42 Jahre alten Patienten aufgrund der Chronifizierung des Infekts eine distale Oberschenkelamputation durchgeführt und entsteht ein Schmerzsyndrom, so ist ein Schmerzensgeldbetrag von 125.000 EUR zuzüglich einer Schmerzensgeldrente von monatlich 500 EUR angemessen.

### **Tenor**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30.10.2008 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn - 9 O 123/07 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin einen Schmerzensgeldbetrag von 125.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.5.2007 zu zahlen.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin eine Schmerzensgeldrente von 500 EUR monatlich, beginnend ab dem 1.2.2010, zu zahlen.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 8.840,72 EUR zu zahlen.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 500 EUR monatlich beginnend ab dem 1.5.2015 zu zahlen (Ersatz von Haushaltsführungsschaden).

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, die ihr aus der ärztlichen Behandlung vom 12.5.2003 bereits entstanden sind sowie künftig noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die in erster Instanz entstandenen Kosten haben die Klägerin zu 22 % und die Beklagten zu 78 % zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 36 % der Klägerin und zu 64 % den Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Gründe**

I.

Die am 6.11.1968 geborene Klägerin, die erstmals im Jahr 1995 an Schmerzen im rechten Knie litt, ließ am 13.2.2003 eine Arthroskopie des rechten Kniegelenks durch den Beklagten zu 1) vornehmen. Bei medial betonten Schmerzen und ausgeprägterem Verschleiß des Knorpels im Bereich des inneren Kniegelenks riet der Beklagte zu 1) zu einer Umstellungsosteotomie. Am 7.5.2003 unterzeichnete die Klägerin eine entsprechende Einwilligungserklärung. Am 12.5.2003 führte der Beklagte zu 1) im Krankenhaus der Beklagten zu 2) am rechten Schienbein eine valgusierende Umstellungsosteotomie durch. Nach dem Eingriff wurden die Durchtrennung mehrerer großer Blutgefäße, welche im Universitätsklinikum C umgehend versorgt wurde, und die Schädigung des Nervus peroneus festgestellt.

Die Kniebeschwerden der Klägerin besserten sich in der Folgezeit nach ihrer Darstellung nicht. Am 13.2.2007 erfolgte im K-F-Krankenhaus in O eine varisierende Reosteotomie, die der Beseitigung einer Überkorrektur diente. Im 01.2008 trat im Operationsbereich ein Infekt auf, der zu mehreren Folgeeingriffen, erstmals am 11.1.2008, führte.

Die Klägerin hat den Beklagten mit der im 05.2007 erhobenen Klage vorgeworfen, dass die Umstellungsosteotomie nicht indiziert gewesen und fehlerhaft durchgeführt worden sei. Es seien keine ausreichenden Maßnahmen zum Schutz der Gefäße und Nerven und eine Überkorrektur im Sinne einer Va-

Igusstellung des Beins erfolgt. Eine ausreichende Aufklärung habe ebenfalls nicht stattgefunden. Insbesondere sei sie nicht darüber unterrichtet worden, welche Auswirkungen eine Nerven- und Gefäßverletzung auf ihr Leben und ihren Alltag hätten. Die Behandlungsfehler und der Eingriff hätten zur Peronäuslähmung, zur Korrekturoperation vom 13.2.2007 und zu dem sich in dessen Anschluss entwickelnden Infekt geführt. Ihren Haushaltsführungsschaden für die Zeit von 05.2003 bis 04.2007 hat die Klägerin, die geschieden ist sowie einen erwachsenen Sohn und ein am XX.XX.2003 geborenes Kind hat, auf 36.597,65 EUR beziffert. Für die Zeit ab dem 1.5.2007 hat sie einen Betrag von 810,03 EUR monatlich angesetzt.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie einmalig ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst fünf Prozentpunkten Basiszins p.a. hieraus seit dem 12.5.2003 sowie seit Rechtshängigkeit eine monatliche Schmerzensgeldrente, deren Höhe ebenfalls in das Ermessen des Gerichts gestellt wird,
2. die Beklagten zu verurteilen, ihr gesamtschuldnerisch die aus der Fehlbehandlung vom 12.5.2003 bereits entstandenen materiellen Schäden in Höhe von mindestens 1.100 EUR nebst fünf Prozentpunkten über Basiszins p.a. ab Rechtshängigkeit zu ersetzen,
3. die Beklagten zu verurteilen, ihr ihren Haushaltsführungsschaden vom 1.6.2003 bis Rechtshängigkeit in Höhe von 36.597,85 EUR nebst fünf Prozentpunkten über Basiszins p.a. seit Rechtshängigkeit und weitere 810,03 EUR pro Monat ab Rechtshängigkeit zu ersetzen,
4. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr sämtliche materiellen wie immateriellen Schäden, die ihr aus dem ärztlichen Behandlungsfehler vom 12.5.2003 bereits entstanden sind und noch nicht bezifferbar sind sowie künftig noch entstehen werden, zu ersetzen, sofern diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen werden oder übergegangen sind und soweit diese Schäden nicht bereits Gegenstand der Anträge zu 1) bis 3) sind.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie sind dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers und mangelhafter Aufklärung entgegen getreten.

Das Landgericht hat das Gutachten von Dr. L vom 6.2.2008 (Bl. 238 ff. d.A.) eingeholt und den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 11.8.2008 angehört (Bl. 313 ff. d.A.).

Daraufhin hat es die Beklagten durch das am 30.10.2008 verkündete Urteil zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 15.000 EUR nebst Zinsen verurteilt, die begehrte Feststellung ausgesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Klägerin habe gegen die Beklagten Anspruch auf ein Schmerzensgeld von 15.000 EUR. Dieser beziehe sich allerdings nur auf die Schäden im Zusammenhang mit der Überkorrektur des Winkels am rechten Kniegelenk. Ein darüber hinaus gehender Anspruch lasse sich nicht feststellen. Die Operation vom 12.5.2003 sei indiziert gewesen. Für eine fehlerhafte Durchführung bestünden, soweit es um die (dauerhafte) Nerven- und die Gefäßverletzung gehe, keine Anhaltspunkte. Diese seien schicksalhaft. Die Überkorrektur - rechts habe sich ausweislich von Röntgenkontrollen ein Valguswinkel von 19° gefunden - habe demgegenüber dem medizinischen Standard widersprochen. Infolge der Überkorrektur sei die Reosteotomie vom 13.2.2007 erforderlich geworden, aufgrund der es zu einer Wundinfektion und weiteren Revisionsoperationen gekommen sei. Die anhaltenden starken Schmerzen der Klägerin nach dem Eingriff vom 12.5.2003 seien überwiegend ihrer Grunderkrankung, das heißt dem Knorpelschaden, zuzuordnen. Die erhebliche X-Beinstellung habe dann aber zur Schmerzfortwirkung und Beeinträchtigung beigetragen. Nach der Revisionsoperation im 02.2007 sei das Beschwerdebild primär von der Knochenentzündung geprägt gewesen. Die Eingriffs- und Risikoaufklärung sei entgegen der Auffassung der Klägerin nicht mangelhaft gewesen. Ein Schmerzensgeld von 15.000 EUR sei angemessen, aber auch ausreichend. Die Schmerzen, Beeinträchtigungen und Folgen, die auf der Grunderkrankung und der Schädigung des Nervus peronaeus beruhten, hätten bei der Bemessung außer Betracht zu bleiben. Eine Schmerzensgeldrente stehe der Klägerin nicht zu. Soweit die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 1.100 EUR für Behandlungs-, Fahrt- und Sachverständigenkosten verlange, fehle es an einer nachvollziehbaren Darlegung der Schäden. Der geltend gemachte Haushaltsführungsschaden stehe der Klägerin nicht zu. Sie habe insbesondere nicht dargelegt, welche Verrichtungen im Haushalt zunächst auf sie entfallen und aufgrund welcher Beeinträchtigungen diese ihr nicht mehr möglich seien. Daher könne nicht differenziert werden, welche Beeinträchtigungen (nicht zurechenbar) auf der Peronaeus-Lähmung und welche (zurechenbar) auf der Überkorrektur nebst Revisionsoperation und Wundinfekt beruhten. Für den unbestimmten Zeitraum ab Rechtshängigkeit sei zudem ein durch einen Behandlungsfehler bedingter dauerhafter Haushaltsführungsschaden bislang nicht absehbar.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Die Operation sei nicht indiziert gewesen. Sie habe nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht durch einen Arzt erfahren, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass die von ihr seinerzeit empfundenen Schmerzen ausschließlich durch ein Patellarsyndrom verursacht gewesen seien. Eine Umstellungsosteotomie sei zu dessen Therapie keine geeignete Maßnahme. Diesen Gesichtspunkt habe der Beklagte zu 1) im Jahr 2003 zunächst abklären müssen. Die

von der Klägerin beantragte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zwecks weiterer Sachaufklärung habe das Landgericht zu Unrecht abgelehnt.

Über die Indikation der Operation sei sie nicht aufgeklärt worden. Die pauschale Aufklärung über "Gefäß- und Nervenschäden" reiche im Streitfall, in dem die Verletzung großer Nervenstränge und Gefäße gedroht habe und eingetreten sei, nicht aus. Bei den verwendeten Begriffen mache sich der Patient die Vorstellung von Bagatelverletzungen. Im Aufklärungsbogen sei zudem ständig vom linken Bein die Rede.

Das zuerkannte Schmerzensgeld decke allenfalls die Revisionsoperation mit ihren unmittelbaren Folgen ab. Völlig unberücksichtigt seien die weiteren jahrelangen Schmerzen, die Unbeweglichkeit, der Knochenmarksinfekt und die beiden weiteren bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erlittenen Revisionsoperationen geblieben. Schmerzensgelderhöhend wirke sich ferner aus, dass der Beklagte zu 1) grob fehlerhaft operiert habe. Die erstinstanzlichen Beweisantritte zum Haushaltsführungsschaden seien unerledigt geblieben.

Während des Berufungsverfahrens erfolgte, da die Osteomyelitis im rechten Unterschenkel anhielt und sich ein chronisches Schmerzsyndrom entwickelte, am 18.1.2010 in der Berufsgenossenschaftlichen Unfallklinik E eine distale Oberschenkelamputation rechts. Eine Versorgung der Klägerin mit einer Prothese gelang nicht. Am 7.2.2010 erbrachte die hinter den Beklagten stehende Haftpflichtversicherung eine a-conto-Zahlung von 50.000 EUR auf die Schäden der Klägerin. Am 9.7.2013 wurde in dem Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum C2 in C3 eine Revision des Oberschenkelstumpfes vorgenommen und dabei ein Neurinom entfernt.

Nach mehrfacher Erweiterung und Teilrücknahme von Klage und Berufung (Bl. 443, 486, 683 f., 704 d.A.) sowie einer Reduzierung des monatlich geltend gemachten Haushaltsführungsschadens ab dem 1.1.2010 und nochmals ab dem 1.2.2013 (Bl. 682 f. d.A.) beantragt die Klägerin zuletzt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils

die Beklagte gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, das nicht unter 230.000 EUR liegen sollte und zwar teilbar in einen Kapitalbetrag in Höhe von 125.000 EUR und eine Schmerzensgeldrente in Höhe von 500 EUR monatlich,

die Beklagten zu verurteilen, ihr gesamtschuldnerisch einen Haushaltsführungsschaden vom 1.6.2003 bis Rechtshängigkeit in Höhe von 36.597,85 EUR nebst fünf Prozentpunkten über Basiszins p.a. seit Rechtshängigkeit und weitere 810,03 EUR pro Monat ab Rechtshängigkeit zu ersetzen, mit der Maßgabe, dass für die Zeit ab dem 1.1.2010 nur noch 700 EUR monatlich und für die Zeit ab dem 1.2.2013 nur noch 500 EUR monatlich verlangt werden,

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Wege der Anschlussberufung beantragen sie,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Soweit ihnen günstig verteidigen die Beklagten das angefochtene Urteil. Die Klage sei jedoch bereits dem Grunde nach unbegründet. Die Ausführungen des Sachverständigen zur Überkorrektur seien nicht schlüssig. Er stütze sich auf die postoperativen Röntgenaufnahmen vom 30.6.2006, auf denen - so der Sachverständige - der Valgus im rechten Kniegelenk 19° betrage. Dies widerspreche allerdings den Angaben im Ambulanzbrief des St. N-I C4 vom 7.2.2006, wonach eine Valgusfehlstellung von 15° vorgelegen haben solle. Darüber hinaus hätten die Beklagten hinreichend vorgetragen, welche Maßnahmen intraoperativ zur Überprüfung der Achsstellung durchgeführt worden seien. Der Eintritt einer tatsächlichen Valgusfehlstellung von 19° müsse als schicksalhaft angesehen werden. Dies gelte umso mehr, als der Sachverständige auch die präoperative Planung lediglich als Empfehlung dargestellt habe. Den Grund für die vermeintlich übermäßige Valgusfehlstellung habe der Sachverständige nicht feststellen können.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. In der mündlichen Verhandlung vom 16.9.2009 hat der Senat den Beklagten zu 1) und die Klägerin zur Frage der Aufklärung angehört (Bl. 492 ff. d.A.). Weitere mündliche Verhandlungen fanden am 8.2.2012 und am 4.5.2015 statt.

II.

Die Berufung ist überwiegend begründet. Die Anschlussberufung hat dagegen keinen Erfolg.

Die Klägerin kann von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB die Zahlung eines einmaligen Schmerzensgeldbetrags von 125.000 EUR, eine monatliche Schmerzensgeldrente von 500 EUR ab dem 1.2.2010, den Ersatz von Haushaltsführungsschaden für die Zeit bis zum 30.4.2015 von 8.840,72 EUR (unter Berücksichtigung bereits gezahlter 50.000 EUR) sowie den Ersatz von 500 EUR Haushaltsführungsschaden monatlich beginnend ab dem 1.5.2015 verlangen. Weitergehende Ansprüche auf Ersatz von Haushaltsführungsschaden bestehen nicht. Der Feststellungsantrag ist begründet.

1. Die Beklagten haben dem Grunde nach für die auf der Umstellungsosteotomie beruhenden Schäden einzustehen.

Da die am 12.5.2003 durchgeführte Operation mangels ordnungsgemäßer Aufklärung nicht von einer wirksamen Einwilligung der Klägerin gedeckt war, haften die Beklagten der Klägerin für alle Folgen des Eingriffs, das heißt vor allem die Nerven- und Gefäßverletzung, die Überkorrektur der Beinachse, die Ausbildung eines chronischen Knocheninfekts nach der Revisionsoperation vom 13.2.2007 und die hierdurch notwendig gewordene Oberschenkelamputation. Weil die Überkorrektur auf einem Behandlungsfehler beruhte, haben die Beklagten unter einem weiteren rechtlichen Gesichtspunkt für die Folgen der Überkorrektur einzustehen. Ein Unterschied besteht nur insoweit, als die Haftung wegen des Behandlungsfehlers die Nerven- und Gefäßverletzung mit der teilweisen Lähmung der Fußmuskulatur nicht umfasst. Ab dem Zeitpunkt der distalen Oberschenkelamputation im 01.2010 wirkt sich dies nicht mehr aus und erfassen beide Haftungsgründe sämtliche noch bestehenden Folgen.

a) Die Beklagten haben eine ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin nicht bewiesen. Insbesondere kann nicht angenommen werden, dass der Beklagte zu 1) gegenüber der Klägerin die Folgen angesprochen und verdeutlicht hat, zu denen eine Nervenverletzung im Operationsbereich führen kann, das heißt vor allem eine dauerhafte Lähmung mit einer Fußheber- und Fußsenkerschwäche.

Eine entsprechende Erläuterung wäre aber aus rechtlicher Sicht erforderlich gewesen, weil nicht das Risiko einer Nervenverletzung allein, sondern vor allem die dauerhaften und die weitere Lebensführung belastenden Auswirkungen der Komplikation für die Entscheidung eines Patienten für und wider die Operation von Bedeutung sind.

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 16.9.2009 angegeben, dass sie einige Tage vor dem 12.5.2003 ein Gespräch mit dem Beklagten zu 1) geführt habe. Er habe ihr erklärt, dass der Knochen durchtrennt werde und ein Keil eingeschoben werde. Es handele sich um eine schmerzhaft Operation, ihre Schmerzen seien danach aber weg. Für sie habe sich nach den Erläuterungen des Beklagten zu 1) die Sache so dargestellt, als sei der Eingriff vergleichbar der Behandlung eines Knochenbruchs. Sie habe keinerlei Vorstellungen von den möglichen Folgen gehabt, sonst hätte sie nicht in die Operation eingewilligt. Der Beklagte zu 1) habe ihr von einem Fall berichtet, in dem alles innerhalb von sechs Wochen erledigt worden sei. Über Alternativen zu einer Operation sei nicht gesprochen worden. Der Beklagte zu 1) habe gesagt, es könnten Gefäßverletzungen passieren, es könnten Entzündungen kommen oder Blutungen, halt Dinge, die bei einer Operation geschehen könnten. Er habe aber in keiner Weise erklärt, was das konkret bedeuten könne. Gefäß- und Nervenverletzungen seien erwähnt worden, hätten auch auf dem Blatt Papier gestanden, es sei aber nicht erläutert worden, was das letztlich bedeuten könne.

Der Beklagte zu 1) hat bekundet, dass es am 7.4.2003 zu einem Gespräch mit der Klägerin gekommen sei. Sie habe nicht mehr arbeiten können wegen der Schmerzen. Sie hätten über verschiedene Möglichkeiten der Behandlung gesprochen, unter anderem über eine Knochen- und Knorpeltransplantation und über die Möglichkeit einer intraartikulären Injektion, welche die gesetzlichen Krankenversicherungen allerdings nicht erstatteten. Er habe ebenfalls die Umstellungsoperation als Möglichkeit dargestellt und dabei darauf hingewiesen, dass sie eine relativ große Chance biete, eine Knieprothese für viele Jahre zu vermeiden. Er habe der Klägerin gesagt, dass durch die Operation eine Schmerzlinderung eintreten dürfte, aber ihr nicht versprochen, dass sie die Schmerzen danach nicht mehr hätte. In dem Termin vom 7.5.2013 habe die Klägerin geäußert, zur Operation bereit zu sein. Er habe ihr erklärt, wie die Operation im Einzelnen von statten gehe. Im Hinblick auf Komplikationen habe er erläutert, dass es zu Infektionen kommen könne, die eventuell weitere Eingriffe notwendig machen könnten, dass es zu einer Falschgelenkbildung kommen könne und dass es zur Verletzung von Gefäßen kommen könne. In diesem Zusammenhang habe er auch gesagt, dass es zu Lähmungen kommen könne. Er habe der Klägerin erläutert, dass die Säge diese Strukturen erfassen könne. Er sage normalerweise dazu, dass es sich um eine sehr seltene Komplikation handele. Während der Aufklärung der Klägerin habe er die wesentlichen Dinge in den Bogen eingetragen.

Wie die vorstehende Wiedergabe der Bekundungen des Beklagten zu 1) zeigt, hat dieser bei seiner Anhörung schon nicht angegeben, die Auswirkungen und Folgen einer Nervenverletzung gegenüber der Klägerin näher erläutert zu haben. Dies ist auch nicht geschehen, als der Senat den Beklagten zu 1) gebeten hat, das Aufklärungsgespräch so wortgetreu wie möglich noch einmal nachzuerzählen. Eine übliche Vorgehensweise vor einer geplanten Umstellungsosteotomie, die die Darstellung der Auswirkungen und Folgen einer Nervenverletzung beinhaltet und die den Schluss auf einen gleichartigen Geschehensablauf im Streitfall zulassen könnte, hat er ebenfalls nicht geschildert.

Die Beklagten können den Einwand einer hypothetischen Einwilligung nicht mit Erfolg geltend machen. Beruft sich der Arzt auf die hypothetische Einwilligung des Patienten, so kann dieser den ärztlichen Einwand dadurch entkräften, dass er nachvollziehbar geltend macht, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden. Er muss dazu einsichtig machen, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Entscheidung gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht.

So liegt es hier. Die Klägerin hat bei ihrer Anhörung angegeben, dass sie, hätte sie eine Vorstellung von den möglichen Folgen des Eingriffs gehabt, in die Operation nicht eingewilligt hätte. Dass sie zumindest in einen entsprechenden Entscheidungskonflikt geraten wäre, ist angesichts der vom Beklagten zu 1) im

Senatstermin vom 16.9.2009 selbst angeführten Alternativen - Knochen- bzw. Knorpeltransplantation, intraartikuläre Injektionen - plausibel. Die Klägerin hätte nach weiterem Nachfragen und Erörterung der Möglichkeiten mit dem Beklagten zu 1) oder einem anderen Arzt auch erwägen können, zunächst eine Schmerztherapie fortzuführen und noch einige Monate abzuwarten, ob die im 02.2003 im Rahmen der Arthroskopie durchgeführte Knorpelglättung, die die Bildung von Ersatzknorpel anregen sollte, doch noch zu einer Linderung ihrer Beschwerden führte. Eine entsprechende Vorgehensweise hat der Sachverständige Dr. L in seinem schriftlichen Gutachten im Zusammenhang mit der Prüfung der Indikation der Umstellungsosteotomie immerhin als Möglichkeit diskutiert.

b) Dem Beklagten zu 1) ist bei der am 12.5.2003 durchgeführten Umstellungsosteotomie ein Behandlungsfehler unterlaufen, der der Beklagten zu 2) zurechenbar ist.

Das Landgericht hat angenommen, dass der Beklagte zu 1) den Valguswinkel am rechten Bein der Klägerin überkorrigiert habe, während sonstige Behandlungsfehler nicht festzustellen seien. Letzteres gilt insbesondere für den Vorwurf, dass die Umstellungsosteotomie nicht indiziert gewesen und insoweit fehlerhaft durchgeführt worden sei, als intraoperativ eine Verletzung von Blutgefäßen und die Schädigung des Nervus peroneus verursacht worden seien. Hieran ist der Senat gebunden, weil keine konkreten Anhaltspunkte dargetan oder erkennbar sind, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Würdigung des Landgerichts begründen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. L war die am 12.5.2003 vorgenommene valgusierende Tibiakopfoosteotomie indiziert (Bl. 265, 268, 317 d.A.). Die Klägerin litt unter anhaltenden Schmerzen im rechten Kniegelenk, die nach ihren Angaben gegenüber dem Sachverständigen erstmals im Jahr 1995 auftraten (Bl. 245 d.A.). Die am 13.2.2003 durchgeführte Arthroskopie hatte eine relativ isolierte, degenerative Knorpelveränderung im inneren Anteil des Kniegelenks gezeigt (Bl. 268 f. d.A.). Trotz der im Rahmen der Arthroskopie erfolgten Knorpelglättung, die die Bildung von Ersatzknorpelgewebe anregen sollte, kam es in den folgenden Monaten weder zu einer spürbaren Besserung noch zu einer Besserungstendenz (vgl. die Angaben der Klägerin gegenüber dem Sachverständigen, Bl. 246 d.A.). Die valgusierende Umstellungsosteotomie, die bei einer aus dem radiologischen Bericht (vgl. das Schreiben von Dr. M vom 3.4.2003, bei den Krankenunterlagen) hervorgehenden neutralen Achse des rechten Beins der Klägerin in Betracht gekommen sei (Bl. 315, 318 d.A.), habe bei dieser Sachlage - so der Sachverständige Dr. L weiter - die einzige Therapie dargestellt, wenn man von einem bloßen Zuwarten bei gleichzeitiger schmerzmedikamentöser Behandlung absehe (Bl. 317 d.A.). Das Einsetzen einer Kniegelenksprothese sei angesichts des noch jugendlichen Alters der Klägerin nicht in Frage gekommen.

In Bezug auf die Verletzung der Blutgefäße und die Schädigung des Nervus peroneus hat der Sachverständige Dr. L dargelegt, dass Läsionen im nicht einsehbaren hinteren Teil der Unterschenkelweichteile trotz aller Vorsicht nicht ausgeschlossen werden könnten (Bl. 267 d.A.). Die gebotenen Vorsichtsmaßnahmen habe der Beklagte zu 1) ergriffen, indem er einen Hohmann-Haken zum Schutz der Weichteile eingesetzt (Bl. 267, 270, 317 d.A.) und die Ziel- und Markierungsdrähte des Osteotomiesystems unter Bildwandlerkontrolle gesetzt habe (Bl. 267 d.A.).

Die Überkorrektur des Valguswinkels des rechten Beins der Klägerin, welcher sich nach dem Eingriff ausweislich der Ganzbeinstandaufnahme vom 30.8.2006 (Bl. 261 d.A.) auf 19° belief, beruhte nach der Beurteilung des Sachverständigen Dr. L auf einem Behandlungsfehler. Physiologisch ist ein Valguswinkel von 5 bis 7° bei einer einzuräumenden Toleranz von 10 bis 12° (Bl. 270, 315 d.A.). Auch wenn der Sachverständige die genaue Ursache für die Fehlstellung, etwa das Unterlassen einer präoperativen Planung oder eine unzureichende intraoperative Überprüfung, nicht ermitteln konnte (Bl. 270 f. d.A.), sei solch eine starke Fehlstellung, wie sie im Streitfall eingetreten sei, in jedem Fall zu vermeiden (Bl. 315 d.A.).

Gegenüber der vorstehenden überzeugenden Beurteilung des Sachverständigen Dr. L haben weder die Klägerin noch die Beklagten durchgreifende Einwendungen erhoben.

Entgegen der Auffassung der Klägerin war und ist keine weitere Sachaufklärung geboten. Die von der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29.8.2008 und in der Berufungsbegründung allein aufgeworfene Frage, ob ein Patellarsyndrom einer Umstellungsosteotomie entgegen stand und diese als nicht indiziert ansehen ließ, ist vom Sachverständigen behandelt und mit überzeugender Begründung verneint worden. Bereits der vorgerichtlich tätige Gutachter Dr. Neusel hat aus dem Befundbericht der Beklagten zu 1) vom 6.2.2003 abgeleitet, dass zu diesem Zeitpunkt patellare Probleme im Vordergrund standen, deren Nichtbeachtung er den Beklagten im weiteren Behandlungsverlauf vorgeworfen hat (Bl. 74 d.A.). Der Sachverständige Dr. L hat demgegenüber darauf verwiesen, dass bei der am 13.2.2003 durchgeführten Arthroskopie nur ein relativ isolierter Schaden am medialen Gelenkkompartiment gefunden worden sei. Es überzeugt, dass der Sachverständige Dr. L die Erkenntnisse aus der Arthroskopie als entscheidend angesehen und für seine Begutachtung nicht auf die weniger aussagekräftigen Ergebnisse vorausgegangener klinischer oder bildgebender Untersuchungen abgestellt hat.

Soweit die Beklagten das vom Sachverständigen Dr. L anhand der Ganzbeinstandaufnahme vom 30.8.2006 ermittelte Ausmaß der Überkorrektur des Valguswinkels von 19° unter Hinweis auf den Bericht des St. N-I C4 vom 7.2.2006 (Bl. 86 d.A.) anzweifeln, ist darauf zu verweisen, dass sich ausweislich des

genannten Berichts bei der klinischen Untersuchung eine Valgusstellung des rechten Beins von mindestens 15° zeigte. Die Ergebnisse der klinischen und der radiologischen Untersuchung widersprechen sich demnach keineswegs, zumal es auf der Hand liegt, dass die Auswertung einer Ganzbeinaufnahme zu genaueren Ergebnissen führt. Ohnehin würde auch das Resultat der klinischen Untersuchung, ein Valguswinkel von mindestens 15°, außerhalb der vom Sachverständigen Dr. L genannten Toleranz (10 bis 12°) liegen. Dass der Sachverständige Dr. L den Grund für die Überkorrektur nicht festzustellen vermochte - worauf die Beklagten im Ansatz zu Recht verweisen - ist für die Frage eines Behandlungsfehlers unerheblich. Der Sachverständige Dr. L ist davon ausgegangen, dass die Überkorrektur in jedem Fall vermeidbar war, was wegen ihres deutlich oberhalb der Toleranz liegenden Ausmaßes ohne weiteres nachvollziehbar ist. Vor diesem Hintergrund kann daher im Streitfall entgegen der Auffassung der Beklagten vom ungünstigen Ergebnis auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden.

c) Die von den Beklagten vor der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2015 erhobene Einrede der Verjährung greift nicht durch. Die Ersatzansprüche der Klägerin sind nicht verjährt.

Die Erhebung der Klage im 05.2007 hat die Verjährung rechtzeitig gehemmt. Dass die Klägerin die Haftung der Beklagten begründenden Tatsachen bereits im Jahr 2003 kannte oder grob fahrlässig nicht kannte und die dreijährige Verjährungsfrist daher gemäß § 199 Abs. 1 BGB bereits mit dem Schluss des Jahres 2003 begonnen hat, machen die Beklagten nicht geltend.

Mit der á-conto Zahlung von 50.000 EUR am 7.2.2010 begann die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB neu. In diesem Zeitpunkt war die Verjährung durch den anhängigen Rechtsstreit gehemmt. Die Hemmung endete nach § 204 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB sechs Monate, nachdem das Verfahren in Stillstand geraten war, was frühestens mit der Anordnung des Ruhens des Verfahrens durch Beschluss vom 16.3.2010 der Fall war. Unter Einschluss der Frist von sechs Monaten entspricht dem eine Hemmung bis zum 16.9.2010. Am 8.9.2011 - bis zu diesem Zeitpunkt war knapp ein Jahr der Verjährungsfrist verstrichen - hat die Klägerin die Fortsetzung des Verfahrens beantragt, was nach § 204 Abs. 3 S. 3 wieder zur Hemmung der Verjährung führte. Nach der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2012 geriet das Verfahren erneut in Stillstand, so dass die Hemmung sechs Monate später am 8.8.2012 endete. Mit dem knapp 17 Monate danach abgefassten Schreiben vom 30.12.2013, als noch mehr als ein halbes Jahr der Verjährungsfrist nicht abgelaufen war, haben die Beklagten bis zum 31.12.2014 auf die Verjährung verzichtet. Innerhalb dieser Frist hat die Klägerin mit dem am 31.12.2014 eingegangenen und am 6.1.2015 zugestellten Schriftsatz vom 30.12.2014 das Verfahren rechtzeitig weiter betrieben.

2. Der Senat hält einen einmaligen Schmerzensgeldbetrag von 125.000 EUR zuzüglich einer Schmerzensgeldrente von monatlich 500 EUR beginnend ab dem 1.2.2010 für angemessen.

Bei schweren Dauerschäden steht dem Verletzten - in der Regel neben dem Kapitalbetrag - eine Rente zu. Der Senat hat die monatliche Rentenzahlung ab dem 1.2.2010 beginnen lassen, weil der schwere Dauerschaden, der in der distalen Oberschenkelamputation liegt, im 01.2010 endgültig eingetreten ist und weil der kapitalisierte Wert der Rente (für die Zeit der statistischen Lebenserwartung der Klägerin ab Anfang 2010) und der Einmalbetrag von 125.000 EUR etwa dem Schmerzensgeldbetrag von 230.000 EUR entsprechen, den der Senat bei ausschließlicher Zubilligung eines Einmalbetrags als angemessen ansehen würde.

Das Schmerzensgeld soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für die Beeinträchtigungen bieten, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind. In erster Linie bilden die Schwere der Verletzungen, das durch diese bedingte Leiden, dessen Dauer, das Ausmaß der Beeinträchtigungen der Lebensführung im privaten und beruflichen Bereich die wesentliche Grundlage für die Bemessung der Entschädigung.

Die für die Schmerzensgeldbemessung wesentlichen Umstände sind entweder unstrittig, durch ärztliche Unterlagen so belegt, dass der Senat für bewiesen hält, oder sie liegen angesichts der offensichtlichen Auswirkungen einer Unterschenkelamputation auf die Lebensführung auf der Hand. Dabei kommt der Klägerin, soweit es sich um Sekundärschäden des Eingriffs und der fehlerhaften Überkorrektur der Beinachse handelt, die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zu Gute. Für die Bemessung des Schmerzensgeldes sind vor allem von Bedeutung:

- die Gefäßschädigung während der Ausgangsoperation und die sich unmittelbar anschließende gefäßchirurgischen Folgeoperation im Universitätsklinikum C,
- die Schädigung des Nervus peroneus während der Ausgangsoperation mit der vom Sachverständigen Dr. L (Bl. 273 d.A.) bestätigten Folge einer Fußheberschwäche (Lgrad 0 bis 1/5) und Fußsenkerschwäche (Lgrad 3 bis 4/5), die sich bis zu der Oberschenkelamputation im 01.2010 ausgewirkt haben,
- die Überkorrektur der Beinachse (X-Beinstellung) bei der Ausgangsoperation, die nach den Erläuterungen von Prof. Dr. L (Bl. 316, 318 d.A.) zu den im Zeitraum bis zum Auftreten der Knocheninfektion (Januar 2008) bestehenden Schmerzen beigetragen hat,
- die der Beseitigung der Überkorrektur dienende Revisionsoperation vom 13.2.2007,
- das Auftreten einer chronischen Osteomyelitis ab 01.2008,
- etwa 20 der Beherrschung und Behandlung des Knocheninfekts dienende Operationen zwischen dem Eingriff vom 11.1.2008, bei dem die eingesetzte Platte entfernt wurde, und der Operation vom 5.1.2010; die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 16.9.2009 genannte Zahl von 21 Eingriffen am

Bein bis zu diesem Zeitpunkt wird durch die bei den Akten befindlichen Behandlungsunterlagen zwar nicht in vollem Umfang belegt, die hohe Zahl von Operationen wird aber durch die Operationsberichte vom 29.9.2009 (Bl. 454 d.A.), 2.10.2008 (Bl. 455 d.A.), 5.1.2010 (Bl. 548 d.A.) und 21.1.2010 (Bl. 549 f. d.A.) und die in ihnen jeweils beschriebene Vorgeschichte bestätigt,

- die distale Oberschenkelamputation am 21.1.2010 (Bl. 549 f. d.A.),
- das sich nach der Amputation entwickelnde, im Bericht des Berufsgenossenschaftlichen Universitätsklinikum Bergmannsheil vom 2.8.2013 (Anlage K 21, im Anlagenband zum Schriftsatz vom 30.12.2014) bestätigte chronische Schmerzsyndrom mit neuropathischen Stumpfschmerzen,
- nach der Amputation ein tiefer Erschöpfungszustand und Depressionen, wie sie behauptet und angesichts der Krankheitsgeschichte plausibel sind und in der mündlichen Verhandlung vom 8.2.2012 vor dem Senat klar und deutlich zu Tage traten,
- die Revision des Oberschenkelstumpfes am 19.7.2013 mit der Entfernung der Neurome (Anlage K 21, Anlagenband zum Schriftsatz vom 30.12.2014),
- eine danach eintretende Abmilderung der Schmerzsituation und Besserung der psychischen Verfassung,
- die Nichtversorgung des Oberschenkelstumpfes mit einer Prothese zumindest bis zur letzten mündlichen Verhandlung vom 4.5.2015; die hinter den Beklagten stehende Haftpflichtversicherung hat sich unstreitig Anfang 2015 zur Übernahme der Kosten einer Reha-Maßnahme zur Anpassung einer Beinprothese bereit erklärt.

Die vorstehende Aufstellung zeigt, dass die Klägerin vor allem in der Zeit von 2008 bis 2013 einen schwersten Leidensweg hinter sich gebracht hat, mit einem chronischen Knocheninfekt, permanenten Operationen, schließlich der Amputation im Oberschenkel und der Entstehung eines Schmerzsyndroms. Einen Beruf konnte die Klägerin nicht mehr ausüben. Genauso liegt es auf der Hand, dass die Klägerin sozialen Kontakten kaum mehr nachgehen konnte und dass ihr Familienleben äußerst belastet war. Angesichts des Alters der Klägerin sind die zukünftigen Folgen, für die die Beklagten einzustehen haben, von erheblicher Dauer. Bei Durchführung der Amputation im Jahr 2010 war die Klägerin erst 42 Jahre alt. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf den einmaligen Schmerzensgeldbetrag schulden die Beklagten gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 BGB ab Rechtshängigkeit, also ab dem 22.5.2007. Für einen früheren Verzugsbeginn ist von der Klägerin nichts dargetan worden. Da das Schmerzensgeld einheitlich und nicht in Abschnitten zu bemessen ist und entsteht, spielt es für den Verzug und den zu verzinsenden Betrag keine Rolle, dass ein Teil der für seine Höhe ausschlaggebenden Folgen, insbesondere der Verlust des rechten Beins, erst nach Rechtshängigkeit eingetreten ist. Der zuletzt gestellte Schmerzensgeldantrag (Bl. 683 iVm 704 d.A.) ist unter Berücksichtigung des in erster Instanz gestellten Klageantrags und des ursprünglichen Berufungsantrags zu 1) (Bl. 443 d.A.) dahin auszulegen, dass auf den Einmalbetrag weiterhin Zinsen in dem zuvor geltend gemachten Umfang begehrt werden. Soweit in dem im Schriftsatz vom 30.12.2004 angekündigten und sodann gestellten Schmerzensgeldantrag Zinsen fehlen, handelt es sich um ein offensichtliches Versehen. Dies ergibt sich aus dem früheren Prozessverhalten der Klägerin.

3. Die Klägerin kann von den Beklagten für den Zeitraum bis zum 30.4.2015, also dem Ende des vor der letzten mündlichen Verhandlung vom 4.5.2015 liegenden Monats, den Ersatz eines Haushaltsführungsschadens von 58.840,72 EUR verlangen, auf den nach den im Senatstermin abgegebenen Erklärungen die á-conto-Zahlung von 50.000 EUR anzurechnen ist, so dass 8.840,72 EUR verbleiben. Für die Zeit ab dem 1.5.2015 steht der Klägerin ein Ersatzanspruch in Höhe von 500 EUR monatlich gegen die Beklagten zu.

a) Für die Zeit bis zum 31.12.2007 kann die Klägerin einen Haushaltsführungsschaden nicht mit Erfolg geltend machen. Denn der Sachverständige Dr. L hat die Schmerzen und Beschwerden der Klägerin, die nach dem Eingriff vom 12.5.2003 bis zum Auftreten des Knocheninfekts Anfang 2008 bestanden, überwiegend der Grunderkrankung der Klägerin, das heißt dem Knorpelschaden, zugeordnet (Bl. 275, 317 f. d.A.). Es besteht daher eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin ohne den Eingriff und dessen Folgen und ohne den in der Überkorrektur der Beinachse liegenden Behandlungsfehler in einer gleichartigen Weise in der Haushaltsführung beeinträchtigt gewesen wäre. Dies lässt die Feststellung eines Kausalzusammenhangs, auch nach dem für Sekundärschäden geltenden Beweismaß des § 287 ZPO, nicht zu.

b) Für die Zeit ab dem 1.1.2008 kann der Senat den Haushaltsführungsschaden ohne weiteren Parteivortrag und ohne Beweisaufnahme gemäß § 287 Abs. 1 ZPO auf die von der Klägerin geltend gemachten Beträge von 810,03 EUR, 700 EUR seit dem 1.1.2010 und 500 EUR seit dem 1.2.2013 schätzen. Hieraus errechnen sich bis zum 30.4.2015 58.840,72 EUR.

Ab dem Auftreten des Knocheninfekts Anfang 2008 war das Beschwerdebild der Klägerin hierdurch geprägt (vgl. die Ausführungen von Dr. L im Rahmen der Anhörung, Bl. 318 d.A.). Hierbei handelt es sich um eine Folge des Eingriffs vom 12.5.2003, da der Knocheninfekt im Anschluss an die und aufgrund der Operation vom 13.2.2007 eingetreten ist, die der Revision der Überkorrektur diene. Die am 18.1.2010 durchgeführte distale Oberschenkelamputation erfolgte sodann aufgrund der Chronifizierung des Infekts.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist vom Geschädigten allerdings grundsätzlich konkret darzustellen, welche Hausarbeiten er ohne das Schadensereignis tatsächlich verrichtet hätte bzw. vorher verrichtet hatte, zu denen er nunmehr nicht mehr in der Lage ist, wozu die nachvollziehbare Angabe des Zeitaufwandes in Wochenstunden für die im Einzelnen anzuführende Hausarbeit gehört (vgl. den Senatsbeschluss vom 12.1.2011 - 5 U 37/10). Diese Rechtsprechung findet ihre Rechtfertigung darin, dass der individuell entstandene Haushaltsführungsschaden und die konkret vom Geschädigten im Haushalt zunächst erbrachte und schädigungsbedingt nicht mehr zu leistende Arbeit zu ermitteln und zu schätzen sind. Letztere kann von den in Tabellenwerken zugrunde gelegten (vermeintlich) durchschnittlichen Zeiten (erheblich) abweichen. Eine Partei kann deshalb allenfalls in besonderen Fallgestaltungen zum Zwecke des Vortrags auf Tabellen zurückgreifen, beispielsweise wenn sie die maßgeblichen Verhältnisse nicht kennt, etwa bei Ansprüchen wegen des Todes eines Angehörigen, oder wenn sie sich infolge ihres Gesundheitszustands nicht mehr zu ihnen erklären kann.

Im Streitfall besteht die Besonderheit, dass der von der Klägerin bei Einreichung der Klage im Frühjahr 2007 errechnete Haushaltsführungsschaden von seinerzeit 810,03 EUR monatlich auf der Grundlage des damals bestehenden, erheblich geringeren Beschwerdebildes ermittelt worden ist. Es ist offenkundig, dass ein Geschädigter bei einer Knocheninfektion im Unterschenkel mit einer dichten Abfolge von Operationen sowie nach einer Oberschenkelamputation bei unversorgtem Stumpf die an sich anfallenden Hausarbeiten nicht, nur zu einem geringen Teil oder allenfalls mit überobligationsmäßigem Aufwand, der den Schädiger nicht entlastet, erledigen kann. Der Geschädigte ist auf Gehhilfen oder den Rollstuhl angewiesen. Der Betrag von 810,03 EUR entspricht bei einem Stundensatz von 10 EUR, den der Senat für den in Rede stehenden Zeitraum ansetzt, 18,8 Stunden pro Woche. Es ist ebenfalls offenkundig, dass diese Stundenzahl in einem Haushalt mit nur einem Elternteil, einem erwachsenen Kind und einem Kindergarten- bzw. Grundschulkind die auf den Elternteil entfallenden Arbeiten nicht vollständig abdeckt. Das jüngste Kind der Klägerin ist am 29.12.2003 geboten. Die Schadensschätzung auf den von der Klägerin geltend gemachten Betrag ist deshalb auch dann möglich, wenn man davon ausgeht, dass sie noch einen gewissen Teil der Hausarbeiten vornehmen konnte. Aus den glaubhaften Angaben der Klägerin vor dem Senat folgt ferner, dass dem Haushalt in dem hier maßgeblichen Zeitraum keine weiteren Personen angehörten. Dem Heranwachsen des jüngsten Kindes und der dadurch bedingten Verringerung der Hausarbeit hat die Klägerin durch die Reduzierung des geltend gemachten Haushaltsführungsschadens ab dem 1.1.2010 hinreichend Rechnung getragen. Angesichts der gesundheitlichen Besserung, die nach ihrer Darstellung nach der Entfernung von Neuomen dienenden Revisionsoperation im Jahr 2013 eingetreten ist, verlangt die Klägerin ab dem 1.2.2013 lediglich noch 500 EUR monatlich, was bei einem Stundensatz von 10 EUR etwa 11,5 Stunden pro Woche entspricht. Ein entsprechender Ausfall von Hausarbeit ist in einem Dreipersonen- oder - nach Auszug des erwachsenen Sohns - Zweipersonenhaushalt allein aufgrund des Umstands, dass die Klägerin ihr rechtes Bein unterhalb des Oberschenkels verloren hat und der Stumpf bisher nicht versorgt ist, nachvollziehbar und der Schadensschätzung zugrunde zu legen.

Damit ergibt sich folgende Berechnung:

2008  
 12 x 810,03 EUR  
 9.720,36 EUR  
 2009  
 12 x 810,03 EUR  
 9.720,36 EUR  
 2010  
 12 x 700,00 EUR  
 8.400,00 EUR  
 2011  
 12 x 700,00 EUR  
 8.400,00 EUR  
 2012  
 12 x 700,00 EUR  
 8.400,00 EUR  
 1/2013  
 700,00 EUR  
 700,00 EUR  
 2-12/2013  
 11 x 500,00 EUR  
 5.500,00 EUR  
 2014  
 12 x 500,00 EUR

6.000,00 EUR  
 1-4/2015  
 4 x 500,00 EUR  
 2.000,00 EUR  
 Summe  
 58.840,72 EUR

Ausweislich des gestellten Antrags hat die Klägerin keine Zinsen auf die Haushaltsführungsschäden verlangt, die sie für die Zeit nach Rechtshängigkeit im Jahr 2007 fortlaufend monatlich geltend gemacht hat. Die am 7.2.2010 geleistete á-conto-Zahlung von 50.000 EUR soll nach den Erklärungen der Parteien im Senatstermin vom 4.5.2015 auf den Haushaltsführungsschaden verrechnet werden.

4. Der Feststellungsantrag ist nach den Ausführungen unter II 1 begründet. Den Zusatz "und noch nicht bezifferbar sind" hat der Senat aus dem Feststellungstenor gestrichen. Das Begehren der Klägerin ist entsprechend auszulegen. Die Rücknahme des auf den Ersatz vergangenen Verdienstauffalls gerichteten ursprünglichen Berufungsantrags zu 4) (Bl. 443 d.A.) zeigt, dass auch vergangene Ansprüche, die grundsätzlich beziffert werden konnten, aber gleichwohl nicht im Wege der Leistungsklage verfolgt werden, Gegenstand des Feststellungsantrags sein sollen. Jedes andere Verständnis wäre mit den erkennbaren Interessen der Klägerin nicht vereinbar.

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3, 516 Abs. 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren betrug vom 22.8.2013 bis zum 5.8.2009 337.659,45 EUR und nach dem 5.8.2009 265.199,45 EUR. Ab dem 31.12.2014 hat sich der Streitwert wieder um 210.000 EUR erhöht (weitere 190.000 EUR aufgrund des geänderten Schmerzensgeldantrags und 20.000 EUR für die Feststellungsanträge zu 4 a bis e im Schriftsatz vom 30.12.2014), so dass er für den Zeitraum vom 31.12.2014 bis zur mündlichen Verhandlung vom 4.5.2015 auf 475.199,45 EUR festzusetzen ist. Soweit der Senat in seinem Streitwertbeschluss vom 22.8.2013 noch von einem Streitwert von 165.199,45 EUR für die Zeit ab dem 5.8.2009 ausgegangen ist, war dies abzuändern. Die Geltendmachung des (konkret bezifferten) Verdienstauffalls, für die Prozesskostenhilfe aus prozessualen Gründen verweigert werden musste, und die im folgenden nicht weiter verfolgt wurde, bedingte zwangsläufig, dass der Feststellungsantrag um einen angemessenen Betrag in Höhe von 100.000,00 EUR angepasst werden musste, was im Beschluss vom 22.8.2013 übersehen worden war. Einer entsprechenden Abänderung des Streitwertes für die 1. Instanz bedurfte es nicht, da Verdienstauffall da noch nicht in Rede stand.

**7. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 08.07.2015 – 5 U 28/15 – \* Der Verursacher eines Verkehrsunfalls wird nicht von der Haftung für Folgeschäden des verletzten Unfallopfers (hier: hypoxischer Hirnschaden) frei, nur weil diese in weiten Teilen durch einen groben Behandlungsfehler des nach dem Unfall erstbehandelnden Krankenhauses verursacht sind.**

1. Der Verursacher eines Verkehrsunfalls wird nicht von der Haftung für Folgeschäden des verletzten Unfallopfers (hier: hypoxischer Hirnschaden) frei, nur weil diese in weiten Teilen durch einen groben Behandlungsfehler des nach dem Unfall erstbehandelnden Krankenhauses verursacht sind.

2. Gleichwohl kann bei der Abwägung der Schädigerbeiträge im Zuge des Gesamtschuldnerausgleichs der Beitrag des Verkehrsunfallverursachers (hier: Verursachung einer Lungenkontusion und einer Rippenreihenfraktur durch Fahrzeugkollision) vollständig hinter den Beitrag des Krankenhauses (hier: hypoxischer Hirnschaden wegen fehlerhafter Reaktion auf Tubusblockade) zurücktreten, wenn der Beitrag des Zweitschädigers wesentlich eher geeignet ist, Schäden der konkreten Art herbeizuführen.

weitere Fundstellen

SuP 2015, 537 (Kurz wiedergabe)

**Tenor**

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts O. vom 23.01.2015 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen geändert und wie folgt neu gefasst:

- 1.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 265.000,-€ nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.11.2011 zu zahlen.
- 2.) Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von allen weiteren Ansprüchen des Herrn B., geboren am xx.03.19xx, W., in Bezug auf vermehrte Bedürfnisse ab dem 22.07.2011 freizustellen, welche diesem durch die fehlerhafte ärztliche Behandlung am 23.04.2009 entstanden sind oder noch entstehen werden, auch soweit diese auf Sozialversicherungsträger oder andere eintrittspflichtige Dritte übergegangen und von der Klägerin zu erstatten sind.
- 3.) im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- 4.) Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

5.) Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

#### **Gründe**

I.

Die Parteien streiten über den Innenausgleich eines Gesamtschuldverhältnisses.

Die Klägerin war Haftpflichtversicherer eines Pkw, mit dem Herr S. am 21.04.2009 die K.-straße in W. außerhalb geschlossener Ortschaft befuhr. In Höhe einer Bushaltestelle geriet er beim Überholen eines am Fahrbahnrand stehenden Pkw auf die Gegenfahrbahn. Dort erfasste er den 42jährigen B., der ihm mit einem Krad entgegenkam. Dieser kam von der Straße ab und prallte gegen einen Baum. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass Herr S. den Unfall allein verursacht hat. Herr B. war nach dem Zusammenstoß zunächst noch wach und ansprechbar. Gegenüber dem Notarzt klagte er über starke rechtsseitige Thoraxschmerzen. Er wurde sediert, intubiert, beatmet und sodann in die Klinik der Beklagten verbracht. Dort stellte man die Diagnose einer rechtsseitigen Rippenserienfraktur mit beidseitiger Lungenkontusion und einer Riss-Quetschwunde am linken Unterschenkel. Herr B. wurde auf der Intensivstation der Beklagten behandelt und dort weiter beatmet. Am 23.04.2009 um 08.30 Uhr kam es zu einem Zwischenfall: Das Beatmungsgerät gab einen Alarm mit der Anzeige „Tubus blockiert“. Der herbeigerufene Oberarzt Dr. T. erhöhte zunächst den inspiratorischen Druck und legte sodann eine Bülau Drainage, weil er einen Spannungspneumothorax vermutete. Diese Maßnahme führte jedoch nicht zu einer Entleerung von Luft. In der Zwischenzeit war Herr B. reanimationspflichtig geworden. Dr. T. nahm bei vorübergehender Maskenbeatmung eine Umintubation vor. Sodann stabilisierte sich der Zustand des Patienten. Im weiteren Verlauf zeigte sich jedoch, dass bei Herrn B. eine hypoxische Hirnschädigung eingetreten war. Am 05.09.2011 schloss die Klägerin mit Herrn B. einen Abfindungsvergleich, wonach dessen Ersatzansprüche aus dem Verkehrsunfall - ausgenommen solche wegen vermehrter Bedürfnisse ab dem 22.07.2011 - mit der Zahlung von 275.000,-€ abgegolten sein sollten. Der vereinbarte Betrag wurde in der Folgezeit gezahlt.

Die Klägerin hat behauptet, dass die bei Herrn B. eingetretene Hirnschädigung auf grobe Behandlungsfehler der Ärzte der Beklagten zurückzuführen sei. Es hätte bereits am 22.04.2009 eine Extubation vorgenommen werden müssen, da keine Lungenkontusion mehr vorgelegen habe. Eine künstliche Beatmung sei so schnell wie möglich zu beenden. Am 23.04.2009 hätte auf den Alarm des Beatmungsgeräts hin als erste Maßnahme der Tubus kontrolliert werden müssen. Dieser sei verrutscht gewesen. Hätte man den Tubus sofort gewechselt, wäre der Hirnschaden wahrscheinlich zu verhindern gewesen. Ein Spannungspneumothorax habe nicht vorgelegen und auch nicht nahegelegen, weshalb die Anlage einer Thoraxdrainage als erste Maßnahme verfehlt gewesen sei. Zumindest hätte keine Bülau Drainage gelegt werden dürfen. Die Punktion mit einer großvolumigen Venenverweilkanüle führe deutlich schneller zum Erfolg. Ein weiterer grober Behandlungsfehler der Ärzte der Beklagten liege darin, dass diese keine Kapnometrie Messung durchgeführt hätten. Außerdem sei die Dokumentation unzureichend. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass der von der Beklagten zu verantwortende Verursachungs- und Verschuldensbeitrag so deutlich überwiege, dass der Schaden im Innenverhältnis von dieser allein zu tragen sei. Bei gewöhnlichem Verlauf hätte sie für die Abfindung des Herrn B. allenfalls einen Betrag in Höhe von 10.000,-€ aufwenden müssen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 265.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sie von allen weiteren Ansprüchen des Herrn B., geboren am xx.03.19xx, W., freizustellen, welche Letzterem durch die fehlerhafte ärztliche Behandlung ab dem 22.04.2009 nachmittags (verzögerte Extubation) und am 23.04.2009 (fehlerhafte Reaktion auf falsche Tubuslage oder auf Dislokation des Tubus) im Hause der Beklagten (ab dem 22.07.2011) entstanden sind oder noch entstehen, auch soweit diese auf Sozialversicherungsträger oder andere eintrittspflichtige Dritte übergegangen sind und von ihr diesen zu erstatten sind.

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie hat die ihr vorgeworfenen Behandlungsfehler bestritten und behauptet, dass Herr B. am 22.04.2009 wegen der Schwere seiner Verletzungen noch nicht hätte extubiert werden können. Bei Eintritt des Beatmungsnotfalls am Folgetag seien ebenfalls die richtigen Maßnahmen ergriffen worden. Der Oberarzt Dr. T. habe als erstes eine Auskultation vorgenommen. Dabei seien grobe Atemgeräusche zu hören gewesen, weswegen er eine Fehllage des Tubus habe ausschließen dürfen und die Anlage einer Thoraxdrainage indiziert gewesen sei.

Das Landgericht hat ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T. eingeholt und den Oberarzt Dr. T. als Zeugen vernommen. Sodann hat es die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 192.500,-€ zu zahlen, und festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin mit einer Quote von 70 % von allen weiteren

Ansprüchen des Herrn B. freizustellen, welche diesem durch die fehlerhafte ärztliche Behandlung am 23.04.2009 entstanden sind oder noch entstehen, soweit es um vermehrte Bedürfnisse ab dem 22.07.2011 geht. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung heißt es in dem Urteil, dass die Beklagte der Klägerin zum Gesamtschuldnerausgleich verpflichtet sei. Beide Parteien hafteten im Außenverhältnis für den Schaden, der Herrn B. entstanden sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei den Ärzten der Beklagten ein grober Behandlungsfehler unterlaufen. In der am Morgen des 23.04.2009 eingetretenen Notsituation hätte sofort und als erste Maßnahme die Tubuslage kontrolliert werden müssen. Die Fehlermeldung „Tubus blockiert“ könne, so der Sachverständige Prof. Dr. T., verschiedene Ursachen haben. Das Gerät weise durch den genannten Alarm auf einen erhöhten Beatmungsdruck bei reduziertem Hubvolumen hin. Ursache könne neben einer Tubusfehlage auch sein, dass der Patient gegengeatmet oder gehustet habe. Weiter könne eine asthmatische Verengung, eine Lungenembolie oder ein Spannungspneumothorax die Ursache einer solchen Meldung sein. Da eine Fehlbeatmung schon binnen weniger Minuten weitreichende Folgen habe, müsse äußerst zügig reagiert werden. Nach Lehrbuch gehe man in einer solchen Notfallsituation vom Beatmungsgerät zum Patienten vor, d.h. dass zunächst eine eventuelle technische Fehlerquelle des Geräts ausgeschaltet werde, indem man zur Handbeatmung greife. Für einen erfahrenen Intensivmediziner wie den Zeugen Dr. T. sei anhand des Widerstands gegen die Beatmung dabei sogleich zu spüren, ob ein Tubusfehler vorliege oder - bei geringerem Widerstand - ein Problem im Bereich des Körpers bzw. der Lunge des Patienten. Da die häufigste Ursache des Alarms „Tubus blockiert“ dessen Fehllage sei, werde bei lehrbuchmäßigem Vorgehen zwingend primär die Tubuslage überprüft und ggf. umintubiert. Erst danach wende man sich den Ursachen beim Patienten selbst zu. Dass die Ärzte der Beklagten nicht als erste Maßnahme die Tubuslage überprüft hätten, stelle einen groben Behandlungsfehler dar. Dieser führe hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden zu einer Umkehr der Beweislast. Es wirke sich daher zum Nachteil der Beklagten aus, dass der Sachverständige nicht sicher sagen könne, ob Herr B. durch eine Korrektur der Tubuslage vor der durch den Sauerstoffmangel eingetretenen Hirnschädigung bewahrt worden oder der Schaden zumindest geringer ausgefallen wäre. Für den Ausgleich der Gesamtschuld im Innenverhältnis seien, so das Landgericht weiter, in entsprechender Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB die beiderseitigen Verursachungsbeiträge der Parteien gegeneinander abzuwägen. Die Haftung der Klägerin sei durch den von der Beklagten zu verantwortenden groben Behandlungsfehler nicht gänzlich ausgeschlossen; eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs liege nicht vor. Der Verursachungsbeitrag der Beklagten überwiege aber deutlich und sei mit 70 % zu gewichten, da die Hirnschädigung in erster Linie auf die Fehlbehandlung am 23.04.2009 zurückzuführen sei. Dass der Unfall den Geschädigten überhaupt erst in die gefährliche Situation der künstlichen Beatmung gebracht habe, dürfe zwar nicht gänzlich außer Betracht bleiben, trete aber in den Hintergrund. Auf dieser Grundlage sei der Zahlungsantrag der Klägerin in Höhe von 192.500,-€ gerechtfertigt. Wie sich dieser zusammensetze, bedürfe nicht der Spezifizierung, da er bereits unter dem Gesichtspunkt des Schmerzensgeldes gerechtfertigt sei. Herr B. habe eine hypoxische Schädigung des Gehirns erlitten und befinde sich nunmehr im Zustand des Wachkomas bei völliger Kommunikationsunfähigkeit. Die realistische Möglichkeit einer Zustandsverbesserung bestehe nicht. Schmerzensgelderhöhend wirke sich aus, dass sowohl dem Unfallverursacher S. als auch den Ärzten der Beklagten ein deutlich gesteigertes Verschulden zu Last falle. Der immaterielle Schaden des Herrn B. sei daher mit mindestens 400.000,-€ zu bemessen, wovon 70% den Zahlungsantrag bereits in vollem Umfang rechtfertigten. Das Feststellungsbegehren sei, so das Landgericht weiter, nach Maßgabe derselben Quote begründet. Die Möglichkeit der Entstehung weitergehender materieller Schäden liege auf der Hand. Ansprüche des Geschädigten gegen die Klägerin kämen aufgrund des Abfindungsvergleichs nur noch in dem zuerkannten Umfang in Betracht. Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie sich gegen die vom Landgericht festgestellte Haftungsquote von 70:30 wendet. Herr B. habe durch den Verkehrsunfall vom 21.04.2009 keine besonders schweren Verletzungen erlitten, weswegen es äußerst unwahrscheinlich gewesen sei, dass es bei ihm zu einer Hirnschädigung kommen würde. Dafür treffe allein den behandelnden Arzt die Verantwortung. Dessen Fehler wiege so schwer, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 21.04.2009 und dem bei Herrn B. eingetretenen Hirnschaden unterbrochen worden sei. Zumindere trete der von ihr, der Klägerin, zu verantwortende Verursachungsbeitrag vollständig hinter dem der Beklagten zurück.

Die Klägerin beantragt,  
die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den zuletzt erstinstanzlich gestellten Anträgen zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und meint, dass die vom Landgericht festgestellte Haftungsquote gerechtfertigt sei. Den Versicherungsnehmer der Klägerin treffe, so behauptet sie, ein schweres Verschulden; er habe Herrn B. schwerste Verletzungen zugefügt.

Demgegenüber hätten ihre Ärzte in extrem schwieriger Notlage das Beste versucht. Aufgrund der Spezifität der Unfallverletzungen seien sie von einem Spannungspneumothorax ausgegangen. Das hätten sie aus ex ante Sicht auch tun dürfen. Ein Spannungspneumothorax sei von der Vielzahl der in Betracht kommenden Komplikationsmöglichkeiten die wahrscheinlichste Ursache für die Tubusblockade gewesen. Hätte ein solcher vorgelegen, wäre eine vorherige Umintubation für Herrn B. möglicherweise tödlich gewesen. Für eine Tubusfehlage hätten keine überwiegenden Indizien gesprochen. Das vom Landgericht eingeholte Gutachten kranke an einer unzulässigen ex post Betrachtung und sei widersprüchlich. Der Sachverständige Prof. Dr. T. habe in seinem Erstgutachten noch den Standpunkt vertreten, dass der Oberarzt Dr. T. an einen Pneumothorax denken dürfen und die Anlage einer Thoraxdrainage nicht grob fehlerhaft gewesen sei. In seiner Anhörung vom 11.01.2013 habe er ausgeführt, dass die Umintubierung zwar nach Lehrbuch an erster Stelle stehe, ein Spannungspneumothorax hier aber eine ernstzunehmende Möglichkeit gewesen sei. Erst in seiner abschließende Anhörung am 17.12.2014 habe er es als groben Behandlungsfehler angesehen, dass Dr. T. nicht als erste Maßnahme eine Umintubation vorgenommen habe. Diese Kehrtwende sei nicht verständlich. Weiter meint die Beklagte, es dürfe bei der Festlegung der Haftungsquote nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Kausalität des Verkehrsunfalls für die Gesundheitsschäden des Herrn B. feststehe, während die Kausalität des Behandlungsfehlers nur unter dem Aspekt eines groben Behandlungsfehlers vermutet werde. Weiter dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Vorgehen des Oberarztes Dr. T. subjektiv nicht vorwerfbar sei.

II.

Die Berufung ist zulässig und überwiegend begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß § 426 Abs. 1, 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 265.000,-€ und - im zuerkannten Umfang - Freistellung von allen weiteren Forderungen des Herrn B..

1.) Die Parteien sind dem Geschädigten im Außenverhältnis als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet.

a.) Für die Beklagte ergibt sich das aus den §§ 280 Abs. 1, 611, 278, 249, 253 Abs. 2 BGB.

aa.) Nach dem Ergebnis der vor dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hat der bei ihr beschäftigte Oberarzt Dr. T. in der am Morgen des 23.04.2009 eingetretenen Notfallsituation einen groben Behandlungsfehler begangen. Er hätte als erste Maßnahme die Lage des Tubus kontrollieren müssen.

(1) Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat in seinem Gutachten ausgeführt, dass die Fehlermeldung „Tubus blockiert“ verschiedene Ursachen haben könne. Das Gerät weise durch den genannten Alarm auf einen erhöhten Beatmungsdruck bei reduziertem Hubvolumen hin. Ursache könne neben einer Tubusfehlage sein, dass der Patient gegengeatmet oder gehustet habe. Weiter komme als Ursache eine asthmatische Verengung, eine Lungenembolie oder ein Spannungspneumothorax in Betracht. Da eine Fehlbeatmung schon binnen weniger Minuten weitreichende Folgen haben könne, müsse äußerst zügig reagiert werden. Nach Lehrbuch gehe man in einer solchen Notsituation vom Beatmungsgerät zum Patienten vor, d.h. dass man zunächst eine eventuelle technische Fehlerquelle des Geräts ausschalte, indem man zur Handbeatmung greife. Für einen erfahrenen Intensivmediziner sei dabei anhand des Widerstands gegen die Beatmung zu spüren, ob ein Tubusfehler vorliege oder - bei geringerem Widerstand - ein Problem im Bereich des Körpers bzw. der Lunge des Patienten. Da die häufigste Ursache des Alarms „Tubus blockiert“ dessen Fehllage sei, werde bei lehrbuchmäßigem Vorgehen zwingend primär die Tubuslage überprüft und ggf. umintubiert. Erst danach wende man sich den Ursachen zu, die beim Patienten selbst vorliegen können. Dass die Ärzte der Beklagten nicht als erste Maßnahme die Tubuslage überprüft hätten, stelle einen groben Behandlungsfehler dar, auch wenn extremer Zeitdruck bestanden und ein Spannungspneumothorax wegen der Rippenserienfraktur des Geschädigten B. näher gelegen habe als in anderen Fällen.

(2) Der Senat hat keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Ausführungen. Es leuchtet ein, dass in einer Notfallsituation, wie hier, in der wenig Zeit ist zu überlegen, lehrbuchmäßig vorgegangen und zunächst die häufigste Ursache für den Alarm „Tubus blockiert“ ausgeschlossen werden muss. Davon abweichende individuelle Überlegungen verzögern das Vorgehen und gefährden den Patienten. Der Senat verkennt - ebenso wie das Landgericht - nicht, dass der Sachverständige Prof. Dr. T. nicht von vornherein einen groben Behandlungsfehler angenommen hat. In seinem Erstgutachten vom 18.06.2012 heißt es noch, dass die Anlage der Thoraxdrainage in der Akutsituation ihre Berechtigung gehabt habe und nicht als grober Behandlungsfehler anzusehen sei. Gleichzeitig hat der Sachverständige jedoch bereits darauf hingewiesen, dass bei akuten Beatmungsproblemen immer eine Tubusfehlage ausgeschlossen werden müsse und es zu keinen Verzögerungen durch eine aufwändige Diagnostik kommen dürfe. Daran hat er in der mündlichen Verhandlung vom 11.01.2013 angeknüpft und angegeben, er räume ein, dass nach Lehrbuch als erstes der Tubus hätte überprüft werden müssen. Bei dieser Einschätzung ist er - trotz wiederholter und intensiver Nachfragen des Landgerichts und der Parteien - in der Folgezeit geblieben (vgl. Ergänzungsgutachten vom 18.06.2013 und 05.07.2014 sowie Anhörung vom 17.12.2014). Auf konkrete Nachfrage hat er auch sogleich einen groben Behandlungsfehler des Oberarztes bejaht (vgl. Ergänzungsgutachten vom 18.06.2013). Dass der Sachverständige die Reihenfolge der von Herrn Dr. T. am

23.04.2009 ergriffenen Maßnahmen in seinem Erstgutachten vom 18.06.2012 noch nicht für grob fehlerhaft gehalten hat, beruht, wie er selbst eingeräumt hat, auf einer nicht konsequenten Anwendung des lehrbuchmäßigen Handlungsregimes. Zweifel an der Richtigkeit seiner späteren Ausführungen bestehen daher nicht.

(3) Das Landgericht hat sich zu Recht der Wertung des Sachverständigen, dass ein grober Behandlungsfehler vorliege, angeschlossen. Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt des entsprechenden Fachs schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. BGH, Urteil vom 16.06.2009 zu VI ZR 157/09, bei juris Rn. 15 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Der Oberarzt Dr. T. hatte zwar eine äußerst kritische Situation innerhalb kürzester Zeit zu bewältigen. Gerade deshalb musste er sich jedoch an das von dem Sachverständigen beschriebene klare Handlungsregime halten, wonach die Kontrolle der Tubuslage ausnahmslos Priorität genießt. Dass er dies nicht getan hat, stellt ein schwerwiegendes Versäumnis dar.

bb.) Bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers wird der Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem beim Patienten eingetretenen Gesundheitsschaden vermutet, wenn der Behandlungsfehler generell geeignet ist, den eingetretenen Primärschaden zu verursachen, und ein Kausalzusammenhang nicht gänzlich bzw. äußerst unwahrscheinlich ist (vgl. dazu vgl. dazu BGH, Urteil vom 16.11.2004 zu VI ZR 328/03, bei juris Rn. 11 f. m.w.N.).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Die verzögerte Reaktion auf eine Tubusfehlage ist generell geeignet, eine Sauerstoffunterversorgung und damit einen Hirnschaden herbeizuführen.

Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T. und dem bei Herrn B. eingetretenen Gesundheitsschaden ist auch nicht gänzlich bzw. äußerst unwahrscheinlich. Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat in seinem Gutachten ausgeführt, dass sich nicht sagen lasse, wie der Verlauf bei einem sofortigen Tubuswechsel gewesen wäre. Ein akuter Sauerstoffmangel sei ein dynamisches Geschehen. Da man nicht wisse, wie lange die Unterversorgung bereits bestand, als Dr. T. hinzugerufen wurde, seien alle Aussagen spekulativ. Das beschriebene fahle Hautkolorit des Geschädigten deute zwar auf eine bereits eingetretene Sauerstoffunterversorgung hin. Wie schnell sich ein Hirnschaden bei einem Sauerstoffmangel entwickle, sei aber von verschiedenen Faktoren abhängig (z.B. Umgebungstemperatur, Kreislaufsituation des Patienten). Grob geschätzt liege der Zeitraum bei fünf Minuten.

Danach ist es nicht ausgeschlossen, dass eine sofortige Korrektur der Tubusfehlage das Geschehen noch günstig beeinflusst hätte, und ein Kausalzusammenhang daher nicht gänzlich bzw. äußerst unwahrscheinlich.

Zu Lasten der Beklagten wird daher ein Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T. und dem bei Herrn B. eingetretenen Hirnschaden vermutet.

cc.) Da es der Beklagten nicht gelungen ist, diese Vermutung zu widerlegen, haftet sie dem Geschädigten für alle Folgen der fehlerhaften Behandlung vom 23.04.2009.

b.) Für die Klägerin ergibt sich eine Haftung aus § 115 Abs. 1 Nr. 1 VVG. Der von dem Zeugen Stephan S. geführte Pkw war bei ihr haftpflichtversichert. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass dieser den Verkehrsunfall allein verursacht hat.

Der Kausalzusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall und dem bei Herrn B. eingetretenen schweren Hirnschaden ist nicht durch den Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T. unterbrochen worden. Eine solche Unterbrechung wird nur bei gröbster Verletzung ärztlicher Standards angenommen, was nicht mit dem groben Behandlungsfehler gleichzusetzen ist (vgl. OLG Köln, Urteil vom 28.04.1993 zu 27 U 144/92, veröffentlicht in juris). Die Grenze, bis zu welcher der Erstschädiger dem Verletzten für die Folgen einer späteren fehlerhaften ärztlichen Behandlung einzustehen hat, wird in aller Regel erst dann überschritten, wenn der die Zweitschädigung herbeiführende Arzt in außergewöhnlich hohem Maße die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen außer Acht gelassen und derart gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrungen verstoßen hat, dass der eingetretene Schaden seinem Handeln haftungsrechtlich-wertend allein zugeordnet werden muss (vgl. BGH, Urteil vom 20.09.1988 zu VI ZR 37/88, bei juris Rn.18 m.w.N.).

Das ist hier nicht der Fall.

Der Oberarzt Dr. T. hat die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen nicht in gröbster Weise verletzt. Ihm ist zwar ein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen. Er hat aber nicht derart gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrungen verstoßen, dass der eingetretene Schaden seinem Handeln haftungsrechtlich-wertend allein zugeordnet werden muss. Denn es liegt nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass ein Arzt in einer Notfallsituation, wie hier, die falschen Maßnahmen ergreift bzw. nicht in richtiger Reihenfolge geht.

2.) Die Beklagte hat den Schaden im Innenverhältnis allein zu tragen. Dies folgt daraus, dass die unmittelbar von dem Versicherungsnehmer der Klägerin zu verantwortenden Verletzungsfolgen (Rippenfraktur und Lungenkontusion) neben den unmittelbaren Folgen, die von der Beklagten zu verantworten sind (hypoxischer Hirnschaden), als fast vernachlässigenswert gering anzusehen sind und dass zudem das von

der Beklagten zu verantwortende Verhalten viel mehr geeignet war, den hypoxischen Hirnschaden herbeizuführen.

Im Einzelnen:

Für den Ausgleich der Gesamtschuld im Innenverhältnis sind in entsprechender Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB in erster Linie die beiderseitigen Verursachungsbeiträge gegeneinander abzuwägen. Entscheidend ist, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit diese geeignet waren, den schädigenden Erfolg herbeizuführen. Daneben, aber erst in zweiter Linie, ist das Maß des beiderseitigen Verschuldens abzuwägen (vgl. BGH, Urteil vom 20.01.1998 zu VI ZR 59/97, bei juris Rn. 8, m.w.N.; OLG Köln, Urteil vom 18.04.1996 zu 18 U 101/95, NZV 1997, 357, m.w.N.; Grüneberg in Palandt, BGB, 74. Auflage, § 426 Rn. 14 i.V.m. § 254 Rn. 58 m.w.N.).

Als Verursachungsbeiträge stehen sich hier der von dem Versicherungsnehmer der Klägerin herbeigeführte Verkehrsunfall vom 21.04.2009 und der von der Beklagten zu verantwortende Behandlungsfehler vom 23.04.2009 gegenüber. Wägt man ab, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit diese geeignet waren, die Hirnschädigung des Herrn B. herbeizuführen, erscheint eine Alleinhaftung der Beklagten angemessen.

Durch den Verkehrsunfall zog sich Herr B. zunächst nur eine rechtsseitige Rippenserienfraktur mit beidseitiger Lungenkontusion und eine Riss-Quetschwunde am linken Unterschenkel zu; er wurde wegen seiner Schmerzen vom Notarzt sediert, intubiert und beatmet. Seine Verletzungen waren zwar schwer, aber nicht so schwer, dass mit dem Eintritt eines schweren Hirnschadens gerechnet werden musste. Bei gewöhnlichem Verlauf wäre Herr B. vermutlich nach wenigen Wochen wieder vollständig genesen gewesen. Dass er nach dem Unfall beatmet wurde, ging zwar mit Risiken einher. Es ist allgemein bekannt, dass es dabei zu Komplikationen kommen kann. Solche Komplikationen sind aber selten. Die Wahrscheinlichkeit, dass es hier zu einer Fehllage des Tubus kommen würde, war sehr gering. Es handelt sich dabei um ein Risiko, das im Allgemeinen gut beherrscht werden kann. Noch geringer war die Wahrscheinlichkeit, dass ein Arzt die Fehllage des Tubus nicht erkennen und die falschen Maßnahmen ergreifen würde. Dies kommt nur in seltenen Ausnahmefällen vor. Nimmt man beides zusammen, war es hier zwar nicht ausgeschlossen, aber äußerst unwahrscheinlich, dass es infolge des Verkehrsunfalls bei Herrn B. zu einer schweren Hirnschädigung kommen würde.

Demgegenüber war die Wahrscheinlichkeit, dass der Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T. entsprechende Folgen haben würde, sehr hoch. Die falsche Reaktion auf eine Tubusfehllage ist ohne Weiteres geeignet, bei dem Patienten zunächst einen Sauerstoffmangel und sodann einen Hirnschaden zu verursachen.

Bei wertender Betrachtung tritt der von der Klägerin zu verantwortende Verursachungsbeitrag vollständig hinter dem der Beklagten zurück. Während der Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T. mit hoher Wahrscheinlichkeit geeignet war, den schweren Hirnschaden des Herrn B. zu verursachen, war die Wahrscheinlichkeit, dass der Verkehrsunfall solche Folgen haben würde, äußerst gering. Sollte man die Wahrscheinlichkeit mathematisch bemessen, läge sie vermutlich in einem Bereich von deutlich unter 1:100.000. Der Verkehrsunfall vom 21.04.2009 war zwar der Auslöser für die Notfallsituation am 23.04.2009; zu einer Beatmung wäre es ansonsten nicht gekommen. Er barg aber - und nur darauf kommt es an - nicht die realistische Gefahr einer schweren Hirnschädigung des Herrn B. in sich. Anders der Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T.. Dieser wies von vornherein eine sehr hohe Schadensneigung auf und stellte eine konkrete Gefahr für Herrn B. dar. Vergleicht man diese mit der von dem Verkehrsunfall ausgehenden Gefahr, erscheint letztere völlig unbedeutend, beinahe zufällig. Es ist daher eine Alleinhaftung der Beklagten gerechtfertigt.

Etwas anderes gilt selbst dann nicht, wenn man das Verschulden des Versicherungsnehmers der Klägerin höher gewichten sollte als das des Oberarztes Dr. T.. Bei der Abwägung kommt es in erster Linie darauf an, in welchem Maß die Beteiligten zur Schadensentstehung beigetragen haben. Das Verschulden ist nur ein Faktor der Abwägung (vgl. BGH, a.a.O.). Selbst wenn der Versicherungsnehmer der Klägerin grob fahrlässig gehandelt haben sollte und der Oberarzt Dr. T. nicht, weil man ihm möglicherweise keinen subjektiv gesteigerten Vorwurf machen kann, bliebe es dabei, dass der Verkehrsunfall vom 21.04.2009 - anders als das Ereignis vom 23.04.2009 - nur mit einer geringen Wahrscheinlichkeit geeignet war, die schwere Hirnschädigung des Herrn B. herbeizuführen. Bei wertender Betrachtung ist dies der ausschlaggebende Gesichtspunkt. Dem möglicherweise gesteigerten Verschulden des Versicherungsnehmers der Klägerin kommt demgegenüber keine maßgebliche Bedeutung zu, weil es die von dem Verkehrsunfall ausgehende Gefahr nicht wesentlich erhöht hat.

Dass der Kausalzusammenhang zwischen dem groben Behandlungsfehler des Oberarztes Dr. T. und dem bei Herrn B. eingetretenen Hirnschaden - unter dem Aspekt eines groben Behandlungsfehlers - nur vermutet wird, führt nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung. Beim Ausgleich der Gesamtschuld im Innenverhältnis spielen Kausalitätserwägungen keine Rolle. Es kommt nur darauf an, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit die im Außenverhältnis festgestellten Verursachungsbeiträge geeignet waren, den schädigenden Erfolg herbeizuführen.

Die vom Landgericht zitierte Entscheidung des OLG Köln vom 18.04.1996 zu 18 U 101/95 (a.a.O.) lässt sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen. Dort hatte der beklagte Kfz-Haftpflichtversicherer eine Haftungsquote von 30 % anerkannt, so dass von vornherein nicht im Streit war, ob das klagende Krankenhaus zu 100 % haften würde.

3.) Für die Schäden, die Herr B. unmittelbar durch den Verkehrsunfall erlitten hat (rechtsseitige Rippenserienfraktur mit beidseitiger Lungenkontusion und Riss-Quetschwunde am Unterschenkel) haftet nur die Klägerin.

4.) Der von ihr mit dem Klageantrag zu 1.) geltend gemachte Betrag von 265.000,-€ ist gerechtfertigt.

a.) Die Klägerin hat zwar in erster Instanz nicht vorgetragen, wie sich dieser zusammensetzt, weswegen die Klage mangels Schlüssigkeit hätte abgewiesen werden können; der mit Herrn B. geschlossene Abfindungsvergleich bindet die Beklagte nämlich nicht. Das Landgericht hat aber angenommen, dass Herrn B. ein Schmerzensgeld von mindestens 400.000,-€ zustehe, und damit eine konkrete Schadensposition zum Gegenstand der Klage gemacht. Da die Klägerin das Urteil des Landgerichts insofern nicht angreift, ist davon auszugehen, dass sie sich die für sie günstigen Ausführungen zu eigen macht (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation - unbestimmter Klageantrag - BGH, Urteil vom 11.05.1995 zu I ZR 86/93, bei juris Rn. 25 m.w.N.).

b.) Das gilt auch in Bezug auf die für die Bemessung des Schmerzensgeldes maßgeblichen Gesichtspunkte, die das Landgericht, ohne weiteren Sachvortrag der Klägerin zu verlangen, selbst herausgearbeitet hat.

c.) Der Senat hält ein Schmerzensgeld von 350.000,-€ für angemessen, aber auch ausreichend, um die bei Herrn B. eingetretenen Gesundheitsschäden auszugleichen.

Das Schmerzensgeld hat die Funktion, dem Verletzten einen Ausgleich für den erlittenen Schaden und eine Genugtuung für das ihm zugefügte Leid zu gewähren (vgl. dazu Grüneberg in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 253 Rn. 4 m.w.N.). Eine billige Entschädigung in Geld steht dem Geschädigten auch dann zu, wenn seine Persönlichkeit weitgehend zerstört ist, selbst wenn seine Empfindungsfähigkeit ganz oder teilweise durch das schadensstiftende Ereignis aufgehoben ist. Dabei ist weniger der Gedanke der Sühne von Bedeutung. Anzuknüpfen ist vielmehr daran, dass die Einbuße der Persönlichkeit schon für sich gesehen einen auszugleichenden immateriellen Schaden darstellt. Eine solche Beeinträchtigung verlangt angesichts des hohen Wertes, den das Grundgesetz der Persönlichkeit und der Würde des Menschen beimisst, eine herausragende Entschädigung (vgl. dazu grundlegend BGH, Urteil vom 13.10.1992 zu VI ZR 201/91, bei juris Rn. 28 ff. m.w.N.).

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es bei Herrn B. infolge der am 23.04.2009 eingetretenen Sauerstoffunterversorgung zu einer hypoxischen Hirnschädigung gekommen ist. Er befindet sich im Zustand des Wachkomas bei völliger Kommunikationsunfähigkeit und ist bei allen Aktivitäten des täglichen Lebens auf pflegerische Hilfe angewiesen. Angesichts der verstrichenen Zeit besteht keine realistische Möglichkeit, dass sich sein Zustand noch verbessert. Vor dem Ereignis vom 23.04.2009 war Herr B. ein gesunder, selbstbestimmter 42jähriger Mann.

Wie hoch ein Schmerzensgeld im Fall einer schweren, dauerhaften Hirnschädigung zu sein hat, haben die Gerichte in der Vergangenheit unterschiedlich beantwortet. Es wurden in den letzten Jahren Beträge von 300.000,-DM (OLG Stuttgart, Urteil vom 11.06.2002 zu 14 U 83/01, zitiert nach juris: hypoxische Hirnschädigung eines Neugeborenen infolge einer Überbeatmung; OLG Hamm, Urteil vom 25.11.2002 zu 3 U 100/02, zitiert nach juris: hypoxe Hirnschädigung einer älteren Frau infolge einer Sauerstoffunterversorgung), 200.000,-€ (OLG München, Urteil vom 08.07.2004 zu 1 U 3882/03, zitiert nach juris: hypoxe Hirnschädigung einer 17jährigen Frau infolge eines Behandlungsfehlers; OLG Köln, Urteil vom 06.06.2012 zu 5 U 28/10, zitiert nach juris: Hirnschädigung eines 23jährigen Mannes infolge eines ärztlichen Behandlungsfehlers), 400.000,-DM (Senat, Urteil vom 30.05.2000 zu 5 U 218/99, zitiert nach juris: hypoxe Hirnschädigung einer 26jährigen Frau infolge einer Lungenembolie), 250.000,-€ (LG Göttingen, Urteil vom 14.03.2006 zu 8 O 153/05, zitiert nach Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeldbeträge, 33. Aufl., Nr. 33.1477: hypoxer Hirnschaden eines 43jährigen Mannes durch Fußritte gegen den Kopf), 300.000,-€ (Senat, Hinweisbeschluss vom 27.08.2013 zu 5 U 166/12: Hirnschaden eines vorerkrankten Mannes infolge unzureichender Beatmung; OLG München, Urteil vom 15.12.2011 zu 1 U 1913/10, zitiert nach juris: hypoxe Hirnschädigung eines 54jährigen Mannes infolge einer Sauerstoffunterversorgung), 350.000,-€ (OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.04.2013 zu 8 U 24/12, zitiert nach juris: hypoxisch-ischämische Enzephalopathie durch Versäumnisse bei der Geburtsleitung), 400.000,-€ (LG Bielefeld, Urteil vom 25.09.2007 zu 4 O 522/05, zitiert nach juris: Hirnschädigung eines 41jährigen Mannes infolge eines Behandlungsfehlers), 550.000,-€ (LG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2013 zu 3 O 389/08, zitiert nach Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeldbeträge, 33. Aufl., Nr. 33.2744: schwerste hypoxische Hirnschädigung eines Kindes bei der Geburt) und 650.000,-€ (KG Berlin, Urteil vom 16.02.2012 zu 20 U 157/10, zitiert nach juris: hypoxe Hirnschädigung eines 4jährigen Kindes infolge eines Behandlungsfehlers) zuerkannt.

Diese Fälle bieten nur eine grobe Orientierungshilfe, da es immer auf die Umstände im Einzelfall ankommt (vgl. dazu OLG München, Urteil vom 24.09.2010 zu 10 U 2671/10, bei juris Rn. 17 m.w.N.).

Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 27.08.2013 (s.o.) einem 49jährigen Mann, der infolge schwerer ärztlicher Fehler bei der Beatmung (Nichterkennen der Undurchlässigkeit einer Trachealkanüle) einen hypoxischen Hirnschaden erlitten hatte, ein Schmerzensgeld von 300.000,-€ zuerkannt. Schmerzensgeldmindernd ist vom Senat seinerzeit berücksichtigt worden, dass der Mann erheblich vorgeschädigt war. Er litt an einer schweren Lungenerkrankung, derentwegen er langzeitbeatmet werden musste, und war nahezu vollständig auf die pflegerische Hilfe anderer angewiesen war. Außerdem hatte man bei ihm eine schizophrene Psychose festgestellt. Berücksichtigt man, dass Herr B. vor dem Verkehrsunfall vom 21.04.2009 und dem Ereignis vom 23.04.2009 ein gesunder, selbstbestimmter Mann war, dessen Lebensqualität nicht durch erhebliche Vorerkrankungen beeinträchtigt war, erscheint hier ein höheres Schmerzensgeld gerechtfertigt. Der Senat hält einen Betrag von 350.000,-€ für angemessen.

Gegenüber dem hypoxischen Hirnschaden fallen die Verletzungen, die Herr B. unmittelbar durch den Verkehrsunfall erlitten und für die die Klägerin allein einzustehen hat (rechtsseitige Rippenserienfraktur mit beidseitiger Lungenkontusion und Riss-Quetschwunde am Unterschenkel), nicht ins Gewicht. Sie hätten bei isolierter Betrachtung allenfalls ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 10.000,-€ bis 15.000,-€ gerechtfertigt. Ein Dauerschaden wäre nicht eingetreten. Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat in seinem Gutachten ausgeführt, dass der Geschädigte ohne das Ereignis vom 23.04.2009 heute wahrscheinlich nicht mehr an den Folgen des Unfalls leiden würde.

Selbst bei Abzug eines ausschließlich auf die Klägerin entfallenden Anteils geht der immaterielle Schaden des Herrn B. daher deutlich über den mit der Klage geltend gemachten Betrag in Höhe von 265.000,-€ bzw. den gezahlten Betrag in Höhe von 275.000,-€ hinaus.

5.) Dem Feststellungsantrag hat das Landgericht zu Recht nur in Bezug auf das Geschehen vom 23.04.2009 und nicht in Bezug auf das Geschehen vom 22.04.2009 (zu 70 %) stattgegeben.

Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat zwar einen (einfachen) Behandlungsfehler darin gesehen, dass die Ärzte der Beklagten nicht bereits am 22.04.2009 bei Herrn B. mit dem Weaning (Entwöhnen von der Beatmung) begonnen haben, jedoch keine Aussage darüber treffen können, ob dieser bei ordnungsgemäßem Vorgehen schon am 23.04.2009 extubiert gewesen wäre. Ein Weaning könne, so der Sachverständige, Stunden oder auch Tage dauern. Das sei von den Umständen im Einzelfall abhängig. Gegebenenfalls, bei Eintreten von Komplikationen, müsse ein Weaning auch wieder rückgängig gemacht werden. Danach lässt sich nicht feststellen, dass Herr B. bei ordnungsgemäßem Vorgehen am 22.04.2009 am Folgetag bereits extubiert gewesen und es dann nicht zu dem Beatmungsnotfall gekommen wäre.

Mit einer weiteren Inanspruchnahme durch Herrn B. hat die Klägerin daher nur noch in Bezug auf die Behandlung vom 23.04.2009 zu rechnen, und das wegen des Abfindungsvergleichs vom 05.09.2011 auch nur noch hinsichtlich vermehrter Bedürfnisse des Herrn B. ab dem 22.07.2011.

6.) Der Zinsanspruch beruht auf den §§ 288 Abs. 1, 291 ZPO. Rechtshängig geworden ist der Klageantrag zu 1.) mit Zustellung des Schriftsatzes vom 08.11.2011.

7.) Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**8. OLG Hamm, Urteil vom 07.07.2015 – 26 U 112/14, I-26 U 112/14 – \* Unterlassene Abstrichentnahme bei einer perforierten Appendizitis**

#### Leitsatz

**Es widerspricht dem chirurgischen Standard bei einer perforierten Appendizitis - trotz Gabe eines Bereitband-Antibiotikums - keine Abstrichentnahme durchzuführen. Fehlt die Abstrichentnahme, wird die Chance vertan, den Keim gezielt mit einem speziellen Antibiotikum zu bekämpfen. Zu einer Haftung führt ein solcher Fehler nur, wenn feststeht, dass sich die Einzelkeimbestimmung zum Nachteil des Patienten auswirkt oder wenn zu Gunsten des Patienten Beweiserleichterungen eingreifen.**

weitere Fundstellen

ZAP EN-Nr 710/2015 (Leitsatz)

ArztR 2015, 256 (Kurz wiedergabe)

#### Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 24.06.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch die Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagten wegen einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung in der Zeit vom 07.10.2008 bis zum 14.10.2008 auf Schmerzensgeld, Schadensersatz, Feststellung zukünftiger Schadensersatzpflicht und Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch.

Der am ... .1966 geborene Kläger wurde am 7.10.2008 wegen zunehmender und seit dem Vortag akut bestehender starker Bauchschmerzen im rechten Unterbauch in der chirurgischen Klinik der Beklagten zu 1) stationär aufgenommen, deren damaliger Chefarzt der Beklagte zu 2) war.

Die anschließenden laborchemischen Untersuchungen zeigten deutliche Symptome für eine Appendizitis, so dass der Kläger noch am selben Tag operiert wurde. Intraoperativ ergab sich der Befund einer hochakuten perforierten Appendizitis mit Unterbauchperitonitis, der operativ umfassend saniert wurde.

Postoperativ besserte sich das Beschwerdebild des Klägers. Es kann nunmehr jedoch zu einer deutlich eingeschränkten Darmtätigkeit mit rezidivierenden Subileuszuständen sowie zu deutlich fühlbaren Veränderungen im rechten Unterbauch. Es verschlimmerte sich zudem eine bestehende Passagestörung, so dass die Beklagten zu 2) und 3) unter antibiotischer Abschirmung eine konservative Therapie zur Entlastung des Magen-Darm-Traktes einleiteten.

Der Kläger setzte anschließend vom 9.10. bis zum 12.10.2008 mehrfach Stuhlgang ab. Am 13.10.2008 hatte er erneut zweimal Stuhlgang. Die Situation war aber gleichwohl unter anderem deshalb auffällig, weil der Kläger nunmehr einen Flankenschmerz angab. Eine daraufhin am 14.10.2008 durchgeführte Kontrastdarstellung der einliegenden Drainage zeigte (wiederum) keinen Darmverschluss. Eine ergänzend dazu vorgenommene CT-Untersuchung beschrieb allerdings eine Erweiterung des rechten Nierenbeckens einschließlich des Ureters. Die Beklagten zu 2) und 3) führten die kolikartig auftretenden Beschwerden letztlich auf einen Harnleiterkonkrement zurück und verlegten den Kläger noch am selben Tag zur weiteren neurologischen Abklärung in die urologische Klinik des Klinikums I.

Dort konnte eine Harnstauungsnier rechts ausgeschlossen werden. Es zeigte sich dabei allerdings ein Dünndarmileus, worauf der Kläger am 15.10.2008 in die Klinik für Allgemein- und Viszeralchirurgie des Klinikums I verlegt wurde. Hier konnten die Schmerzen des Klägers zunächst durch abführende diätetische Maßnahmen gelindert werden. Am Abend traten dann jedoch wiederum heftige Schmerzen auf. Eine durchgeführte CT-Untersuchung erbrachte den Nachweis einer Stenose. Eine daraufhin am Folgetag, dem 16.10.2008, vorgenommene komplette Koloskopie zeigte einen stark abgeknickten eingeengten Dickdarm in ca. 40 cm Höhe. Aufgrund der persistierenden Schmerzen des Klägers erfolgte am selben Tag eine diagnostische Laparoskopie mit Wechsel zur Laparotomie, eine Adhäsiolektomie mit Ileocecalpolresektion, eine Lavage sowie eine Drainage. Der Kläger wurde im Anschluss auf die Intensivstation verlegt, wo zusätzlich noch eine Hypokaliämie und eine Exsikkose diagnostiziert wurden. Postoperativ kam es darüber hinaus zu einem Plexusschaden Links.

Am 27.10.2008 konnte der Kläger schließlich aus der stationären Krankenhausbehandlung entlassen werden. Er war anschließend noch bis zum 27.2.2009 arbeitsunfähig. Im Rahmen einer weiteren stationären Behandlung vom 7.9. bis zum 9.9.2010 in der Klinik für Allgemein- und Viszeralchirurgie I wurde der bestehende Subileus konservativ mit abführenden Maßnahmen therapiert, so dass ein Darmverschluss abgewendet werden konnte. Es fanden sich dabei jedoch Ansammlungen genau in dem Bereich, wo aufgrund der vorangegangenen Ileocecalpolresektion Verwachsungen zu verzeichnen waren.

Der Kläger hat den Beklagten Behandlungsfehler vorgeworfen. Die postoperativ aufgetretenen Komplikationen hätten die Beklagten verschuldet und nicht erkannt. In der Klinik seien daneben auch die gebotenen Kontrolluntersuchungen nicht sachgemäß durchgeführt worden, wobei auch die postoperative Diagnostik unzulänglich gewesen sei. Er sei deshalb verspätet in das Klinikum I verlegt worden. Unter den Folgen der fehlerhaften Behandlung leide er noch heute, es bestehe die erhöhte Gefahr des erneuten Auftretens von Darmverschlüssen. Insgesamt seien die Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 20.000 EUR sowie zum Ersatz des materiellen Schadens i.H.v. 3.554,09 EUR verpflichtet, der sich neben Zuzahlungskosten im Krankenhaus (130 EUR) aus den Kosten von Heilmittelbehandlungen (52,68 EUR), Kosten für Akupunktur (460 EUR) sowie Verdienstausfall (3.041,41 EUR) zusammensetze.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines fachchirurgischen Sachverständigengutachtens abgewiesen. Der Kläger sei in der Klinik der Beklagten zu 1) insgesamt fachgerecht behandelt worden. Die Operation vom 7.10.2008 sei als lebensrettender Notfalleingriff indiziert gewesen. Der Eingriff selbst habe laparoskopisch vorgenommen werden dürfen und sei fachgerecht durchgeführt worden. Es begründe insbesondere keinen Behandlungsfehler, dass intraoperativ auf eine Abstrichentnahme verzichtet worden sei, zumal eine antibiotische Therapie eingeleitet worden sei und postoperativ kein Anhalt für das Vorliegen einer infektiologischen Problematik bestanden habe. Auch die dokumentierte peritoneale Lavage sei nach Art und Umfang nicht fehlerhaft. Die postoperativ aufgetretene Magen-Darm-Atonie sei ebenfalls regelgerecht und konsequent behandelt worden. Der Kläger sei dabei korrekterweise zur weiteren urologischen Diagnostik und Behandlung der Harnabflussstörung im Bereich der rechten Niere und des rech-

ten Harnleiters in die urologische Klinik überwiesen worden. Dass zuvor schließlich keine weitere Untersuchung des Abdomens durchgeführt worden sei, habe sich jedenfalls auf den folgenden Verlauf deshalb nicht ausgewirkt, weil die Bauchdecke im Klinikum I untersucht und als weich befundet worden sei. Auch insoweit liege daher insgesamt keine unzureichende Diagnostik vor. Gleiches gelte für die zum Teil nicht dokumentierte Beschreibung des Drainagesekrets. Dass bei dem Kläger noch in der Klinik der Beklagten zu 1) eine Revisionsoperation indiziert gewesen sei, sei nach den übrigen Untersuchungsbefunden und dem Krankheitsverlauf ausgeschlossen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren vollumfänglich weiterverfolgt. Der Sachverständige habe mehrfach eine unzureichende Dokumentation des operativen Vorgehens im Rahmen der laparoskopischen Verfahrensweise bemängelt. Hierzu widersprüchlich habe er jedoch die Schlussfolgerung getroffen, dass dennoch von der Einhaltung des fachärztlichen Standards auszugehen sei. Insbesondere sei die bei perforierter Appendizitis stets erforderliche Abstrichentnahme durch die Beklagten sorgfaltswidrig nicht veranlasst worden. Ein derartiges Unterlassen sei als schuldhaftes Fehlverhalten einzustufen, weil durch die Untersuchung des Abstriches andere Erkenntnisse hätten gewonnen werden können, die letztlich auf die Einleitung früherer therapeutischer Maßnahmen abgezielt und auf die dringende zeitnahe Revisionsoperation hingedeutet hätten. Die Schlussfolgerung des Sachverständigen, dass die nach der Patientendokumentation unterlassene Lavage des Abdomens nicht als primär fehlerhaft beurteilt werde, sei inkonsequent und nicht tragbar, da aus retrospektiver Sicht das Risiko der Ausbildung eines Abszesses am Zökopol durch eine ausreichende Lavage mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hätte minimiert werden können. Schlich falsch sei angesichts ansteigender CRP-Werte weiter die Schlussfolgerung des Sachverständigen, soweit lediglich von moderat erhöhten Entzündungsparametern ausgegangen worden sei. Angesichts der nicht dokumentierten ärztlichen Untersuchung des Abdomens sei auch keinesfalls mehr von einer regelgerecht verlaufenden und engmaschigen Behandlung des Klägers auszugehen. Die vom Sachverständigen insgesamt getroffene Bewertung, wonach im Ergebnis kein Behandlungsfehler ersichtlich sei, stehe in Widerspruch zu dessen im schriftlichen Gutachten erfolgten inhaltlichen Ausführungen.

Ungeachtet des bereits am ersten postoperativen Tag geäußerten Verdachts auf einen Dünndarmileus sei der Kläger erst am 14.10.2008 zur Durchführung einer konsiliarischen Untersuchung in der Urologischen Klinik des Klinikums I vorgestellt worden, wo dieser Verdacht selbstredend erneut bestätigt worden sei. Das Landgericht habe zudem nicht bewertet, mit welcher Risikoträchtigkeit bei den einzelnen Vergleichsverfahren zur gewählten laparoskopischen Appendektomie im Vergleich zur offenen Appendektomie mit einer besseren und erweiterten Möglichkeit der OP-Vornahme sich ein Unterschied der Risiken zur Entstehung intraabdomineller Abszesse darstelle. Angesichts des in der Dokumentation nicht beschriebenen Divertikels sei auch als ausgeschlossen zu betrachten, dass eine divertikle Perforation quasi als Zweiterkrankung ursächlich für den weiteren negativen Gesundheitsverlauf des Klägers verantwortlich sei. Das Landgericht habe angesichts der massiven antibiotischen Therapie die CRP-Werte fehlerhaft als fehlende Symptome eines septischen Krankheitsbildes gewertet. Bezogen auf die postoperativen Beschwerden habe sich die postoperative Behandlung des Klägers tatsächlich als nicht fachgerecht dargestellt. Angesichts der nach dem ersten postoperativen Tag unterbliebenen Einträge in der Patientendokumentation und des im Pflegebericht am zweiten postoperativen Tag als "blutig-serös" beschriebenen Drainagesekrets sei die Schlussfolgerung, dass sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen lasse, dass das Sekret trübe gewesen sei, nicht nachvollziehbar. Aus dem Vorliegen trüben Sekrets hätte sich aber eine Notwendigkeit zur Erhebung weiterer Befunde ergeben, die zu einer frühzeitigen Intervention hätten führen können. Überdies habe bereits die Fehllage der Drainage die Möglichkeit der Bewertung des Drainagesekrets ausgeschlossen. Es sei für die behandelnden Ärzte weitaus frühzeitiger erkennbar gewesen, dass der Kläger die später bei der Revisionsoperation festgestellte entzündliche Problematik in sich getragen habe. Die abwartende Haltung sei angesichts der dringlichen Notwendigkeit für einen zeitnahen Revisionseingriff nicht mehr als medizinisch vertretbar zu bewerten. Bei frühzeitiger Durchführung dieses Eingriffs vor dem 16.10.2008 hätte er unter weitaus geringeren Verletzungsfolgen gelitten und von einem schnelleren Heilungsverlauf profitiert.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 24.06.2014 verkündeten Urteil des Landgerichts Bielefeld - 4 O 372/09 -

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 10.04.2009;

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 3.554,09 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 10.04.2009 zu zahlen;

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner vorbehaltlich des Anspruchsübergangs auf den Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte verpflichtet sind, ihm allen künftigen materiellen Schaden und den weiteren unvorhersehbaren immateriellen Schaden aus der ärztlichen Fehlbehandlung ab dem 07.10.2008 zu ersetzen.

4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, weitere Anwaltskosten in Höhe von 1.411,28 EUR zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,  
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Das umsichtige Handeln der Beklagten habe das Leben des Klägers gerettet. Es sei lege artis, im konkreten Fall durch die laparoskopische Operation den Gesamtüberblick über die abdominellen Verhältnisse zu gewinnen und eine Spülbehandlung intraoperativ sorgsam und zielführend durchzuführen. Dies müsse als selbstverständlicher Operationsschritt nicht dokumentiert werden. Der Zielbefund habe sich sofort im rechten Unterbauch gezeigt, in dem sich putride Flüssigkeit bzw. eine lokale Peritonitis dargestellt habe. Die zielgerichtete Dokumentation sei insbesondere gerechtfertigt, wenn wie vorliegend der Stumpfverschluss des Appendix sicher gelänge. Es sei sodann standardgerecht eine antibiotische Therapie durchgeführt worden. Man habe bei der Revisionsoperation auch keine Stumpfinsuffizienz nach laparoskopischer Appendektomie gefunden, sondern eine Perforation eines Pseudodivertikels des Sykalpols mit interenterischen Abszessen. Diese eindeutige Zweiterkrankung habe die entzündlichen Befunde und Prozesse hervorgerufen und sei im histologischen Befund klar beschrieben worden. Die auf den 12.10.2008 rückläufigen Entzündungsparameter und auch die CT-Untersuchung hätten die Zweiterkrankung nicht eindeutig angezeigt. Trotz korrekt durchgeführter Operation mit ausgiebiger Spülung könne es zu postoperativ entzündlichen Problemen mit Darmpassagen-Behinderung oder entzündlichem Verhalten kommen.

Der Senat hat den Kläger und die Beklagten (2) und 3) persönlich angehört. Ferner hat der Sachverständige Dr. S sein Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen der weiteren Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 07.07.2015 nebst Berichterstattervermerk verwiesen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet.

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Schmerzensgeldzahlung, Schadensersatz und Feststellung zukünftiger Ersatzpflicht stehen ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Es kommen weder vertragliche Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag gemäß §§ 611, 278, 280 Abs. 1, 249, 253 Abs. 2 BGB gegenüber der Beklagten zu 1) noch deliktische Ansprüche gemäß §§ 823 Abs. 1, 831, 249, 253 Abs. 2 BGB gegenüber den Beklagten zu 1) bis 3) in Betracht.

Der Senat stützt sich dabei auf die nachfolgenden Gründe auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. L2 sowie die umfassenden und überzeugenden Ausführungen des Mitverfassers Priv. Doz. Dr. S bei seiner Anhörung vor dem Senat. An der hohen Qualifikation und Sachkunde der Sachverständigen im Bereich der Chirurgie und Viszeralchirurgie bestehen keine Zweifel. Der Sachverständige Dr. S hat sich bereits erstinstanzlich dezidiert mit den vorhandenen Krankenunterlagen und dem zu begutachtenden Sachverhalt auseinandergesetzt. Er hat auch im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat seine Feststellungen und fachlichen Beurteilungen unter Berücksichtigung sämtlicher Befunde und der einschlägigen Literatur überzeugend vertreten.

Der Kläger hat den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht, dass es in Zusammenhang mit seiner stationären Behandlung in der Zeit vom 07.10.2008 bis 14.10.2008 im Krankenhaus der Beklagten zu einem vorwerfbaren Behandlungsfehler gekommen ist, der eine Haftung der Beklagten begründen würde.

1. Ohne Erfolg legt der Kläger den Beklagten im Berufungsverfahren weiterhin Behandlungsfehler in Zusammenhang mit der am 07.10.2008 bei der Beklagten zu 1) erfolgten laparoskopischen Appendizitis zur Last.

Das Landgericht ist gestützt auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. L2 und die mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen Priv. Doz. Dr. S zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger in der Klinik insgesamt fachgerecht behandelt worden ist.

a) Die Operation vom 07.10.2008 war angesichts des Vorliegens einer akuten, perforierten Appendizitis mit beginnender Unterbauchperitonitis als lebensrettender Notfalleingriff indiziert.

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass als Operationsverfahren die laparoskopische Appendektomie gewählt worden ist. Auch wenn das laparoskopische Verfahren nach Angabe des Sachverständigen bei perforierter Appendizitis "mit einer erhöhten Inzidenz intraabdomineller Abszesse assoziiert zu sein scheint", weil man nicht so gut spülen kann und Fibrinrückstände nicht so gut abgetragen werden können, bietet es andererseits gegenüber dem offenen Verfahren mehrere Vorteile. Die Laparoskopie bietet den Vorteil, dass man trotz kleinerer Schnittführung eine bessere Rundumsicht hat, da die Kamera im gesamten Bauchraum des Patienten bewegt werden kann. Insbesondere treten im Vergleich zum offenen Verfahren weniger Wundinfektionen auf. Nachdem auch bei primär offener Operation die Entstehung intraabdomineller Abszesse möglich gewesen wäre, stellt die Durchführung einer laparoskopischen Appendektomie danach im Ergebnis auch bei perforierter Appendizitis keinen Behandlungsfehler dar.

Der Sachverständige hat im Rahmen der von ihm vorgenommenen Bewertung der Risikoträchtigkeit der gewählten laparoskopischen Appendektomie im Vergleich zur offenen Appendektomie ausgeführt, dass es nur bei Vorliegen einer schweren 4-Quadranten-Peritonitis mit perforiertem Appendix gegebenenfalls besser gewesen wäre, offen zu operieren mit einem großen Schnitt. Nachdem von einer solchen aber aus ex ante Sicht nicht auszugehen war und sie auch tatsächlich beim Kläger nicht vorgelegen hat, ist die Entscheidung für die Laparoskopie aber in jedem Fall nicht zu beanstanden. Die Laparoskopie wird mittlerweile in der Literatur bevorzugt und stellt das Mittel der Wahl dar, welches seinen Angaben nach auch der Sachverständige selbst in einem derartigen Fall angewendet hätte.

b) Die Operation vom 07.10.2008 ist aus gutachterlicher Sicht fachgerecht durchgeführt worden, ohne dass es hierbei zu einer vermeidbar fehlerhaften Beeinträchtigung und/oder Erkrankung des Darms gekommen ist. Es wurde eine laparoskopische Appendektomie regelrecht durchgeführt, wobei ein Eingriff mit einem kleinen Schnitt von 2-3 cm gewählt wurde.

aa) Entgegen dem Vorbringen des Klägers ist im Operationsbericht ausdrücklich dokumentiert, dass eine intraoperative Lavage stattgefunden hat. Der Sachverständige hat insoweit lediglich angeführt, dass bei fehlenden detaillierten Angaben im Operationsbericht unklar bleibt, wie ausgedehnt diese Lavage durchgeführt worden ist.

Die peritoneale Lavage wird im Rahmen einer laparoskopischen Appendektomie nach Angabe des Sachverständigen kontrovers diskutiert. Der Schweregrad der Peritonitis ist maßgeblich für den Umfang der Spülung. Bei der beim Kläger vorliegenden frisch perforierten Appendizitis ist nach einer Studie, die eine ausgiebige Lavage der gesamten Abdominalhöhle favorisiert, eine Spülung in geringerem Umfang erforderlich, während nach einer anderen Studie nur sehr geringfügig bis gar nicht gespült werden soll. Der Sachverständige vermochte den genauen Schweregrad der klägerischen Peritonitis nicht anzugeben, sieht die Bedeutung der Lavage aber besonders bei einer frisch perforierten Appendizitis mit lokal perforierter Peritonitis als hoch an. Retrospektiv hätte seinen Angaben nach das Risiko einer Abszessbildung am Zökalpol durch eine Lavage möglicherweise minimiert werden können. Aufgrund der widersprüchlichen Literatur vermochte der Sachverständige aber selbst eine unterlassene Lavage nicht als primär fehlerhaft anzusehen.

Eine Lavage hat ausweislich der Angaben des Beklagten zu 3) im Streitfall stattgefunden und ist im OP-Bericht entsprechend dokumentiert worden. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Ursache für die spätere Entzündung in einer nicht ausreichenden Spülung liegen könnte, sind nicht ersichtlich.

bb) Den Beklagten ist weiter nicht vorzuwerfen, die Drainage an der falschen Stelle eingebracht zu haben. Im Rahmen seiner erstinstanzlichen mündlichen Erläuterungen hat der Sachverständige die Lage der intraoperativ eingebrachten Drainage als "suboptimal" bezeichnet. Er hat kritisiert, dass diese am Oberbauch lag, während sie seiner Auffassung nach näher am Zökalpol, d.h. im Unterbauch, eingebracht werden müsste, weil eine Lage der Drainage im Oberbauch deutlich die Beurteilbarkeit des Drainagesekrets im Hinblick darauf reduziert, dass dieses später als Indikator für eventuell postoperativ zu treffende Maßnahmen herangezogen wird.

Nach Inaugenscheinnahme der Abdomenübersicht vom 08.10.2008 im Bericht der Radiologie vom 09.10.2008 hat der Sachverständige jedoch die Angabe des Beklagten zu 2) bestätigt, dass die Drainage zunächst ordnungsgemäß gelegt worden und erst später - etwa durch Patientenbewegung - gewandert ist.

c) Soweit die intraoperativ unterbliebene Abstrichentnahme zur Überzeugung des Senats als Befunderhebungsfehler einzustufen ist, kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass sich dieser im Streitfall auch zum Nachteil des Klägers ausgewirkt hat.

aa) Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten den Verzicht auf eine intraoperative Abstrichentnahme als "suboptimal" bewertet, da die Abstrichentnahme zur mikrobiologischen Untersuchung durchgeführt wird, um eine resistogrammgerechte antibiotische Therapie durchführen zu können. Gemäß aktueller Lehrmeinung sollte daher im Rahmen einer laparoskopischen Appendektomie bei perforierter Appendizitis mit begleitender Peritonitis "stets" eine Abstrichentnahme zur mikrobiologischen Untersuchung durchgeführt werden.

Im Rahmen seiner erstinstanzlichen mündlichen Anhörung hat der Sachverständige angesichts der beim Kläger vorliegenden frischen Perforation eine Abstrichentnahme zwar für "sicher besser", nach damaligem medizinischem Stand aber nicht für zwingend erforderlich gehalten. Aus einem Abstrich hätten sich möglicherweise andere Erkenntnisse zur Erreichung des Keimspektrums gewinnen lassen können.

Nach erneuter Anhörung des Sachverständigen sieht der Senat im Falle einer perforierten Appendizitis mit begleitender Peritonitis eine Abstrichentnahme trotz intra- und postoperativer Gabe eines Breitband-Antibiotikums gleichwohl als aus medizinischer Sicht erforderlich an und stuft ein derartiges Unterlassen als schuldhaftes Fehlverhalten ein.

Der Sachverständige hat klargestellt, dass die Abstrichentnahme in seiner Klinik absoluter medizinischer Standard ist, da es Keime gibt, die auf Breitband-Antibiotika resistent sind. Es ist nach seinen überzeugenden Ausführungen immer besser, dass genaue Keimspektrum zu kennen. Gehen die Entzündungs-

werte eines Patienten nicht herunter, kann man so viel genauer reagieren. Man reagiert intra- und unmittelbar postoperativ - wie dies auch im Streitfall erfolgt ist - immer zunächst mit einem Breitbandantibiotikum auf das zu erwartende Keimspektrum. Liegt der genaue Befund dann aber 3 bis spätestens 5 Tage nach einem Abstrich vor, versetzt dieser den behandelnden Arzt erst in die Lage, genau auf eine bestehende Infektion zu reagieren. Geht es dem Patienten nicht besser, kann man vom Zeitpunkt des Vorliegens des Befundes aus gezielt auf ein anderes Antibiotikum umsteigen.

Soweit man dem Patienten aber entsprechend den Angaben des Sachverständigen ohne Abstrich die Chance nimmt, gezielt mit einem Antibiotikum den Keim zu bekämpfen, liegt eine Abweichung vom medizinischen Standard in Form eines Befunderhebungsfehlers vor. Da die entsprechenden Erkenntnisse sämtlich bereits im Jahr 2008 vorgelegen haben, ist auch im Streitfall die unterlassene Abstrichentnahme als vorwerfbar anzusehen. Die demgegenüber vom Beklagten zu 2) angeführten Kosten/Nutzen Gesichtspunkte vermögen nicht zu verfangen. Ohne Abstrichentnahme wird dem Patienten die Chance genommen, durch Einzelbestimmung des Keimes nach 3 bis maximal 5 Tagen ein effizientes neues Medikament einzusetzen. Hierdurch lässt man die Möglichkeit auf eine rechtzeitige Risikoeindämmung trotz Vorliegens eines in Form des Abstrichs jederzeit verfügbaren einfachen Mittels verstreichen. Schlägt das zunächst verabreichte Breitband-Antibiotikum nicht an, verbleibt selbst nach Angabe der Beklagten allein die Möglichkeit, den Abstrich nachzuholen und damit zwingend eine weitere Zeitverzögerung um mehrere Tage in Kauf zu nehmen oder "blind" ein anderes Antibiotikum zu versuchen und auf dessen Wirksamkeit zu hoffen. Die einfache Erkenntnisquelle, die man mit einem Abstrich gewinnt, muss man nach Auffassung des Senats bei einer derartigen perforierten Appendizitis mit begleitender Peritonitis nutzen. Anderenfalls hat man insbesondere für den Fall des worst case nicht das aus medizinischer Sicht Erforderliche getan.

bb) Der in der fehlenden Abstrichentnahme liegende Befunderhebungsfehler hat sich jedoch im Streitfall nicht ausgewirkt. Der Kläger hat insoweit den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht, dass der hierdurch zu bestimmende Einzelkeim eine Änderung des Antibiotikums erfordert hätte. Nach Angabe des Sachverständigen ist es rein spekulativ, welches Ergebnis ein Abstrich im Streitfall erbracht hätte. Es ist dagegen aufgrund der dokumentierten Entzündungswerte als überwiegend wahrscheinlich anzusehen, dass seitens der Beklagten, die eine vergleichsweise breite antibiotische Therapie mit Metronidazol und Mezlocillin durchgeführt haben, intra- und postoperativ die richtige Antibiose ausgewählt worden ist. Damit kann auch nicht festgestellt werden, dass die durch Untersuchung des Abstriches gewonnenen Erkenntnisse zum Vorliegen eines konkreten Keims auf eine dringliche zeitnahe Revisionsoperation hingedeutet hätten.

Dem Kläger kommt vorliegend keine Beweislastumkehr zugute. Der Senat vermochte die unterlassene Abstrichentnahme noch nicht als groben Befunderhebungsfehler einzustufen. Ein grober Behandlungsfehler liegt nur dann vor, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (st. Rspr. vgl. BGH Urt. v. 04.10.1994 - VI ZR 205/93, VersR 1995, 46; BGH Urt. v. 03.07.2001 - VI ZR 418/99, VersR 2001, 1116). Gestützt auf die ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen ist die unterlassene Abstrichentnahme vom 07.10.2008 noch nicht als ein solcher grober Befunderhebungsfehler anzusehen. Die wertende Entscheidung, ob die Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers erfüllt sind, muss auf ausreichenden tatsächlichen Feststellungen beruhen, die sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen und auf dieser Grundlage die juristische Gewichtung des ärztlichen Vorgehens als grob fehlerhaft zu tragen vermögen. Es ist dem Tatrichter nicht gestattet, ohne entsprechende medizinische Darlegung des Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler aus eigener Wertung zu bejahen (BGH Urt. v. 03.07.2001 - VI ZR 418/99, VersR 2001, 1116). Der Sachverständige hat es angesichts der auf das zu erwartende Keimspektrum abgestimmten Antibiose mit einem Breitband-Antibiotikum auch nach mehrfacher Nachfrage des Senats nicht als Verstoß gegen das "Dickgedruckte" angesehen, hier einen Abstrich zu unterlassen.

Soweit bereits unterhalb der Schwelle zum groben Behandlungsfehler eine Beweislastumkehr bezüglich des Primärschadens in Betracht kommen kann, liegen deren Voraussetzungen im Streitfall nicht vor. Eine Beweislastumkehr ist auch bei einem einfachen Befunderhebungsfehler gerechtfertigt, wenn die unterlassene Befunderhebung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte und sich die Verkennung des Befundes als fundamental oder das Verhalten des Arztes auf der Basis dieses Ergebnisses als grob fehlerhaft darstellen würde (vgl. BGH Urt. v. 13.02.1996 - VI ZR 402/94, NJW 1996, 1589). Eine Abstrichentnahme bei dem Kläger hätte voraussichtlich zur Bestimmung des konkret vorhandenen Keims geführt. Man hätte dann das Antibiotikum entweder beibehalten oder hätte auf ein anderes Antibiotikum umgeschwenkt. Es bleibt nach Angabe des Sachverständigen jedoch spekulativ, ob die Keimbestimmung überhaupt konkreten Anlass gegeben hätte, das Antibiotikum zu wechseln. Damit kann aber nicht festgestellt werden, ob der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein positives und deshalb aus medizinischer Sicht reaktionspflichtiges Ergebnis gehabt hätte.

2. Ohne Erfolg rügt der Kläger mit der Berufung weiter das postoperative Behandlungsregime der Beklagten.

Im postoperativen Verlauf ist es bei dem Kläger zu einer intraabdominellen postoperativen Abszessbildung gekommen, welche schließlich die Revisionsoperation vom 16.10.2008 erforderlich gemacht hat.

a) Die bei dem Kläger unmittelbar postoperativ aufgetretene Passagestörung ist seitens der Beklagten nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts fachgerecht mit konservativen Maßnahmen behandelt worden. Überdies sind die zur möglichst frühzeitigen Erkennung postoperativer Komplikationen erforderlichen klinischen, laborchemischen und radiologischen Untersuchungen durchgeführt worden. Die Beklagten durften nach Angabe des Sachverständigen bei rückläufigen Infektionsparametern, serösem Sekret in der Wunddrainage und Fehlen von Symptomen eines septischen Krankheitsbildes wie Fieber, Tachykardie oder Hypotonie von einem primären postoperativen (paralytischen) Ileus ausgehen. Auch die postoperativ durchgeführte radiologische Bildgebung ergab keine eindeutigen Hinweise auf das Vorliegen eines infektiösen intraabdominellen Fokus. Insofern hat der Sachverständige es als nachvollziehbar und vertretbar bezeichnet, dass von einem primären postoperativen Ileus ausgegangen wurde und ein konservativer Therapieansatz ohne erneuten operativen Eingriff verfolgt wurde.

Das Auftreten der später festgestellten Abszesse stellt eine häufige Komplikation nach perforierter Appendizitis dar. Für die behandelnden Ärzte war aber entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen angesichts der postoperativen Befunde gerade nicht erkennbar, dass der Kläger diese entzündliche Problematik bei sich trug. Der Grund liegt darin, dass die Entzündungswerte nach einem als normal anzusehenden Anstieg dann kontinuierlich abgefallen sind, der Kläger mobilisiert werden konnte und die Schmerzsymptomatik jedenfalls nicht derartig ausgeprägt war, dass daraus andere Erkenntnisse im Hinblick auf eine sofortige Operation zu ziehen gewesen wären.

b) Entgegen der Auffassung des Klägers war es für die behandelnden Ärzte gerade nicht weitaus frühzeitiger erkennbar, dass er die später bei der Revisionsoperation festgestellte entzündliche Problematik in sich getragen hat.

aa) Der Sachverständige hat nochmals bestätigt, dass die dokumentierten CRP-Werte nicht als Symptome eines septischen Krankheitsbildes zu werten sind. Der zunächst unmittelbar postoperativ dokumentierte Anstieg der Entzündungswerte ist nach einem derartigen schwerwiegenden Eingriff als normal anzusehen. Die Werte geben nur wieder, dass der Kläger eine schwere Appendizitis hatte. Am 2. oder 3. postoperativen Tag steigen die Entzündungswerte häufig an. Maßgeblich für die Beurteilung ist, dass die Entzündungswerte danach kontinuierlich abgefallen sind.

bb) Soweit der Sachverständige bemängelt hat, dass sich mit Ausnahme des klinischen Befundes bei der Aufnahme des Klägers in der gesamten Krankenakte keine weitere dokumentierte ärztliche Untersuchung des Abdomens befindet, hat der Senat bereits erhebliche Zweifel, ob eine derart selbstverständliche klinische Untersuchung angesichts der umfassend durchgeführten täglichen Untersuchungen überhaupt zwingend zu dokumentieren ist, wenn sich hierbei keine Auffälligkeiten zeigen. Zudem hat der Beklagte zu 2) im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch den Senat angegeben, dass er postoperativ den Bauchraum des Klägers abgetastet hat. Schließlich hätte sich - eine Unterlassung der medizinisch gebotenen Untersuchung unterstellt - dieser Mangel nicht nachteilig ausgewirkt. In den Unterlagen des Klinikums I befindet sich ein Untersuchungsbefund des Abdomens, in dem die Bauchdecke des Klägers als weich beschrieben wird, so dass nach Angabe des Sachverständigen anhand des klinischen Zustands des Klägers auch dort zunächst keine Indikation zur sofortigen Operation gestellt worden ist. Nur das Vorliegen eines akuten Abdomens mit generalisierter Abwehrspannung hätte nach Angabe des Sachverständigen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer frühzeitigeren Revision geführt. Nachdem ein solcher Untersuchungsbefund aber nicht einmal nach der Verlegung des Klägers in das Klinikum I vorgelegen hat, hätte eine ordnungsgemäße Untersuchung des Abdomens im Haus der Beklagten zu 1) nicht zu einem handlungspflichtigen Befund geführt.

cc) Der Senat vermag auch keinen Dokumentationsmangel darin zu sehen, dass nach dem ersten postoperativen Tag das Drainagesekret nicht mehr beschrieben worden ist. Die Kontrolle des Drainagesekrets ist nach Angabe des Sachverständigen erforderlich, weil sich daraus eventuell Rückschlüsse für die Behandlung ergeben, vor dem Hintergrund, dass man in den Bauchraum nicht mehr hineinsehen kann. Der Austritt von trübem Sekret über die einliegende Drainage hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer frühzeitigeren Intervention geführt. In der Dokumentation der Beklagten findet sich am ersten postoperativen Tag (08.10.2008) der Eintrag "Sekret wenig und klar". Im Anschluss daran hätte nur eine Änderung des Befundes zwingend einer Dokumentation seitens der Ärzte der Beklagten bedurft. Entsprechend hat auch der Sachverständige angegeben, dass die Dokumentation regelgerechter Befunde in seiner Klinik nur aus dem Grund erfolgt, um sich abzusichern. Wenn keine Auffälligkeiten dokumentiert sind, kann dies danach ohne weiteres bedeuten, dass auch keine vorhanden gewesen sind. Zudem vermochte der Sachverständige nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festzustellen, dass das Sekret ab dem zweiten postoperativen Tag oder im späteren Behandlungsverlauf im Krankenhaus der Beklagten zu 1) trübe gewesen wäre. Für diese Annahme fanden sich vielmehr keinerlei Anhaltspunkte.

c) Auf die am siebten postoperativen Tag (14.10.2008) auftretenden plötzlichen krampfartigen Schmerzen in der rechten Flanke ist durch Vornahme einer Sonographie des Abdomens und anschließender urologi-

scher Abklärung der festgestellten Harnabflussstörung rechts mit deutlich dilatiertem Nierenbecken seitens der Beklagten zum Ausschluss des Verdachts eines Harnleiterkonkrementes regel- und zeitgerecht reagiert worden. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat insoweit bestätigt, dass die Konsilüberweisung in die Urologische Klinik in jedem Falle richtig gewesen ist.

d) Im Anschluss wurde der Kläger in I auf der chirurgischen Station, auf die er auf eigenen Wunsch hin verlegt worden ist, zunächst weiter konservativ behandelt, bis nach einer ohne wegweisenden Befund bleibenden Koloskopie eine explorative Laparoskopie durchgeführt wurde, die multiple intraabdominelle Abszesse zeigte, welche im offenen Verfahren behandelt wurden. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist insoweit nach Angabe des Sachverständigen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch nicht von einer Zweiterkrankung auszugehen, wenn eine solche auch grundsätzlich möglich gewesen ist.

Der Sachverständige hat allerdings ausgeführt, dass der Befund des Vorliegens multipler intraabdomineller Abszesse bei undulierenden, lediglich moderat erhöhten Entzündungsparametern und insoweit unauffälliger radiologischer Diagnostik nicht zu erwarten war. Vielmehr durften die Beklagten - wie oben bereits ausgeführt - zunächst vom Vorliegen eines paralytischen Ileus ausgehen, der ohne weiteres als unmittelbare Folge der Operation eintreten kann und ebenfalls eine typische Komplikation des Eingriffs darstellt. Über einen Zeitraum von 7 Tagen postoperativ ist so etwas nach Angabe des Sachverständigen nicht ungewöhnlich, zumal die Befunde für einen paralytischen Ileus gesprochen haben. Die CT-Befunde haben demgegenüber die intraabdominellen Abszesse gerade nicht eindeutig gezeigt. Erst in Klinikum I bestanden hierfür überhaupt erste Anzeichen. Der Sachverständige hat nochmals klargestellt, dass die Radiologie bei dem Kläger gerade keinen mechanischen Ileus beschrieben hat. Nur dann hätte man eine Operation in Betracht ziehen müssen. Alles sprach im Streitfall zunächst für einen paralytischen Ileus. Dieser passte zu dem vorliegenden schweren Krankheitsbefund und einem normalen postoperativen Heilungsverlauf.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.

9. **OLG Hamm, Urteil vom 03.07.2015 – I-26 U 104/14, 26 U 104/14 – \* Wird bei einer jugendlichen Patientin (15 Jahre) die Ursache eines erhöhten Blutdrucks (160/100) nicht abgeklärt, ist der Hausärztin ein Befunderhebungsfehler zur Last zu legen. Kommen weitere Alarmzeichen - mehrfache Bewusstlosigkeiten- hinzu, ist die mangelnde Befunderhebung als grober Behandlungsfehler der Hausärztin zu werten. Für den Verlust beider Nieren, der Dialysepflicht und 53 Folgeoperationen - darunter erfolglose Nierentransplantation - ist bei einer jugendlichen Patientin ein Schmerzensgeld von 200.000 EUR angemessen**

#### Leitsatz

**Wird bei einer jugendlichen Patientin (15 Jahre) die Ursache eines erhöhten Blutdrucks (160/100) nicht abgeklärt, ist der Hausärztin ein Befunderhebungsfehler zur Last zu legen. Kommen weitere Alarmzeichen -mehrfache Bewusstlosigkeiten- hinzu, ist die mangelnde Befunderhebung als grober Behandlungsfehler der Hausärztin zu werten. Für den Verlust beider Nieren, der Dialysepflicht und 53 Folgeoperationen - darunter erfolglose Nierentransplantation - ist bei einer jugendlichen Patientin ein Schmerzensgeld von 200.000 EUR angemessen.**

#### Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 09.05.2014 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt,

an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 200.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.06.2010 zu zahlen;

an die Klägerin 3.015,70 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.06.2010 für vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche weiteren zukünftigen materiellen Schäden zu ersetzen, welche ihr aus der fehlerhaften Behandlung in der Praxis der Beklagten in der Zeit von 09.2001 bis 03.2002 entstanden sind und noch entstehen werden sowie die zukünftigen, derzeit nicht absehbaren immateriellen Schäden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialleistungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen einer vermeintlich fehlerhaften ärztlichen Behandlung (Verken-  
nung einer Schrumpfnier) auf Schmerzensgeldzahlung sowie Feststellung zukünftiger Ersatzpflicht in  
Anspruch.

Die am .....1986 geborene Klägerin befand sich im Zeitraum von 03.1995 bis zum 25.3.2002 in regelmä-  
ßiger hausärztlicher Behandlung der Beklagten.

In den letzten zwei Jahren der Behandlungszeit stellte sich die Klägerin häufiger mit verschiedenen Be-  
schwerden in der Praxis der Beklagten vor. So stellte sie sich seit Anfang/Mitte 2001 mit Kopfschmerzen,  
wiederkehrendem starken Husten, Schlafproblemen sowie einer Schwellung im Fuß vor. Die Beklagte  
führte im 03.2001 eine Blutdruckmessung bei der Klägerin durch, die einen Blutdruck von 125/80 mmHg  
ergab. Seit 09.2001 wurde wiederholt eine Hypertonie festgestellt. Bei der Klägerin bestand zu diesem  
Zeitpunkt zudem eine krankhafte Fettsucht mit einem Body-Mass-Index von 37 und ein Nikotinabusus.

Am 11.9.2001 wurde bei ihr ein hypertensiver Blutdruck mit 160/100 mmHG gemessen. Eine von der  
Beklagten am Folgetag vorgenommene Blutdruckmessung ergab einen Blutdruck von 145/90 mmHG.  
Der anwesenden Mutter der Klägerin wurde erklärt, dass eine Blutdruckkontrolle notwendig sei und es  
wurde eine Wiedervorstellung für die darauf folgende Woche vereinbart. Die Klägerin stellte sich jedoch  
erst am 24.10.2001 wieder bei der Beklagten vor.

Am 12.11.2001 stellte sich die Klägerin erneut in der Praxis der Beklagten vor. Bis zu diesem Zeitpunkt  
war sie aufgrund von Kreislaufproblemen viermal bewusstlos geworden. Die Klägerin teilte der Beklagten  
zugleich mit, dass sie sich bei anderen Ärzten wegen vorgenannter Kreislaufprobleme nicht vorgestellt  
habe. Die Beklagte stellte der Klägerin daraufhin eine Überweisung zum Internisten bzw. Kardiologen zur  
weiteren Diagnostik einer sekundären Hypertonie aus und bot der Klägerin weitere regelmäßige Blut-  
druckkontrollen in den Abendstunden an, die von der Klägerin jedoch nicht wahrgenommen wurden.

Am 19.11.2001 erschien die Klägerin wegen einer Entzündung im Mund (stomatitis aphtosa) bei der Be-  
klagten. Über die Entzündung hinausgehende Beschwerden wurden nicht mitgeteilt. Am 12.12.2001  
nahm die Klägerin einen Impftermin in der Praxis der Beklagten wahr. Beschwerden teilte sie der Beklag-  
ten nicht mit.

Am 5.2.2002 suchte die Klägerin erstmalig seit dem 12.12.2001 die Praxis der Beklagten auf. Sie gab an,  
am Abend zuvor seien bei ihr Schwindel und Nasenbluten aufgetreten. Am Naseneingang befand sich an  
typischer Stelle eine klinisch alte Plexusblutung. Es wurde erneut eine Blutdruck-Entgleisung bei der Klä-  
gerin mit einem Blutdruck von 160/100 mmHg festgestellt. Auf Nachfrage teilte die Klägerin der Beklagten  
mit, dass sie noch keinen Termin bei einem Internisten vereinbart habe. Auf dringende Mahnung der  
Beklagten versprach die Klägerin, dies umgehend zu tun.

Am 21.2.2002 erfuhr die Beklagte, dass die Klägerin einen Termin bei einem Internisten für den 3.4.2002  
vereinbart hatte.

Letztmalig wurde bei der Klägerin von der Beklagten am 25.3.2002 der Blutdruck gemessen. Die Messung  
gab erneut einen überhöhten Blutdruck von 160/100 mmHg. Es wurde eine Virusinfektion diagnostiziert.  
Die Lunge war auskultatorisch frei.

Die Beklagte führte während der Behandlung der Klägerin seit 02.2001 keine Untersuchung der Blut- und  
Nierenwerte durch. In der Folgezeit wurden bei der Klägerin beidseitige Schrumpfnieren diagnostiziert.  
Sie unterzog sich zweier Nierentransplantationen, wobei die Krankheitsgeschichte der Klägerin in der Zeit  
nach dem 25.3.2002 zwischen den Parteien streitig ist.

Auf Veranlassung der AOK Westfalen-Lippe erstattete der medizinische Dienst der Krankenversicherung  
Westfalen-Lippe unter dem 26.10.2009 ein fachärztliches Gutachten (vgl. Bl. 105-108 d.A.).

Die Klägerin hat der Beklagten Behandlungsfehler vorgeworfen. Aufgrund der Symptomatik mit einer Blut-  
druckerhöhung am 11.9.2001 und einem Kollapsereignis sowie aufgrund des Umstandes, dass Sie bis  
zum 12.11.2001 weitere viermal synkopierte sei bei erhöhten Blutdruckwerten bis 160/100 mmHg, sei eine  
umfassende Diagnostik in Form von Laborkontrollen bzw. Urinuntersuchungen erforderlich gewesen. Eine  
entsprechende Basisdiagnostik hätte bereits zu diesem Zeitpunkt Hinweise auf eine Nierenfunktionsstö-  
rung ergeben. Das Unterlassen dieser Untersuchungen stelle einen groben Behandlungsfehler dar. Die  
Klägerin hat behauptet, sie habe sich aufgrund der fehlerhaften Behandlung durch die Beklagte seither  
insgesamt 53 Operationen unterziehen müssen. Am 19.5.2004 habe sie im Rahmen einer Nierentrans-  
plantation eine Spenderniere ihres Vaters erhalten. Die Leistung dieser Spenderniere sei aufgrund eines  
komplizierten Verlaufs erheblich gemindert gewesen. Aufgrund dessen sei am 19.5.2006 eine zweite Nie-  
rentransplantation bei ihr nach einer Lebendspende ihrer Mutter vorgenommen worden. Zum Ausgleich  
sei neben der Feststellung zukünftiger Ersatzpflicht ein Schmerzensgeld von mindestens 200.000 EUR  
angemessen; daneben die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.015,70 EUR.

Die Beklagte hat behauptet, die Behandlung sei sachgerecht durchgeführt worden. Die Klägerin wäre  
ferner auch ohne den behaupteten Behandlungsfehler dialysepflichtig geworden und hätte sich den durch-  
geführten Behandlungen und Operationen unterziehen müssen. Die irreversible Nierenschädigung habe

sich über die Jahre schleichend entwickelt und habe bereits im Zeitpunkt der ersten Symptome vorgelegen. Da beiderseits Schrumpfnieren unklarer Genese vorgelegen hätten, wäre auch bei einer früheren Diagnostik eine Wiedergenesung nicht eingetreten. Patienten seien durch das Hinauszögern einer Dialyse nicht gefährdet und hätten auch keine Einbußen bei der Lebensqualität hinzunehmen.

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens abgewiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme liege zwar ein Behandlungsfehler seitens der Beklagten vor, dieser habe jedoch zu keiner kausalen Schädigung der Klägerin geführt. Die Beklagte habe bei der Klägerin während der Behandlung bis zum 25.3.2002 eine Niereninsuffizienz behandlungsfehlerhaft nicht erkannt. Aufgrund der von 09.2001 bis 03.2002 wiederholt erhöhten systolischen und diastolischen Blutdruckwerte der damals fünfzehn- bzw. sechzehnjährigen Klägerin sei eine umfassende Ursachendiagnostik im 09.2001 bzw. den Folgemonaten, insbesondere nach den berichteten viermaligen synkopalen Ereignissen bis zum 12.11.2001 notwendig gewesen. Die Symptome der Klägerin seien initial unspezifisch gewesen; allerdings hätten einige Symptome eine Nierenfunktionseinschränkung vermuten lassen, so dass eine weitere Diagnostik frühzeitig notwendig gewesen sei. Wiederholt erhöhte Blutdruckwerte, insbesondere in Kombination mit Kollaps bzw. synkopalen Ereignissen (Bewusstlosigkeit) hätten trotz der Risikofaktoren der Klägerin frühzeitig im Hinblick auf das Vorliegen einer sekundären Hypertonie abgeklärt werden müssen. Unter Berücksichtigung der Blutdruckwerte sowie vor dem Hintergrund der Angaben der Beklagten für die Gründe der ausgestellten Schulatteste habe sich für den Zeitraum vor Herbst 2001 keine Erforderlichkeit einer erweiterten Basisdiagnostik ergeben. Ab Mitte 09.2001 hätte der festgestellte zu hohe Blutdruckwert dagegen als Alarmzeichen gewertet werden müssen, so dass die Erforderlichkeit bestanden habe, wegen der Blutdruckwerte eine weitere Diagnostik herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund hätte nach dem einzuhaltenden Standard in den Folgetagen die Patientin täglich eingestellt werden müssen, um Blutdruckmessungen vorzunehmen. Es hätte dann eine Langzeit-Blutdruckmessung durchgeführt werden müssen, bei der mit Wahrscheinlichkeit auch in der Folgezeit zu hohe Blutdruckwerte festgestellt worden wären. In diesem Falle wäre eine Überweisung notwendig gewesen; zugleich hätten noch die Urin- und Blutdruckwerte in der Praxis festgestellt werden müssen. Die Ursache des hohen Blutdruckwertes hätte ein Kardiologe, ein Internist oder ein Nephrologe sicher erkannt. Sofern man bei der Erforderlichkeit weiterer Diagnostik Mitte 09.2001 ansetze, käme man unter Berücksichtigung des erforderlichen Zeitraums der Überprüfung des Blutdrucks zu einer Verzögerung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Kardiologe eingeschaltet worden sei, von etwa 6 Wochen. Es liege ein Befunderhebungsfehler dahingehend vor, dass die Beklagte keine weiterführende ausführliche internistische Diagnostik eingeleitet bzw. durchgeführt habe.

Die Klägerin habe jedoch den Vollbeweis der haftungsbegründenden Kausalität nicht geführt. Es sei davon auszugehen, dass bereits im 09.2001 im Rahmen der erstmalig dokumentierten erhöhten Blutdruckwerte höchstwahrscheinlich eine weit fortgeschrittene Beeinträchtigung der Nierenfunktion bestanden habe und trotz früherer Diagnosestellung das Endstadium der Erkrankung der Patientin nicht hätte verhindert werden können. Zum Zeitpunkt der Behandlung der Klägerin im Klinikum in N im Frühjahr 2002 habe sich die Niereninsuffizienz bereits im Endstadium befunden und die Niere sei schon so weit geschrumpft gewesen, dass eine Punktion nicht mehr möglich gewesen sei. Ein hoher Blutdruck sei ein Symptom für eine weit fortgeschrittene Nierenerkrankung. Es sei davon auszugehen, dass Mitte bzw. Ende 10.2001 bereits 2/3 der Nierenfunktion schon verloren gegangen sei. Initial habe diese Erkrankung häufig keine oder nur schwer feststellbare Symptome. Möglicherweise wäre bei einer Behandlung schon im 09.2001 allein eine Verschiebung der ohnehin später notwendigen Dialyse um wenige Monate möglich gewesen.

Im vorliegenden Fall griffen die Grundsätze der Beweislastumkehr nicht ein. Ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis der gebotenen Befunderhebung sei nach den Ausführungen des Sachverständigen zu bejahen. Hiernach habe höchstwahrscheinlich bereits im 09.2001 eine weit fortgeschrittene Beeinträchtigung der Nierenfunktion bestanden. Allerdings stelle sich die Verkennung des Befundes bzw. die Nichtreaktion hierauf nicht als grob fehlerhaft dar. Der Beklagten sei aus sachverständiger Sicht kein grober Behandlungsfehler vorzuwerfen. Die Symptomatik der Patientin in der hausärztlichen Praxis sei unspezifisch gewesen; nach Durchsicht der Unterlagen bliebe unklar, warum die Überweisung zum Kardiologen vom 12.11.2001, die möglicherweise den Prozess der Diagnosestellung beschleunigt hätte, erst für den 2.4.2002 terminiert worden sei; schließlich hätte eine frühere Diagnose der Nierenfunktionseinschränkung möglicherweise eine Dialyse hinausgezögert, aber letztlich nicht verhindert. Die Beklagte habe immerhin einen Kardiologen eingeschaltet, was bedeute, dass eine Reaktion auf die Beschwerden und Blutdruckwerte der Klägerin erfolgt sei. Ferner habe der Sachverständige ausgeführt, dass sich die Klägerin nicht aufgrund eines Behandlungsfehlers der Beklagten zweier Nierentransplantationen habe unterziehen müssen. Auch die stattgefundenen 53 Operationen seien nicht auf den Behandlungsfehler zurückzuführen. Die Klägerin habe sich wiederholt in stationärer Behandlung aufgrund der im 04.2002 diagnostizierten terminalen, dialysepflichtigen Niereninsuffizienz unklarer Genese befunden. Die 53 Operationen seien zu einem großen Teil auf sekundäre Komplikationen vorher erfolgter notwendiger Eingriffe wie z.B. Lokalin-

fektion der Punktionsstelle sowie Entwicklung eines Thrombus des rechten Herzvorhofs nach Demerskatheteranlage zurückzuführen. Diese könnten nicht der Beklagten zur Last gelegt werden, da sie seltene, allerdings mögliche Komplikationen im Rahmen der bei der Klägerin ohnehin notwendigen Interventionen bzw. Operation gewesen seien und nicht durch eine frühzeitige hausärztliche Diagnosestellung hätten verhindert werden können. In der Folge der Nierentransplantationen sei es zu etlichen transplantationsbedingten Komplikationen gekommen. Die Nierentransplantation gelte als Behandlungsmethode der Wahl bei Patienten mit einer terminalen Niereninsuffizienz, insbesondere bei jungen Menschen. Aus diesem Grund habe sich die Klägerin nicht aufgrund eines Behandlungsfehlers der Beklagten zweier Nierentransplantationen unterziehen müssen, sondern habe dies aufgrund der Überlegenheit der Nierentransplantationen gegenüber einer Dialyse per se als Behandlungskonzept einer terminalen Niereninsuffizienz getan. Aufgrund der Tatsache des Vorliegens von Schrumpfnieren im 04.2002 müsse von einer fortgeschrittenen bzw. präterminalen Nierenfunktionseinschränkung auch schon beim ersten Vorliegen der erhöhten Blutdruckwerte ausgegangen werden, so dass die Diagnoseverzögerung durch die Beklagte nicht die später notwendige Dialysepflicht oder die beiden Nierentransplantationen hätte verhindern können. Eine abweichende rechtliche Beurteilung ergebe sich auch nicht vor dem Hintergrund der (486) Fehlstunden der Klägerin in der Schule. Allein der Umstand dass zu den jeweiligen Fehlzeiten Infektionskrankheiten dokumentiert worden seien, bedeute nicht, dass zu diesen Zeitpunkten auch schon die erweiterte Diagnostik bei der Klägerin erforderlich gewesen sei.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihr erstinstanzliches Begehren vollumfänglich weiterverfolgt. Die Beklagte habe die Vielzahl der für die Schule notwendigen Krankschreibungen bagatellisiert, die in allen Fällen aufgrund ihrer ärztlichen Atteste begründet gewesen seien. Sie habe auf die Mitte 2001 vorliegenden Schwindelanfälle und das Nasenbluten der Klägerin, wie auch auf die vom deren Vater gemessenen Blutdruckwerte von 180/120 mmHG in keiner Weise reagiert, insbesondere keine weiteren diagnostischen Maßnahmen (vor 09.2001) eingeleitet. Die Beklagte habe offensichtlich die bei der Klägerin vorliegenden Symptome fehlgedeutet und sich darauf fokussiert gehabt, die Klägerin wolle die Schule schwänzen. Stattdessen habe Anlass bestanden, weitere diagnostische Maßnahmen zu veranlassen. Die Beklagte habe sich nicht auf eine Überweisung an einen Kardiologen beschränken dürfen. Die Synkopen seien nicht das einzige Anzeichen für eine notwendige weitergehende Diagnostik gewesen. Es komme auch auf das unter dem 5.6. sowie 12.6.2001 dokumentierte Nasenbluten an. Seien die einzelnen Anzeichen durchaus unspezifisch gewesen, so seien sie in ihrer Gesamtheit nicht zu übersehen gewesen. Das Landgericht habe nach Feststellung des Behandlungsfehlers die Beurteilung, ob es sich um einen groben oder einfachen Behandlungsfehler handele, rechtsfehlerhaft allein dem Sachverständigen überlassen.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 09.05.2014 (Az. 4 O 377/10) nach den für sie gestellten Schlussanträgen in erster Instanz zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Nach Vorliegen der am 12.09.2001 erstmals festgestellten erhöhten Blutdruckwerte habe die Klägerin den zur notwendigen Kontrolle vorgeschlagenen Termin zur Wiedervorstellung - entgegen der Vereinbarung - nicht wahrgenommen und sich erst wieder am 24.10.2001 ohne Beschwerden vorgestellt. Nach der erneuten Vorstellung vom 12.11.2001 sei angesichts der weiteren Kreislaufprobleme die Überweisung zum Internisten veranlasst worden. Die Überweisung sei zur weiteren diagnostischen Abklärung ausreichend gewesen. Signifikante Hinweise auf eine Nierenerkrankung hätten im Behandlungsverlauf nicht vorgelegen. Es sei wahrheitswidrig, wenn nunmehr klägerseits behauptet werde, dass alle Fehlstunden in der Schule durch Atteste der Beklagten entschuldigt gewesen sein sollen. Es seien insgesamt nur 5 Atteste ausgestellt worden, von denen 2 nicht in Zusammenhang mit der jetzigen Erkrankung der Klägerin stünden. Überdies sei bei der Klägerin kein kausaler Schaden eingetreten, da die weitere Leidensgeschichte mit zahlreichen Operationen nicht durch eine frühere Diagnosestellung zu verhindern gewesen wäre.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes, insbesondere auch des Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört. Ferner hat der Sachverständige Prof. Dr. F sein Gutachten mündlich erläutert und ergänzt. Wegen der weiteren Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 03.07.2015 nebst Berichterstattevermerk verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet.

Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden nach den §§ 611, 280, 249, 253 Abs. 2 BGB bzw. 823, 249, 253 Abs. 2 BGB zu.

Der Senat stützt sich dabei aus den nachfolgenden Gründen auf die erstinstanzliche Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. F sowie seine umfassenden und überzeugenden Ausführungen bei seiner Anhörung vor dem Senat. An der hohen Qualifikation und Sachkunde des Sachverständigen im Bereich der Inneren Medizin bestehen keine Zweifel. Der Sachverständige Prof. Dr. F hat sich bereits erstinstanzlich dezidiert mit dem zu beurteilenden medizinischen Sachverhalt und den vorhandenen Vorgutachten auseinandergesetzt. Er vermochte auch im Rahmen seiner Anhörung durch den Senat seine Feststellungen und fachlichen Beurteilungen unter Berücksichtigung sämtlicher Befunde überzeugend zu vertreten

1. Das Landgericht ist gestützt auf das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. F zunächst zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass Befunderhebungsfehler dahingehend vorliegen, dass die Beklagte trotz der von 09.2001 bis 03.2002 wiederholt erhöhten systolischen und diastolischen Blutdruckwerte sowie insbesondere der berichteten viermaligen synkopalen Ereignissen bis zum 12.11.2001 keine weiterführende ausführliche internistische Diagnostik eingeleitet bzw. durchgeführt hat.

a) Dabei ist der Beklagten bereits ein Befunderhebungsfehler in Zusammenhang mit der Vorstellung der Klägerin in ihrer Praxis am 11.09.2001 zur Last zu legen.

Der am 11.9.2001 gemessene Blutdruck von 160/100 bei einem fünfzehnjährigen Kind war zwar noch kein Alarmzeichen für einen lebensbedrohenden Befund, stellte aber nach Angabe des Sachverständigen einen krankhaften Befund, ein Krankheitszeichen dar, welches dringend der weiteren diagnostischen Abklärung bedurfte. Nachdem die Klägerin am Folgetag korrekter Weise erneut einbestellt wurde und sich dort ein Blutdruck von 145/90 ergab, bestand bei der Klägerin eine dringende Indikation, dem Befund der zweifach erhöhten Blutdruckwerte nachzugehen.

In der damaligen Situation der Klägerin hätte man nach dem erneuten hohen Blutdruck zunächst zwingend eine Langzeitblutdruckmessung veranlassen müssen und sich danach um eine Ultraschallmessung des Herzens oder der Niere bemühen müssen. Der Sachverständige hat insoweit ausgeführt, dass die Langzeitblutdruckmessung bedeutend ist, weil man damit tageszeitliche Schwankungen des Blutdrucks erfasst, die gerade Patienten mit einer sekundären Erkrankung nicht haben. Während gesunde Menschen immer eine Nachtabsenkung des Blutdrucks haben, kommt diese bei Patienten mit einer sekundären Erkrankung nicht vor. Nach Abklärung des Bluthochdrucks hätte ein ordnungsgemäßes fachärztliches Vorgehen eine Überweisung zum Nephrologen oder Kardiologen zur Folge gehabt. Die pathologischen Werte hätten in beiden Fällen bis Ende 09. vorgelegen; die Diagnose der Nierenschädigung wäre dann nach Angabe des Sachverständigen bis Ende 09.2001 sicher gewesen.

Die Beklagte hat nicht genug unternommen, um die Ursache für den Bluthochdruck der Klägerin abzuklären. Der Facharztstandard des Allgemeinmediziners ist vorliegend im Hinblick auf die bestehende Erforderlichkeit zur Vornahme weiterer Diagnostik nicht gewahrt gewesen. Die Langzeitblutdruckmessung war im 09.2001 zwingend erforderlich. Diese musste entweder über ein geeignetes Messgerät erfolgen oder durch wiederholte Messungen in der Praxis über viele Stunden hinweg. Selbst wenn es grundsätzlich auch ausreichend ist, wenn die Patientin die regelmäßigen Blutdruckmessungen zuhause vornimmt und ein entsprechendes Blutdruckprotokoll vorgelegt wird, hätten vorliegend die beiden selbst dokumentierten Messungen der Klägerin zu einer weiteren Anbindung der Patientin führen müssen. Wenn wie im Streitfall keine Rückmeldung der Patientin kommt und diese sich nicht wieder vorstellt, hätte der damals 15-jährigen Klägerin und ihren Eltern die hohe Dringlichkeit zur weiteren Abklärung verdeutlicht werden müssen. Es bestand eine dringende Indikation zur Feststellung der Blutdruckwerte. Es hätte damals einer dringenden Nachfrage nach dem Blutdruckprotokoll und den Blutdruckwerten bedurft.

b) Ein weiterer Befunderhebungsfehler ist weiter darin zu sehen, dass die Beklagte bei der erneuten Vorstellung der Klägerin am 12.11.2001 nach den ihr berichteten viermaligen synkopalen Ereignissen wiederum keine weiterführende ausführliche internistische Diagnostik eingeleitet bzw. durchgeführt hat.

Nach Mitteilung der mehrfachen Bewusstlosigkeiten am 12.11.2001 bestand eine dringliche Indikation zur Feststellung der Blutdruckwerte. Wiederholt erhöhte Blutdruckwerte, insbesondere in Kombination mit Kollaps bzw. synkopalen Ereignissen (Bewusstlosigkeit) hätten trotz der Risikofaktoren der Klägerin (Adipositas, Nikotinabusus) im Hinblick auf das Vorliegen einer sekundären Hypertonie abgeklärt werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt hätte es dringend der Mitteilung weiterer Blutdruckwerte der Klägerin bedurft. Da diese seinerzeit unstrittig nicht vorgelegen haben, reichte eine bloße Überweisung zum Kardiologen ohne zwischenzeitliche eigenständige Einleitung der Diagnostik in keinem Fall aus. Vielmehr wären nach Angabe des Sachverständigen aus fachärztlicher Sicht eines Allgemeinmediziners sogar eine stationäre Abklärung und eine Einweisung der Klägerin ins Krankenhaus erforderlich gewesen.

Vor diesem Hintergrund kann letztlich offenbleiben, ob der Beklagten auch eine möglicherweise nicht ausreichend dokumentierte Dringlichkeit der Überweisung zum Kardiologen behandlungsfehlerhaft vorzuwerfen ist. In einem derartigen Fall hat der Arzt nach Angabe des Sachverständigen allerdings einen Auftrag über die Person der jungen Patientin hinaus. Hier waren zwingend die Eltern einzubinden, wenn der jungen Patientin die Compliance fehlt. Dies gilt vor allem bei Nicht-Compliance im Hinblick auf einen Facharztbesuch.

c) Andererseits spricht auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Klägerin weiterhin nichts dafür, dass eine medizinische Indikation für eine weitergehende Diagnostik bereits (deutlich) vor 09.2001 vorgelegen hat. Der Sachverständige hat insoweit ausgeführt, dass sich unter Berücksichtigung der dokumentierten Blutdruckwerte bis 09.2001 und der Angaben der Beklagten zu den Gründen für die Schulatteste vor Herbst 2001 keine Erforderlichkeit für eine erweiterte Basisdiagnostik ergeben hat. Erst ab 09.2001 ergaben sich danach aufgrund der erstmalig vorliegenden hohen Blutdruckwerte entsprechende Alarmzeichen. Auch auf Vorhalt der 486 Fehlstunden ist der Sachverständige angesichts der dokumentierten Ursachen dabei verblieben, dass die überwiegend dokumentierten Infektionskrankheiten durchaus in Verbindung mit der Grunderkrankung stehen könnten, aber zu den jeweiligen Zeitpunkten nicht bereits eine weitergehende Diagnostik erforderlich gemacht haben. Auch das für den 5.6. und 12.6.2001 dokumentierte Nasenbluten der Klägerin hat der Sachverständige bei seiner Bewertung berücksichtigt.

2. Während es sich bei dem Behandlungsfehler vom 11.09./12.09.2001 um einen sog. einfachen Befunderhebungsfehler handelt, stellt sich die Unterlassung der Einleitung oder Durchführung einer weiterführenden ausführlichen internistischen Diagnostik am 12.11.2001 zur Überzeugung des Senats als grober Befunderhebungsfehler dar.

Der Beklagten ist vorzuwerfen, dass sie eine weiterführende Diagnostik nicht bereits früher, also bereits nach der Vorstellung der Klägerin vom 11.09.2001 sowie vor allem nach der Vorstellung vom 12.11.2001 vorangetrieben oder selbst durchgeführt hat. Eine erweiterte Basisdiagnostik, bestehend aus Laboruntersuchung, Urintest, Langzeitmessung von EKG und Blutdruck sowie der Durchführung einer Abdomensonographie hätte nach Angabe des Sachverständigen bedeutsame Hinweise geliefert und bei Unklarheiten der Befunde zu einer weiteren Überweisung zu einem Nephrologen bzw. Einweisung in eine Fachklinik geführt. Der gerichtliche Sachverständige stimmt hinsichtlich der Annahme und des Zeitpunkts eines Befunderhebungsfehlers auch vollumfänglich mit den beiden Gutachten des medizinischen Dienstes der Krankenversicherungen überein. Sowohl Dr. B in seinem Gutachten vom 06.04.2008 (Anl. B2, Bl. 83 ff d.A.) als auch Dr. B2 in ihrem Gutachten vom 26.10.2009 (Bl. 105 ff d.A.) sind nach Auswertung der Behandlungsdokumentation der Beklagten zu dem Ergebnis gelangt, dass eine umfassende internistische Diagnostik bereits im September/Oktober 2001 und spätestens nach den mehrfachen Synkopen bis zum 12.11.2001 zum Ausschluss einer sekundären Hypertonie erforderlich gewesen ist.

a) Das Nichterheben von Diagnostik- und Kontrollbefunden nach der erstmalig erfolgten Erhebung erhöhter Blutdruckwerte bei der Klägerin am 11.09.2001 stellt sich als sog. einfacher Befunderhebungsfehler dar. Hierbei ist zu beachten, dass nach Angabe des Sachverständigen bei der Klägerin zunächst insgesamt unspezifische Symptome vorlagen. Sekundäre Hypertonien machen nur ca. 10 % aller arteriellen Hypertonien aus. Dabei sind vor allem die Symptome einer chronischen Niereninsuffizienz sehr unspezifisch. Es können neben erhöhten Blutdruckwerten, generalisierter Ödemneigung, Müdigkeit und Kollapsereignissen unzählige weitere Beschwerden auftreten, die zusammenfassend eher unspezifisch sind und nicht einer chronischen Niereninsuffizienz allein zugeschrieben werden können. Man kommt in einem solchen Fall auch angesichts der Adipositas der Klägerin mit einem BMI von 35,7 (Körpergewicht 102 KG bei einer Körpergröße von 169 cm) nicht primär auf das Vorliegen einer Nierenerkrankung bei einer jungen Patientin. Das Unterlassen der gebotenen Befunderhebung stellt sich danach zu diesem Zeitpunkt nicht als Verstoß gegen elementare medizinische Standards dar.

b) Demgegenüber ist entgegen der Auffassung des Landgerichts von einem groben Befunderhebungsfehler der Beklagten am 12.11.2001 auszugehen.

Ein grober Befunderhebungsfehler ist ein Fehler, bei dem eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen wird und der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (vgl. BGH Urt. v. 13.01.1998 - VI ZR 242/96, VersR 1998, 457; vgl. zum groben Behandlungsfehler: BGH Urt. v. 11.06.1996 - VI ZR 172/95, VersR 1996, 1148; BGH Urt. v. 03.07.2001 - VI ZR 418/99, NJW 2001, S. 2795). Gestützt auf die ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen ist die unterlassene Befunderhebung vom 12.11.2001 zur Überzeugung des Senats als ein solcher grober Befunderhebungsfehler in Form der Unterlassung elementar gebotener diagnostischer Maßnahmen anzusehen.

Anders als die vorherigen Symptome waren die wiederholten Bewusstlosigkeiten der Klägerin im Oktober/November 2001 nicht mehr unspezifisch. Am 12.11.2001 musste man aus medizinischer Sicht in jedem Falle eingreifen. Die Bewusstlosigkeit oder Synkope bedeutet den völligen Verlust des Bewusstseins für Sekunden oder Minuten. Eine mehrfache Bewusstlosigkeit ist ein sehr ernst zu nehmender Befund. Das Unterbleiben weitergehender Diagnostik ist aus medizinischer Sicht nach Einschätzung des Sachverständigen, der sich der Senat anschließt, überhaupt nicht mehr nachvollziehbar und stellt einen groben Behandlungsfehler dar. Der Sachverständige hat insoweit gegenüber seinem erstinstanzlichen Gutachten nunmehr eine differenzierte Bewertung bzgl. der beiden Behandlungszeitpunkte im 09. und 11.2001 vorgenommen. Während er angesichts der unspezifischen Symptome für den 09.2001 bei seiner bisherigen Einschätzung verblieben ist, hat er seine Ausführungen bezüglich der Vorstellung der Klägerin in der Pra-

xis der Beklagten vom 12.11.2001 ergänzt. Da an diesem Tag trotz hoher Dringlichkeit keine Blutdruckwerte der Klägerin vorgelegen haben, hätte es angesichts der mehrfachen Bewusstlosigkeiten sogar einer stationären Abklärung und einer Überweisung ins Krankenhaus bedurft. Diesen schwerwiegenden Symptomen -wie im Streitfall- nicht nachzugehen, verstößt nach Angabe des Sachverständigen gegen das "Dickgedruckte" und stellt trotz der ohne eigene Diagnostik erfolgten Überweisung der Klägerin zu einem Kardiologen einen groben Behandlungsfehler dar.

3. Aufgrund der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme ist weiter zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass sämtliche nach der stationären Aufnahme im Klinikum N festgestellten Beeinträchtigungen der Nierenfunktion der Klägerin insbesondere die Dialysepflicht, die zwei Nierentransplantationen sowie die aufgetretenen Komplikationen mit insgesamt 53 Operationen auf die von der Beklagten zu vertretende zeitliche Verzögerung der Feststellung und Behandlung der Grunderkrankung der Klägerin zurückzuführen sind. Zwar kann die Klägerin eine solche Ursächlichkeit nicht mit der notwendigen Gewissheit (§ 286 BGB) beweisen. Jedoch greift zu ihren Gunsten eine Beweislastumkehr.

a) Dabei stellt es, wie soeben dargelegt, einen groben Befunderhebungsfehler dar, dass die Beklagte nicht spätestens am 12.11.2001 eine (stationäre) umfassende diagnostische Abklärung der Symptome der Klägerin veranlasst hat. Ist die Unterlassung der Befunderhebung selbst schon als grober Behandlungsfehler zu werten, kommt es bezüglich der kausalen Folgen eines solchen Befunderhebungsfehlers zu einer Beweislastumkehr.

b) Überdies ist unabhängig von der Annahme eines groben Behandlungsfehlers insgesamt hinsichtlich der Folgen der Befunderhebungsfehler vom 11.09.2001 und 12.11.2001 zugunsten der Klägerin von einer Beweislastumkehr auszugehen.

Eine Beweislastumkehr ist auch bei einem einfachen Befunderhebungsfehler gerechtfertigt, wenn die unterlassene Befunderhebung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte und sich die Verkennung des Befundes als fundamental oder das Verhalten des Arztes auf der Basis dieses Ergebnisses als grob fehlerhaft darstellen würde (vgl. BGH Ur. v. 13.02.1996 - VI ZR 402/94, VersR 1996, 633; BGH Ur. v. 13.01.1998 - VI ZR 242/96, VersR 1998, 457).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts greifen diese Grundsätze der Beweislastumkehr im Streitfall ein. Wie der Sachverständige bei seiner erneuten Anhörung durch den Senat bestätigt hat und wovon auch das Landgericht noch zutreffend ausgegangen ist, hätte sich bereits im 09.2001 und erst recht im 11.2001 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im Rahmen der erforderlichen weitergehenden Diagnostik ein positives reaktionspflichtiges Ergebnis in Form einer weitgehenden Beeinträchtigung der Nierenfunktion der Klägerin gezeigt. Bereits Ende 09.2001 hätte sich danach mit mehr als 80-prozentiger Wahrscheinlichkeit ein pathologischer Befund im Hinblick auf die Nieren der Klägerin ergeben. Auf diesen nicht mit weiteren umfassenden Behandlungsmaßnahmen zu reagieren, wäre aber aus medizinischer Sicht unverständlich und als grober Behandlungsfehler zu bewerten. So hat der Sachverständige im Senatstermin ausdrücklich ausgeführt, dass in jedem Falle ein grober Behandlungsfehler eines Nephrologen vorläge, wenn dieser bei einem solchen Befund untätig geblieben wäre. Die Behandlungskonsequenz hätte zunächst in der Vornahme einer Nierenpunktion zur Feststellung der Ursache der Nierenschädigung bestanden. Danach wären grundsätzlich 10-15 Behandlungsmethoden in Betracht gekommen. Eine davon wäre in jedem Falle die Blutdruckbehandlung gewesen. Eine Behandlung des Bluthochdruckes hätte zumindest zu einer Verzögerung der Progression der Nierenerkrankung führen können.

c) Aufgrund der ergänzenden Angaben des Sachverständigen im Senatstermin steht weiter zur Überzeugung des Senats fest, dass die unterlassenen Befunderhebungen zu beiden Zeitpunkten generell geeignet waren, die gesundheitliche Befindlichkeit der Klägerin in ihrer konkreten Ausprägung hervorzurufen. Dagegen hat die Beklagte nicht beweisen können, dass ein Kausalzusammenhang zwischen den ihr vorzuwerfenden Behandlungsfehlern und dem Primärschaden gänzlich unwahrscheinlich ist.

Der Primärschaden ist im Streitfall die gesundheitliche Befindlichkeit der Klägerin, die dadurch entstanden ist, dass im 09.2001 und 11.2001 die dringend erforderliche umfassende Diagnostik unterlassen wurde und als Folge dieser Unterlassung weitere Untersuchungen und die Behandlung der dann später im März/April 2002 entdeckten chronischen Niereninsuffizienz unterblieben sind.

Insoweit hat der Sachverständige zunächst seine Ausführungen im erstinstanzlichen Gutachten bestätigt, dass selbst bei einer Diagnose der Erkrankung bereits Ende 09.2001 die Nierenerkrankung mit großer Wahrscheinlichkeit bereits weit fortgeschritten gewesen wäre. Aufgrund der Tatsache des Vorliegens von Schrumpfnieren und damit einer chronischen Nierenerkrankung im absoluten Endstadium im 04.2002 muss nach Angabe des Sachverständigen von einer fortgeschrittenen bzw. präterminalen Nierenfunktions Einschränkung auch schon beim ersten Vorliegen der erhöhten Blutdruckwerte im 09.2001 ausgegangen werden, so dass die Diagnoseverzögerung durch die Beklagte "mit Wahrscheinlichkeit" nicht die spätere notwendige Dialysepflicht oder die beiden Nierentransplantationen hätte verhindern können. Es gibt Nierenerkrankungen im Kindesalter, die nicht behandelbar sind und unausweichlich zur Dialyse führen. Allerdings ist es auf der anderen Seite nach den ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen auch kein medizinisches Wunder, wenn es zu einer vollständigen Heilung der Nieren bei einer Nierenerkrankung im Kindesalter kommt. Sowohl wenn sich Ende 09. ein pathologischer Befund ergeben hätte, als auch

wenn dies Ende 11. 2001 der Fall gewesen wäre, hätte eine Chance auf Heilung der Nierenerkrankung der Klägerin mit einer Wahrscheinlichkeit zwischen 1 % und 10 % bestanden. Im 11. lag die Wahrscheinlichkeit niedriger als im September, sie blieb aber nach Angabe des Sachverständigen nach wie vor innerhalb dieses Spektrums.

Auch wenn der Sachverständige bei seiner grundsätzlichen Einschätzung verblieben ist, dass sich wahrscheinlich auch bei frühzeitigerer Erkennung der Nierenerkrankung der Klägerin kein abweichender Verlauf ergeben hätte, so ist es bei einer Wahrscheinlichkeit nicht unterhalb von einem Prozent gleichwohl nicht völlig unwahrscheinlich, dass die Erkrankung der Klägerin behandelbar gewesen ist und die Möglichkeit bestand, dass sie ihre Nieren behält und nicht dialysepflichtig wird. Dabei hätte selbst bei einer erst Ende 11. 2001 erfolgten Befunderhebung noch eine Chance auf vollständige Heilung der Klägerin von bis zu 10 % bestanden. Von einem ganz unwahrscheinlichen Kausalzusammenhang ist danach nicht auszugehen (vgl. Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl., Rdn. 582 m.w.N.).

d) Damit ist zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass sämtliche nach der stationären Aufnahme im Klinikum N festgestellten Beeinträchtigungen der Nierenfunktion insbesondere die Dialysepflicht, die zwei Nierentransplantationen sowie die aufgetretenen Komplikationen mit insgesamt 53 Operationen auf die von der Beklagten zu vertretende zeitliche Verzögerung der Feststellung und Behandlung der Grunderkrankung der Klägerin zurückzuführen sind und ohne diese Diagnoseverzögerung hätten verhindert werden können.

Soweit die erwähnten 53 Operationen nach Angabe des Sachverständigen zu einem großen Teil sekundäre Komplikationen vorher erfolgter notwendiger operativer Eingriffe wie z.B. Lokalinfektion der Punktionsstelle sowie Entwicklung eines Thrombus des rechten Herzvorhofs nach Demerskatheteranlage darstellen, sind diese eine typische Folge der bei der Klägerin infolge der im 04. 2002 diagnostizierten terminalen, dialysepflichtigen Niereninsuffizienz ohnehin erforderlichen Interventionen und Operationen. Der Klägerin wurde zunächst im 05. 2004 eine Niere des Vaters in die linke Fossailiaca und im 05. 2006 eine Niere der Mutter in die rechte Fossailiaca transplantiert, wobei die Nierentransplantation nach Angabe des Sachverständigen insbesondere bei jungen Patienten als Behandlungsmethode der Wahl anzusehen ist. In der Folge kam es zu etlichen transplantationsbedingten Komplikationen bis hin zur notwendigen Explantation der Lebendspende des Vaters im 04. 2009 aufgrund eines Funktionsverlusts bei schwerer Pyelonephritis der Transplantatniere mit intermittierender erneuter Dialysepflicht der Klägerin.

4. Der Klägerin steht gegen die Beklagte danach ein Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden nach den § 249, 253 Abs. 2 BGB zu.

a) Die Klägerin kann gemäß § 253 Abs. 2 ZPO ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen, dessen Höhe der Senat mit 200.000 EUR bemisst.

Dabei ist insbesondere der besonders komplikationsträchtige Krankheitsverlauf, der schließlich nach zwei erfolglosen Nierentransplantationen zu einer erneuten, dauerhaften Dialysepflicht der Klägerin geführt hat, zu berücksichtigen. Die Klägerin befand sich vielfach langfristig in Krankenhäusern und musste sich seit 04. 2002 mittlerweile 53 Operationen unterziehen. Neben der Länge der Behandlungszeit ist für die Höhe des Schmerzensgeldes bestimmend, dass die Klägerin trotz ihres immer noch jungen Alters nach wie vor erheblich beeinträchtigt ist und auch ihr gesamtes weiteres Leben lang in erheblichem Umfang beeinträchtigt sein wird. Es fällt besonders ins Gewicht, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der fehlerhaften Behandlungen erst 15 Jahre alt war und dementsprechend den Großteil ihres Lebens mit den durch die fehlerhafte Behandlung verursachten massiven Beeinträchtigungen zu Recht kommen muss. Dabei bedingt bereits die dreimal pro Woche vorzunehmende Dialyse eine tiefgreifende Belastung der Lebensführung der Klägerin. Hinsichtlich der Zukunftsprognose der Klägerin kann nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, dass nach Angabe des Sachverständigen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Klägerin binnen eines Jahres eine neue Niere für eine 3. Transplantation erhält, wenn sie auf der High Urgency List akzeptiert wird. Wird sie dort nicht akzeptiert, besteht zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie über die normale Liste innerhalb von 5 Jahren eine neue Niere erhält. Auf der anderen Seite verbleibt für die Klägerin bis dahin eine bedrückende Unsicherheit, wann sie berücksichtigt wird und ob dies rechtzeitig geschehen kann. Zudem ist aufgrund der Abstoßung der ersten Niere bei der Klägerin die Erfolgswahrscheinlichkeit reduziert, dass nun die dritte Transplantation erfolgreich ist. In der Höhe hält sich das Schmerzensgeld in dem von der Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen -unter Berücksichtigung des Inflationsausgleichs- gezogenen Rahmen (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.09.1994 zit. nach Hacks/Wellner/ Häcker, Schmerzensgeldbeträge 2013, 31. Aufl., Ziff. 1462), wobei hier besonders zu beachten ist, dass es im Streitfall zum Verlust beider Nieren und bereits zu zwei letztlich erfolglosen Nierentransplantationen gekommen ist.

b) Weiterhin kann die Klägerin den Ersatz der verauslagten vorgerichtlichen Anwaltskosten i.H.v. 3.015,70 EUR geltend machen.

c) Der Zinsanspruch für den Schmerzensgeldanspruch sowie die geltend gemachten materiellen Schäden ist gemäß §§ 288, 291 BGB begründet.

d) Die Klägerin kann schließlich auch die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche weiteren zukünftigen materiellen sowie nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden verlangen. Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO besteht schon deshalb, weil angesichts von Art und Schwere der Beeinträchtigung der Klägerin künftige Schadensfolgen möglich erscheinen.

Soweit die Klägerin zusätzlich Feststellung begehrt hat, dass auf die eingezahlten Gerichtskosten Zinsen vom Zeitpunkt der Einzahlung bei der Gerichtskasse bis zum Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags zu zahlen sind, ist ein etwaiger materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch von dem umfassenden Feststellungsanspruch der Klägerin zum Ersatz zukünftiger materieller Schäden mit umfasst. Es bedurfte danach insoweit keiner gesonderten Entscheidung des Senats.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO. Die für die Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen sind solche des Einzelfalls.

**10. OLG Köln, Beschluss vom 01.07.2015 – 5 U 18/15 – \* Vor der Durchführung einer Operation muss der Arzt nicht aufklären über eine aufgrund eines unauffälligen Befundes nicht zu erwartende, sich intraoperativ ergebende Notwendigkeit einer Sehnendurchtrennung (hier: lange Bizepssehne)**

**Orientierungssatz**

Vor der Durchführung einer Operation muss der Arzt nicht aufklären über eine aufgrund eines unauffälligen Befundes nicht zu erwartende, sich intraoperativ ergebende Notwendigkeit einer Sehnendurchtrennung (hier: lange Bizepssehne).

**Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das am 07.01.2015 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 161/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

**Gründe**

I.

Der am XX.XX.1957 geborene Kläger begab sich im Jahr 2012 wegen Schmerzen im Bereich der rechten Schulter in das Krankenhaus der Beklagten und unterzog sich dort einer konservativen Behandlung mit lokalen Infiltrationen sowie einer medikamentösen Therapie. Da die Beschwerden nicht nachließen, wurde dem Kläger ein arthroskopischer Eingriff empfohlen. Es fand ein Aufklärungsgespräch statt, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Unstreitig wurde der Kläger nicht darüber aufgeklärt, dass möglicherweise eine Durchtrennung der langen Bizepssehne notwendig werden würde. Der Kläger willigte in die Operation ein, welche am 05.12.2012 durchgeführt wurde. Laut Operationsbericht zeigte die Supraspinatussehne eine inkomplette Ruptur. Die lange Bizepssehne war entzündlich verändert mit Subluxationsstellung. Der Operateur entschied sich daraufhin zur Durchtrennung der langen Bizepssehne.

Infolge der Sehnendurchtrennung ist der Bizeps des rechten Oberarms nach unten gerutscht und bildet einen distalisierten Muskelbauch. Weitere Folgen der Sehnendurchtrennung sind streitig.

Der Kläger hat der Beklagten Behandlungs- und Aufklärungsfehler vorgeworfen. Die Durchtrennung der Sehne sei nicht indiziert gewesen, jedenfalls habe die Sehne wieder angenäht werden müssen. Einer Durchtrennung der Bizepssehne hätte er, wenn er hierüber aufgeklärt worden wäre, niemals zugestimmt. Infolge der Sehnendurchtrennung leide er heute an größeren Schmerzen als vor der Operation. Hinzu komme eine Kraftminderung im rechten Arm und die dauerhafte Entstellung durch den distalisierten Muskelbauch im rechten Oberarm.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen genaue Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 27.02.2013 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag von 661,16 EUR für außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen sowie
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden aus der Behandlung vom 05.12.2012 zu ersetzen, soweit die Schadensersatzansprüche nicht auf Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat Behandlungsfehler bestritten. Die Durchtrennung der Sehne sei aufgrund der intraoperativ festgestellten Tendinitis des langen Kopfes der Bizepssehne, die auch eine Subluxationsstellung in Höhe des Eingangs in den Sulcus mit einer Auffaserung zur Seite aufwies, zwingend geboten gewesen. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Durchtrennung der Sehne sei von der präoperativ erteilten Einwilligung des Klägers gedeckt gewesen, denn er habe sich ausweislich des von ihm unterzeichneten Aufklärungsformulars auch mit medizinischen Neben- und Folgeeingriffen einverstanden erklärt. Sie hat die Einrede der hypothetischen Einwilligung erhoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 285 ff d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. L eingeholt (Gutachten vom 08.04.2014, Bl. 103 ff. d.A.), welches der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung am 26.11.2014 mündlich erläutert hat (Bl. 253ff. d.A.) und zur Frage ordnungsgemäßer Aufklärung den Kläger angehört. Anschließend hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, nach dem Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens sei davon auszugehen, dass der geplante Eingriff als solcher medizinisch indiziert gewesen sei. Auch die intraoperativ getroffene Entscheidung, die Bizepssehne zu durchtrennen, sei nicht zu beanstanden. Es sei auch nicht fehlerhaft gewesen, die Sehne intraoperativ nicht wieder anzunähen. Die Frage, ob eine durchtrennte Bizepssehne wieder angenäht werden müsse, werde in der wissenschaftlichen Literatur kontrovers diskutiert. Die im Hause der Beklagten gewählte Vorgehensweise sei jedenfalls vertretbar gewesen. Die Beklagte hafte auch nicht wegen eines Aufklärungsfehlers. Es könne dahin stehen, ob der Kläger präoperativ darüber aufgeklärt werden müsse, dass eine Durchtrennung der Bizepssehne möglicherweise notwendig werden würde. Es spreche allerdings einiges dafür, dass der Kläger - auch wenn die vor der Operation durchgeführten klinischen Tests keinen Hinweis auf eine Schädigung der Bizepssehne gegeben hatten - darauf hätte hingewiesen werden müssen, dass eventuell eine Durchtrennung erforderlich werden könnte. Denn eine Schädigung der Sehne sei bei Schulterbeschwerden der beim Kläger vorliegenden Art zwar selten, aber durchaus möglich und nicht sicher auszuschließen gewesen. Die im schriftlichen Aufklärungsformular enthaltene, allgemein formulierte Klausel betreffend nicht vorhersehbarer, medizinisch notwendiger Erweiterungen und Änderung der Operation greife schon deshalb nicht ein, weil die Durchtrennung der Sehne vorhersehbar gewesen sei. Der Beklagte berufe sich jedoch mit Erfolg auf eine hypothetische Einwilligung. Einen Entscheidungskonflikt habe der Kläger nicht plausibel dargelegt. Der schriftsätzlich vorgetragene hohe kosmetische Anspruch sei ohne Substanz und habe sich der Kammer in der mündlichen Verhandlung, in welcher der Kläger anwesend gewesen sei, auch nicht aufgedrängt. Soweit sich der Kläger in seiner persönlichen Anhörung darauf berufen habe, er hätte eine zweite Meinung eingeholt, wenn man ihn auf die Durchtrennung der Bizepssehne angesprochen hätte, beruhe dies auf einer unzulässigen Betrachtung im Nachhinein. Dass er allein wegen der Möglichkeit einer Durchtrennung der Bizepssehne eine zweite Meinung eingeholt hätte, sei unplausibel, weil der Kläger zugegeben habe, auf sonstige Risiken hingewiesen worden zu sein, ohne dass ihn das zur Einholung einer Zeitmeinung bewegt habe. Warum ihm dies bezüglich sonstiger Risiken nicht erforderlich erschienen sei, wohl jedoch bezüglich einer weitgehend folgenlosen Durchtrennung der Bizepssehne, habe der Kläger nicht erläutern können.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Klagebegehren weiter. Er behauptet, die Durchtrennung der Bizepssehne sei medizinisch nicht indiziert gewesen. Die entzündlichen Veränderungen der Sehne seien nur gering gewesen und hätten medikamentös behandelt werden können. Die Durchtrennung der langen Bizepssehne sei auch kein unumstrittenes Verfahren. Der Nutzen einer Tenotomie werde in der Literatur durchaus auch kritisch gesehen. Der Sachverständige habe sich im Übrigen selbst widersprochen, indem er einerseits ausgeführt habe, dass sämtliche klinischen Voruntersuchungen in Bezug auf eine Affektion der langen Bizepssehne ohne Befund gewesen sei, er andererseits jedoch eine Ursache der Beschwerden in einem Verschleiß der Sehne gesehen habe. Darüber hinaus habe der Sachverständige unzutreffend behauptet, der Humeruskopfhochstand sei auf beiden Schultern gleichermaßen gewesen, obwohl die Röntgenaufnahmen unterschiedliche Ausprägungen des Hochstandes auf beiden Seiten gezeigt hätten. Der Kläger beruft sich erneut auf Aufklärungsfehler. Er ist der Auffassung, er hätte über die Möglichkeit der Durchtrennung der Bizepssehne und über die damit möglicherweise einhergehenden Folgen wie einem distalen Muskelbauch, dem Höherentreten des Humeruskopfes und der damit verbundenen Verschlimmerung der Grunderkrankung eines Impingementsyndroms und über einen eventuellen Kraftverlust von mindestens 15 % aufgeklärt werden müssen. Wenn er entsprechend aufgeklärt worden wäre, hätte er unter Berücksichtigung der nur geringgradigen entzündlichen Veränderung der Sehne, die medikamentös hätten behandelt werden können, dem Eingriff nicht zugestimmt, sondern hätte

sich eine zweite ärztliche Meinung eingeholt. Schließlich rügt der Kläger unvollständige bzw. fehlende Tatsachenfeststellungen des Landgerichts zu den von ihm erlittenen Folgen der Sehnendurchtrennung. Die Beklagten haben die Zurückweisung der Berufung beantragt. Sie bestreiten Behandlungsfehler. Sie sind der Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht einen Aufklärungsfehler angenommen. Die Durchtrennung der Sehne sei entgegen der Annahme des Landgerichts nicht vorhersehbar gewesen. Die Auffassung der Kammer laufe darauf hinaus, dass ein Patient bei jeder Operation über alle nur möglichen, wenn auch nur äußerst seltenen Möglichkeiten einer Operationserweiterung aufgeklärt werden müsse. Im Übrigen verteidigt die Beklagte die angefochtene Entscheidung und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung war gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, denn sie hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist. Zur Begründung wird zunächst auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 01.06.2015 (Bl. 357 ff. d.A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO.

Die gegen den Hinweisbeschluss erhobenen Einwände der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 22.06.2015 führen auch nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu einer anderen Beurteilung. Insbesondere bleibt es dabei, dass von einer medizinischen Indikation für die Durchtrennung der Bizepssehne auszugehen ist. Das Vorliegen einer medizinischen Indikation ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. L., an deren Richtigkeit der Senat keinen Grund zu zweifeln hat. Der Sachverständige hat ausdrücklich erklärt, dass die durchgeführte Operation zwar nicht zwingend notwendig, also nicht absolut indiziert gewesen sei, weil man mit den Beschwerden, die der Kläger gehabt habe, auch leben könne. In Anbetracht der entzündlichen Veränderung der Sehne, der festgestellten Subluxationsstellung und der Teiltraktur der Rotatorenmanschette sei es jedoch medizinisch sinnvoll gewesen, die Bizepssehne zu durchtrennen. Der Sachverständige hat mit diesen Ausführungen eine relative Indikation eindeutig bejaht, ohne dass es darauf ankommt, dass der Sachverständige, in der mündlichen Verhandlung nach den Folgen eines Unterlassens der Bizepssehnenenddurchtrennung befragt, darüber hinaus erläutert hat, die Schulter hätte dem Kläger in der Folgezeit weitere Schwierigkeiten bereitet und es hätte im Verlauf zu einer Sehnenruptur kommen können.

Ohne Erfolg wiederholt der Kläger den Vorwurf, die behandelnden Ärzte hätten ihn vor Durchführung der Operation über die Möglichkeit einer Sehnendurchtrennung aufklären müssen. Soweit er behauptet, eine Beteiligung der Bizepssehne an den Beschwerden müsse vor der Operation Thema gewesen sein, weil ansonsten die durchgeführten klinischen Tests keinen Sinn gemacht hätten, ändert dies nichts daran, dass die Test ausweislich der Behandlungsdokumentation keinen auffälligen Befund gezeigt haben und die behandelnden Ärzte aufgrund dieses unauffälligen Befundes auch nicht über eine nicht zu erwartende, sich intraoperativ ergebende Notwendigkeit einer Durchtrennung der Sehne aufklären mussten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Streitwert: bis 25.000 EUR

#### **11. OLG München, Urteil vom 26.06.2015 – 10 U 2581/13 – \* Schmerzensgeld bei Verletzung durch Verkehrsunfall: Operative Behandlung einer Schulterverletzung und Dauerschaden durch Armvenenthrombose sowie chronisches Schmerzsyndrom mit belastungsabhängiger Schmerzverschlimmerung**

##### **Orientierungssatz**

**Kommt es aufgrund eines Verkehrsunfalls zu Verletzungen im Bereich der rechten Schulter, die mit dem Einsetzen und späteren Entfernen einer Platte operativ behandelt werden müssen, und zu einem durch eine Armvenenthrombose, welche zu einer MdE von 5 % - 10 % führte, bedingten Dauerschaden und stellt sich im Bereich des processus coracoideus (Rabenschnabelfortsatz), welcher ligamentär mit der lateralen Clavicula (Schlüsselbein) verbunden ist und wo auch die kleine Brustmuskulatur und Teile der Oberarmbeugemuskulatur ansetzen, ein chronisches Schmerzsyndrom mit belastungsabhängiger Schmerzverschlimmerung ein, ist andererseits im Hinblick auf das Ergebnis der neurologischen wie auch der psychiatrischen Untersuchung von keiner schwerwiegenden Beeinträchtigung in Beruf und Freizeitgestaltung auszugehen und auch eine weitere Verschlimmerung, anders als etwa bei einer Arthrose mit Verschlechterungstendenz, nicht zu befürchten, kann unter Berücksichtigung der Mithaftung von 50 % als einem weiterem Abwägungskriterium ein Schmerzensgeld von 10.000 € als angemessen angesehen werden.**

weitere Fundstellen

NJW-Spezial 2015, 489 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)

### Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers vom 27.06.2013 und die Anschlussberufung der Beklagten vom 30.07.2013 wird das Endurteil des LG München I vom 17.05.2013 (Az. 17 O 4092/10) in Nr. I. - IV. abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagten werden samstverbindlich verurteilt, an den Kläger 8.287,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 500 € vom 01.09.2009 bis 22.11.2010, aus 992,24 € vom 23.11.2010 bis 03.01.2012 und aus einem Betrag in Höhe von 1.287,25 € seit 04.01.2012 zu bezahlen.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagten dem Kläger samstverbindlich sämtliche künftigen Schäden aus dem Unfallereignis vom 16.07.2008 auf der T. Straße in München zu ersetzen haben, soweit diese nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen und zwar die materiellen zu 50 % und die immateriellen unter Berücksichtigung einer Mithaftung des Klägers zu 50 %.

Es wird festgestellt, dass die Schmerzen des Klägers im Bereich Schulter/Nacken rechts, ausgehend vom processus coracoideus, ebenfalls Unfallfolge sind.

III. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

IV. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger 52 % und die Beklagten samstverbindlich 48 %.

Die weitergehende Berufung sowie die weitergehende Anschlussberufung werden zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 58 % und die Beklagten samstverbindlich 42 %.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

A.

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird abgesehen (§§ 540 II, 313 a I 1 ZPO i. Verb. m. § 26 Nr. 8 EGZPO).

B.

I. Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete, somit zulässige Berufung hat ebenso wie die form- und fristgerecht eingelegte und begründete, somit zulässige Anschlussberufung in der Sache teilweise Erfolg.

1. Zum Haftungsgrund:

Das Landgericht ging zu Unrecht von einer alleinigen Haftung der Beklagten zu 2) aus.

Die Unfallbeteiligten erklärten, dass die Beklagte zu 2) auf der T. Straße in Annäherung an die D.straße sehr langsam fuhr, die Beklagte zu 2) gab an, sie habe ihre Geschwindigkeit ausgehend von etwa 30 km/h reduziert, der Kläger meinte „von seinem Gefühl her“, die Beklagte zu 2) sei fast gestanden.

Der Sachverständige Dr. S., von dessen Sachkunde sich der Senat aus einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat überzeugen konnte, gelangte zu einer Kollisionsgeschwindigkeit der Beklagten zu 2) von etwa 10 km/h und zu einer Auftreffgeschwindigkeit des Klägers auf den grasbewachsenen Mittelstreifen nach Überlaufen der Randsteinkante durch das Krad von etwa 48 km/h bis 50 km/h bei einem Geschwindigkeitsabbau durch das Überlaufen der Randsteinkante von etwa 1 km/h. Eine höhere Ausgangs- und Kollisionsgeschwindigkeit ist nicht bewiesen, da nicht feststellbar ist, ob und wie der Kläger noch bremste. Der Sachverständige gelangte zu diesem Ergebnis ausgehend von der Rutschstrecke des vollverkleideten Motorrades in seine Endlage auf dem grasbewachsenen Mittelstreifen. Ausweislich der nach dem Unfall durch die Polizei gefertigten Fotos und den Angaben der Unfallbeteiligten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist zum Unfallzeitpunkt von trockenen Verhältnissen auszugehen, weshalb eine geringere als die vom Sachverständigen zu Grunde gelegte Rutschverzögerung, weil die Wiese nass oder feucht gewesen sein könnte, nicht anzunehmen ist. Einer ergänzenden Begutachtung zu einer deswegen möglicherweise geringeren Geschwindigkeit bedarf es daher nicht.

Dieses Ergebnis des Sachverständigen auch zur Geschwindigkeit wird bestätigt durch die Angaben der in erster Instanz vernommenen Zeugin G., die der Senat zu Grunde legt.

Der Kläger behauptete, die Beklagte zu 2) sei rechtsorientiert gefahren, die Beklagte zu 2) gab an, sie habe sich in Annäherung an den Mittelstreifendurchbruch zur D.straße zunehmend nach links orientiert. Der Senat geht auf Grund der Angaben der Zeugin G. davon aus, dass die Beklagte zu 2) bei einer entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen Dr. S. für den Fahrverkehr nutzbaren Fahrbahnbreite von 4,7 m fahrbahnmittig fuhr. Die Zeugin erinnerte sich, dass die Beklagte zu 2) bei einem von ihr als normal bezeichneten seitlichen Abstand zu den geparkten Fahrzeugen jedenfalls nicht links eingeordnet war und ein mehrspuriges Fahrzeug nicht hätte überholen können, aber für den Kläger ausreichend Platz war. Angesichts eines links verbleibenden Freiraumes von etwa 1,5 m und einem Platzbedarf des Motorrades von etwa 1 m war der verbleibende Sicherheitsabstand zum Pkw der Beklagten zu 2) zu gering. Es handelt sich vorliegend auch nicht um zwei Fahrstreifen (Fahrbahnbreite 4,7 m). Ein Fahrstreifen

fen ist der Raum, den ein mehrspuriges Fahrzeug unter Berücksichtigung der erforderlichen Sicherheitsabstände zur Seite benötigt. Dass technisch genug Raum für die Durchfahrt des Motorrads verblieb, genügt nicht.

Weiter gab die Zeugin an (Bl. 28 d.A.), dass sämtliche Parkplätze am rechten Fahrbahnrand - Bl. 28 d.A. - besetzt waren. Der Kläger erkannte das fehlende Kennzeichen und folgerte daraus zutreffend, dass das Fahrziel der Beklagten zu 2) die Zulassungsstelle war, was diese in mündlicher Verhandlung vor dem Senat bestätigte und was der Senat glaubt. Die Klägerin schilderte ihre Annäherung von G. kommend über die T. Straße, den Wendevorgang an der Kreuzung mit der W.straße, nachdem sie zuvor an der D.straße, wo sie den Weg zur Zulassungsstelle vermutete, vorbeigefahren war und ihre Absicht, wieder in die Dil.straße abzubiegen. Dass sich die Zulassungsstelle nicht dort befindet, wo von der Beklagten zu 2) vermutet, ändert nichts daran, dass der Kläger das Fahrziel zutreffend erfasste und dieses war, nachdem die Parkplätze rechts belegt waren, mittels Wendevorgang am Mittelstreifendurchbruch in Höhe der D.straße zu erreichen. Mit einer Linksbogenfahrt der Beklagten zu 2) am Mittelstreifendurchbruch war auf Grund der auffällig langsamen Fahrweise, dem fehlenden Kennzeichen und der erkennbar nicht vorhandenen Parkmöglichkeit rechts zu rechnen.

Der Kläger bestätigte, dass er seinen Überholvorgang nicht gem. § 5 IV a StVO ankündigte, was nachvollziehbar ist, hätte der Kläger doch damit signalisiert, links abzubiegen. Die Ankündigungspflicht besteht auch gegenüber dem Vorausfahrenden, damit dieser sich vor Fahrstreifenwechsel oder Richtungsänderung darauf einstellen kann. Da dem nicht genügt werden konnte und wurde, bestand in Verbindung mit der konkreten Örtlichkeit und den dargestellten Besonderheiten eine unklare Verkehrslage, § 5 III 1 StVO. Andererseits steht fest, dass die Beklagte zu 2) gegen ihre zweite Rückschaupflicht verstieß und sich entgegen § 9 I 1 StVO, letzter Halbsatz nicht links eingeordnet hatte.

Der Senat kann sich gem. § 286 ZPO nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon überzeugen, dass die Beklagte zu 2), wie von ihr anlässlich ihrer Anhörung angegeben, schon ab der Ampel bzw. rechtzeitig links blinkte. Der Kläger behauptete, die Beklagte zu 2) habe nicht geblinkt. Auch davon kann sich der Senat nicht überzeugen. Die Angaben beider Parteien erwiesen sich in wesentlichen Teilen des Unfallgeschehens als widerlegt. Die Beklagte zu 2) hat sich gerade nicht wie von ihr behauptet links eingeordnet und der Kläger gab seine Überholgeschwindigkeit mit etwa 30 km/h an, was angesichts der erheblichen Differenz zur vom Sachverständigen ermittelten Mindestkollisionsgeschwindigkeit von 50 km/h auch nicht mehr mit Schätzfehlern erklärt werden kann. Die Frage, ob die Beklagte zu 2) rechtzeitig blinkte, konnte daher nicht mehr geklärt werden.

Der Senat geht insgesamt von einer hälftigen Haftungsverteilung aus.

2.) Zur fortbestehenden Schmerzsymptomatik (über Ziffer II. des Endurteils hinausgehendes Feststellungsbegehren):

Das Landgericht hat die fortbestehende Schmerzsymptomatik im Bereich der rechten Schulter zu Unrecht als nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO!) unfallursächlich erachtet.

a) Das in erster Instanz erholte Sachverständigengutachten gelangte zu diesem Ergebnis, weil die Schmerzen (im Gutachten bezeichnet als Druckschmerz über dem rechten Schultergelenk und dem Brustbein-Schlüsselbein-Gelenk, Bl. 151 d.A.) auch durch eine möglicherweise bestehende, nicht unfallursächliche Arthrose erklärt werden können, ohne das Bestehen einer Arthrose abzuklären. Zugleich führte der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten aus (Ergänzungsgutachten S. 7, 8 = Bl. 187/188 d.A.), dass es möglich sei, dass die durch die „Irritation“ ausgelösten Schmerzen chronifiziert sind und somit auch nach Entfernung der Platte weiterbestehen, was häufig in der täglichen klinischen Routine anzutreffen sei, durch eine orthopädische Untersuchung aber nicht differenziert werden könne, ein sicherer kausaler Zusammenhang zwischen den Schmerzen und dem Unfall bzw. einer möglichen Schultergelenksarthrose aber nicht hergestellt werden könne und die Schmerzen am ehesten eine muskuläre Ursache hätten.

Im Hinblick auf die dargestellten Widersprüche und das zu Grunde gelegte unzutreffende Beweismaß des § 286 ZPO hat der Senat mit Beschluss vom 20.09.2013 (Bl. 264/270 d.A.) neue Gutachten erholt.

b) Die Sachverständige Dr. med. C. (Gutachten v. 03.01.2014, Bl. 285/312 d.A., Erläuterung in mündlicher Verhandlung vom 22.05.2015, Bl. 408/410 d.A.) hat bei ihrer Untersuchung demgegenüber den Schmerzpunkt des Klägers präzise lokalisiert. Dieser liegt kleinräumig im Bereich des processus coracoideus, welcher ligamentär mit der lateralen Clavicula verbunden ist und wo auch die kleine Brustmuskulatur und Teile der Oberarmbeugemuskulatur ansetzen. Der neurologische Sachverständige Prof. Dr. Frank W. bestätigte den Schmerzpunkt mit einem Durchmesser von 2 cm bis 3 cm oberhalb der Clavicula. Dass es entsprechend den Angaben des Klägers bei Belastung zu einer Schmerzverschlimmerung kommt, konnte die Sachverständige Dr. med. C. an der im Verhältnis zur übrigen Muskulatur des Klägers gegebenen Verschmächtigung des Deltamuskels und der sichtbaren Hautfalte am Übergang HWS zu BWS nachvollziehen, da diese Umstände darauf hindeuten, dass der Kläger genau diese Muskelpartie schmerzbedingt nicht oder jedenfalls nicht so trainiert wie die übrige Muskulatur. Die Sachverständige gelangt wie das vom Landgericht in erster Instanz erholte Gutachten zu freien Gelenkbefunden und erklärt die Schmerzen ebenfalls funktionell, sieht diese aber deshalb als unfallkausal an, weil auf Grund der alsbald nach dem

Unfall aufgetretenen Armvenenthrombose und der danach erfolgten raschen Wiedereingliederung in den Beruf des Klägers als Koch eine physikalische Therapie nebst Krankengymnastik nicht durchgeführt werden konnte und bei nicht gegebenem Kraftaufbau Fehlbelastungen zu Schmerzen führen können. Vor dem Unfall war der Kläger insoweit auch beschwerdefrei. Das Gutachten des Sachverständigen PD Dr. med. P. geht zwar anlässlich der Untersuchung vom 13.02.2012 von einer symmetrischen, gut ausgebildeten Muskulatur des Schultergürtels und der Arme und keiner Muskelatrophie aus (Gutachten S. 23 = Bl. 151 d.A.), die Sachverständige Dr. C., von deren hervorragender Sachkunde sich der Senat anlässlich einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat überzeugen konnte, erläuterte aber, dass der Deltamuskel außerhalb des Messbereiches der oberen Extremitäten liegt und sie nicht von einer Atrophie ausgeht, sondern ebenfalls von einer beidseitig gleich ausgebildeten Muskulatur, die lediglich im Verhältnis zur übrigen Muskulatur des Klägers deutlich weniger trainiert ist, weil eben der Deltamuskel nicht zur übrigen Muskulatur passt, weshalb sie von einer Anpassung an den Schmerz ausgeht, von dessen Vorhandensein im Übrigen auch der Sachverständigen PD Dr. med. P. überzeugt war. Während der von der Sachverständigen vorgeschlagenen Therapie trat auch eine Linderung der Beschwerden ein (Protokoll v. 22.05.2015, S. 6 = Bl. 408 d.A.). Die Sachverständige hat auch - insoweit nicht protokolliert - angegeben, dass die vorgeschlagene Therapie aus Kostengründen nicht fortgeführt wurde.

c) Nach dem Ergebnis des vom Senat erhaltenen neurologischen Gutachten, erläutert in mündlicher Verhandlung vom 22.05.2015, kam es unfallbedingt zu keiner neurologischen Schädigung beim Kläger, die Verlangsamung der Nervenleitgeschwindigkeit fand sich sowohl am Unterarm als auch an der sog. F-Welle und beidseits, weshalb der Befund nicht kausal auf eine Schädigung durch den Unfall zurückgeführt werden kann. Der Sachverständige Prof. Dr. med. Frank W., von dessen herausragender Sachkunde sich der Senat anlässlich einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat überzeugen konnte, erläuterte auch, dass er auf den vom Kläger nachträglich eingereichten MRT-Aufnahmen zwar Narbenzüge erkennen könne, aber keine Druck- oder Zugwirkung auf Nervenstrukturen, weshalb sich kein Anhaltspunkt für einen eingeklemmten Nerv ergebe, was durch eine elektrophysiologische Untersuchung angesichts des kleinräumigen Schmerzpunktes auch nicht objektivierbar sei; andererseits könne ein im Narbengewebe eingeklemmter kleiner Nerv als Schmerzauslöser auch nicht ausgeschlossen werden.

Der Kläger selbst gab an, dass die zwischenzeitliche Entzündung des Narbengewebes medikamentös behoben wurde und es sich bei der im Schriftsatz vom 30.03.2015 wiedergegebenen Erklärung, wonach es sich bei der Verletzungsstelle um einen eingewachsenen Nerv handle, um eine Vermutung seines Arztes handle, deren Gehalt durch eine Operation überprüft werden könne.

d) Da auf psychiatrischem Fachgebiet keine Erkrankung vorliegt (vgl. Pof. Dr. Matthias W., Protokoll v. 22.05.2015, S. 8 = Bl. 410 d.A., von dessen ebenfalls herausragender Sachkunde sich der Senat anlässlich einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat überzeugen konnte), geht der Senat davon aus, dass das chronische Schmerzsyndrom, wie von der Sachverständigen Dr. med. C. erläutert, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf einer unfallbedingten funktionellen Störung beruht. Ob eine nicht ausschließbare Einwachsung eines kleinen Nervs durch das Narbengewebe die Schmerzen ebenfalls verursachen könnte, bedarf keiner weiteren Abklärung, etwa um durch radiologische Begutachtung herauszufinden, ob eine Druckwirkung durch das Narbengewebe besteht, da auch in diesem Fall ein unfallursächlicher Dauerschaden vorläge, kam es doch durch die Verletzung und deren Behandlung zur Bildung von Narbengewebe und ein grober ärztlicher Behandlungsfehler ist insoweit schon nicht behauptet.

### 3. Schmerzensgeld:

Über die bereits vom Landgericht berücksichtigten Schmerzen, Verletzungen, Beeinträchtigungen und Beschwerden sowie den durch die Armvenenthrombose hinaus (welche zu einer MdE von 5 % - 10 % führte) bedingten Dauerschaden erlitt der Kläger an der von der Sachverständigen Dr. med. C. dargestellten Stelle ein chronisches Schmerzsyndrom mit belastungsabhängiger Schmerzverschlimmerung. Andererseits ist im Hinblick auf das Ergebnis der neurologischen wie auch der psychiatrischen Untersuchung, ausgehend von der Befragung des Klägers (Gutachten S. 37 = Bl. 357 d.A.) von keiner schwerwiegenden Beeinträchtigung in Beruf und Freizeitgestaltung auszugehen und auch eine weitere Verschlimmerung ist, wie die Sachverständige Dr. med. C. ausführte, anders als etwa bei einer Arthrose mit Verschlechterungstendenz, nicht zu befürchten. Der Senat hält daher unter Berücksichtigung der Mithaftung von 50 % als einem weiterem Abwägungskriterium und des von der Klagepartei angegebenen Mindestbetrages (ohne Mithaftung 17.000 €) ein Schmerzensgeld von 10.000 € für angemessen, wovon die Beklagten vorprozessual 3.000 € bezahlt haben, so dass sich ein restlicher Schmerzensgeldanspruch von 7.000 € errechnet.

### 4. Weiterer materieller Schaden:

a) Auf die unstreitigen Schadenspositionen in Höhe von 6.506,52 €, ersatzfähig zu 50 %, hat die Beklagte zu 1) bereits 3.253,26 bezahlt. Ein weitergehender Anspruch besteht daher nicht.

b) Die im Wege der Klageerweiterung in erster Instanz geltend gemachten Kosten der alternativmedizinischen Behandlung der chronischen Schmerzen (591,01 €) mittels Akkupunktur und Infiltration waren nach

dem Ergebnis der Sachverständigen Dr. med. C., dem der Senat folgt, medizinisch nachvollziehbar und brachten eine Linderung des nach obiger Darlegung unfallkausalen Schmerzsyndroms, weshalb die Kosten ausgehend von einer Haftungsquote von 50 % in Höhe von 295,51 € ersatzfähig sind.

c) Das Landgericht ging auf Grund der vom Kläger vorgelegten Unterlagen gem. § 287 ZPO rechtsfehlerfrei von einem Nettoverdienstaufschlag - ausgehend von Grundgehalt und Zuschlägen - von 2.567,73 € und damit einem ersatzfähigen Schaden von 1.283,87 € aus. Abzüglich der Zahlung der Beklagten zu 1) verbleibt ein Schaden in Höhe von 492,24 €.

d) Hinsichtlich der beschädigten Motorradschutzkleidung einschließlich Helm geht der Senat auf Grund des Sachvortrages der Klagepartei davon aus, dass eine gleichwertige Lederkombi (1.438,80 €) angeschafft wurde und auch das der Beklagten zu 1) vorgelegte Angebot über Motorradstiefel (289,95 €) in der Qualität der beim Unfall beschädigten Schutzbekleidung entspricht. Der Schädiger hat im Falle der Wiederbeschaffung beschädigter Kleidungsstücke den Wert dieser Kleidungsstücke ohne Abzug „neu für alt“ zu ersetzen, da ein kontinuierlicher Wertverlust durch Altern einerseits und eine Vermögensmehrung des Geschädigten bei Neuanschaffung andererseits nicht eintritt, da die Schutzkleidung eines Motorradfahrers (einschließlich des Kradhelms) ausschließlich der Sicherheit dient (Senat, Urte. v. 23.01.2009 - 10 U 4104/08 (Juris); LG Oldenburg DAR 2002, 171; LG Darmstadt DAR 2008, 89 m. zust. Anm. Szymanski; AG Lahnstein DAR 1998, 240; AG Schwartau DAR 1999, 458 f.) Da weitere Schutzbekleidung, insbesondere der Helm beschädigt bzw. zerstört wurden, schätzt der Senat den Kleiderschaden des Klägers auf 2.000 €. Unter Berücksichtigung einer Mithaftung von 50 % und der seitens der Beklagten zu 1) erbrachten Zahlung von 500 € ergibt sich ein weitergehender Schaden von 500 €.

5. Die weitergehende Berufung sowie die weitergehende Anschlussberufung hatten aus den dargelegten Gründen keinen Erfolg.

II. Die Kostenentscheidung beruht, ausgehend vom Streitwertbeschluss für das Berufungsverfahren vom 11.11.2013 (Bl. 280/281 d.A.), auf §§ 92 I 1 Fall 2, 97 I, 100IV ZPO.

III. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Ersturteils und dieses Urteils beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO i. Verb. m. § 26 Nr. 8 EGZPO.

IV. Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 II 1 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtsache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

## **12. OLG Koblenz, Beschluss vom 23.06.2015 – 5 U 267/15 – \* Arzthaftung: Aufklärungspflicht eines Urologen bei jahrelang persistierenden Miktionsproblemen; Abgrenzung eines Diagnoseirrtums vom Befunderhebungsversäumnis bei transsymphysärer Fistelbildung nach Prostataresektion**

### **Leitsatz**

**1. Bei einer benignen Prostatavergrößerung mit Miktionsproblemen, nächtlichem Harndrang, einem Restharnstatus von jeweils über 100 ml und jahrelang frustranen medikamentösen Therapie muss der Urologe nicht zu deren Umstellung raten, falls es sich gegenüber der empfohlenen Prostataresektion nicht um eine echte Behandlungsalternative handelt.**

**2. Kommt es nach einer transurethralen Prostataresektion zur äußerst ungewöhnlichen Komplikation eines transsymphysären Fistelgangs (Wahrscheinlichkeit: 1 Promille), ist die vom Urologen versäumte zielführende Bildgebung als bloßer Diagnoseirrtum und nicht als Befunderhebungsversäumnis zu qualifizieren, sofern es für die persistierenden Beschwerden des Patienten eine andere, durchaus nahe liegende fachmedizinische Erklärung gab.**

### **Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 03.12.2014 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die gegen ihn gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht von der Gegenseite Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags gestellt wird.

Der Rechtsmittelstreitwert wird in Übereinstimmung mit der Bemessung, die das Landgericht für die erste Instanz vorgenommen hat, auf 70.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

Die Entscheidung ergeht gemäß §§ 522 Abs. 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Ihre sachlichen Grundlagen ergeben sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils und dem Senatsbeschluss vom 20.05.2015. Dort hat der Senat mitgeteilt:

„I. Der Kläger war seit dem Jahr 1985 Patient einer urologischen Praxis, die in der Zeit vom 1.3.2008 bis zum 31.3.2010 gemeinsam von den beiden Beklagten betrieben wurde. Er litt unter einer gutartigen Vergrößerung der Prostata und unter Miktionsbeschwerden, die schon langfristig medikamentös behandelt

wurden, ohne dass sich freilich eine Besserung eingestellt hatte. Der Beklagte zu 1), den er erstmals am 15.5.2009 konsultiert hatte, riet zu einem kurativen operativen Eingriff in der Form einer transurethralen Prostataresektion, die er am 5.10.2009 als Belegarzt stationär vornahm. Im Vorfeld hatte er den Kläger am 23.6.2009 operationsbezogen beraten. Außerdem war am 1.10.2009 von Seiten der Beklagten zu 2) ein Informationsgespräch geführt worden. Ob in diesem Zuge eine hinreichende Aufklärung erfolgte, ist streitig.

Der Kläger hat vorgetragen, nicht auf die Option einer veränderten medikamentösen Therapie hingewiesen worden zu sein. Darüber hinaus habe man ihm wesentliche Operationsrisiken vorenthalten. Das gelte namentlich für eine Nachblutung, eine Halsklerose.

Die Beklagten haben vorsorglich den Einwand der hypothetischen Einwilligung erhoben.

Bei der Resektion vom 5.10.2009 kam es zu einer venösen Blutung, die aber nach dem Operationsbericht gestillt werden konnte. Im weiteren Tagesverlauf fand sich Blut im Urin des Klägers. Daraufhin wurden zunächst vom Beklagten zu 1) und später von einem diensthabenden Krankenhausarzt Laborkontrollen veranlasst, die indessen aus deren Sicht keinen Handlungsbedarf begründeten.

Die Situation verschlechterte sich jedoch in den Nachtstunden des 6.10.2009, ohne dass der Pflegedienst ärztliche Hilfe zuzog. Das geschah erst am Morgen des Tages. Der nunmehr benachrichtigte Beklagte zu 1) entschied sich zu einer operativen Revision, in der er den Blutaustritt stillen konnte und zur Verbesserung der Kreislaufsituation Erythrozytenkonzentrat verabreichte.

Als nachfolgend der Blasenkatheter gezogen wurde, zeigte sich eine Inkontinenz, die aber - insbesondere unter dem Einfluss eines Beckenbodentrainings - zurückging. Auch eine anfänglich starke Restharnbildung nahm ab, sodass der Kläger am 14.10.2009 aus dem Krankenhaus entlassen wurde. Am 19.10.2009 suchte der Kläger den Beklagten zu 1) in der Praxis auf und klagte über Schmerzen im Sitzen sowie eine Belastungsincontinenz. Der Beklagte zu 1) versuchte, dem mit Schmerzmitteln und antibiotisch zu begegnen. Auf Schmerzen in der Prostataloge bei Druck auf den Dammbereich, die im 11.2009 auftraten, reagierte er in gleicher Weise. Ultraschalluntersuchungen hatten den Verdacht auf eine Geschwulst oder ein Hämatom aufkommen lassen.

Außerdem stellte sich der Kläger in einer Universitätsklinik vor. Dort fasste man für die Zukunft die Implantation eines künstlichen Sphinkters ins Auge, um der fortdauernden Inkontinenz zu begegnen.

Im 01. und im 02.2010 diagnostizierte der Beklagte zu 1) Harnwegsinfekte und eine Blasenentzündung. Den Sphinkter dokumentierte er bei weiterhin vorhandener Inkontinenz als grundsätzlich intakt. Als der Kläger dann im 03.2010 wegen orthopädischer Beschwerden anderweit ein MRT der Hüfte und des Beckens fertigen ließ, entdeckte man einen transsymphyseären Fistelgang, der zu Entzündungen an der Prostata und der Symphyse geführt hatte. Nachdem der Beklagte zu 1) vergeblich versucht hatte, die Fistel zu verschließen, wurde sie am 30.3.2010 in der Universitätsklinik bei einer partiellen Symphysektomie exzidiert.

Als in einer Anschlussheilbehandlung eine Zystoskopie durchgeführt worden war, kam es zu einer Re-fistulierung. Da sich der Sphinktertonus weiterhin als unzureichend darstellte, legte man schließlich im 08.2010 in der Universitätsklinik einen Pouch mit einem Nabelstoma an. Eine Stenose des dabei implantierten Harnleiters zog den Funktionsverlust der rechten Niere nach sich; sie wurde im 03.2012 entfernt.

Vor diesem Hintergrund hat der Kläger die beiden Beklagten auf die Zahlung eines mit mindestens 60.000 € zu beziffernden Schmerzensgelds und den Ausgleich vorgerichtlicher Anwaltskosten in Anspruch genommen. Außerdem hat er die Feststellung ihrer weitergehenden zukünftigen Haftung beantragt. Er hat ihnen Aufklärungsmängel vor der transurethralen Resektion vom 5.10.2009 angelastet, ohne die er dem Eingriff nicht zugestimmt hätte. Die Operation sei dann unter Beibringung von Schnittverletzungen fehlerhaft und ohne ausreichende Endkontrolle durchgeführt worden. Zudem habe der Beklagte zu 1) verspätet auf die Nachblutungen reagiert. Die ab Mitte 10.2009 an ihn herangetragenen Beschwerden habe er falsch bewertet und die Fistelbildung mangels einer genügenden Diagnostik verkannt. Daher sei er für den Verlust der Blase und der rechten Niere sowie die damit einhergehenden Beeinträchtigungen in der Lebensführung und psychischen Befindlichkeit verantwortlich.

Das Landgericht hat die Klage - nach der Einholung von Sachverständigenbeweis und der Anhörung der Parteien - abgewiesen. Es hat gemeint, dass die transurethrale Prostataresektion vom 5.10.2009 indiziert gewesen und ohne erkennbaren Fehler durchgeführt worden sei. Die vorangegangene Aufklärung des Klägers habe den Erfordernissen entsprochen. Den postoperativ vorhandenen Blutungen sei der Beklagte zu 1) angemessen begegnet. Auch die Versorgung des Klägers nach dessen stationärer Entlassung am 14.10.2009 sei nicht zu beanstanden; es habe keine vorwerfbar diagnostischen Versäumnisse gegeben.

Dagegen wendet sich der Kläger in Erneuerung seines erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung. Er macht geltend, dass der Eingriff vom 5.10.2009 aufgrund der Befundlage nicht geboten gewesen sei. Alternativ habe man ihm eine Umstellung der medikamentösen Therapie vorschlagen müssen, der er sich dann zugewandt hätte. Darüber hinaus sei im Zuge der präoperativen Aufklärung versäumt worden, auf

seine individuelle Prädisposition für Infektionen einzugehen. Postoperativ habe der Beklagte zu 1) die seinerzeitige Fistelbildung mangels einer zielführenden Diagnostik langfristig übersehen.

II. Mit diesen Angriffen vermag der Kläger nicht durchzudringen. Das angefochtene Urteil hat Bestand. Fehler in der operativen Durchführung der transurethralen Prostataresektion vom 5.10.2009 rügt der Kläger nicht mehr. Das steht im Einklang mit den Erkenntnissen des vom Landgericht eingeholten Gutachtens der Sachverständigen Prof. Dr. T./Prof. Dr. H./Dr. L. und den späteren mündlichen Ausführungen Prof. Dr. H's. Für eine Harnblasenverletzung gibt es keinen greifbaren Anhalt, und die am Ende des Eingriffs gebotenen Kontrollen auf Blutungen oder eine Sphinkterverletzung hin wurden vorgenommen.

Demgemäß konzentriert sich die Berufung auf die Kritik, dass für die Operation keine hinreichende Indikationslage bestanden habe und eine alternative medikamentöse Therapie, die Erfolgsaussichten gehabt hätte, pflichtwidrig nicht zur Disposition gestellt worden sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die transurethrale Prostataresektion relativ indiziert war und es deshalb konsequent war, sie dem Kläger nahelegen. Wie Prof. Dr. H. im Rahmen seiner Anhörung mitgeteilt hat, stellte bereits die am 8.4.2008 und am 15.5.2009 gemessene Restharmenge von jeweils mehr als 100 ml eine entsprechende Indikation dar. Das neuerliche Vorbringen des Klägers, die Messung vom 15.5.2009 sei, weil sie mit einer großen Verzögerung nach der Blasenentleerung stattgefunden habe, so verfälscht gewesen, dass sie keinen tauglichen Rückschluss mehr zugelassen habe, widerspricht den in diesem Zusammenhang vom Landgericht angestellten Berechnungen. Diese Berechnungen werden durch die Erkenntnisse Prof. Dr. H's getragen und begegnen daher keinen rechtserheblichen Zweifeln, denen nunmehr durch die Befragung eines weiteren Gutachters nachgegangen werden müsste (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Zudem war die operative Indikation durch die langfristig vorhandenen Miktionsprobleme vorgegeben, die sich namentlich in einem nächtlichen Harndrang äußerten und denen der Kläger unter wiederkehrender Vorstellung in der Praxis der Beklagten medikamentös abzuhelpen versucht hatte. Dies war erfolglos verlaufen. Die Annahme, es habe die reelle Möglichkeit bestanden, die konservative Therapie dahin umzustellen, dass ein 5-alpha-Reduktasehemmer verabreicht wurde, geht fehl. Eine solche Möglichkeit war in dem Gutachtenentwurf Dr. L. generell angesprochen, aber bereits damals als fragwürdig bezeichnet worden.

Prof. Dr. H. hat sie später mit Blick auf die individuelle, durch eine hohe Restharmenge gekennzeichnete Situation des Klägers als ungeeignet verworfen und abschließend bemerkt, er könne darin keine medikamentöse Alternative zur transurethralen Prostataresektion sehen. Im Hinblick darauf gab es auf Beklagenseite auch keine Veranlassung dazu, dem Kläger die Gabe eines 5-alpha-Reduktasehemmers anzubieten. Ein Arzt braucht dem Patienten grundsätzlich nicht ungefragt zu erläutern, welche Therapiemethoden im Raum stehen, solange er eine Behandlung anwendet, die dem Standard genügt (BGHZ 102, 17). Anders ist es nur, wenn mehrere gangbare Wege existieren; dann ist über die mit ihnen einhergehenden Belastungen, Risiken und Erfolgschancen zu informieren (BGH, VersR 1988, 190; OLGR Hamburg 2000, 250). So verhielten sich die Dinge hier indessen nicht, weil es keine ernsthaft praktikable Alternative gab.

Die präoperative Aufklärung des Klägers krankt auch nicht daran, dass die Beklagte zu 2) nicht fragend eruierte, ob es in der Vergangenheit zu einer Abszessentwicklung gekommen sei. Die Berufung bringt in diesem Zusammenhang vor, eine entsprechende Frage wäre mit dem Hinweis auf einen zurückliegenden Spritzenabszess bejaht worden und hätte dann zu besonderen Warnhinweisen wegen eines operationsbedingten Infektionsrisikos führen müssen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass dem Kläger - ausweislich des insoweit vorliegenden Aufklärungsbogens - die nämliche Frage am 3.6.2009 bereits von Seiten des Beklagten zu 1) gestellt worden und er sie verneint hatte. Selbst wenn er eine positive Antwort gegeben hätte, wäre das letztlich ohne Einfluss auf die Aufklärungspflichten der Beklagten gewesen. Prof. Dr. H. hat dazu bemerkt, daraus hätten sich „eine geänderte Vorgehensweise oder andere Einschätzungen oder Aufklärungsnotwendigkeiten“ nicht ergeben. Unabhängig davon ist nicht zu ersehen, dass sich das Risiko einer intraoperativen Infektion überhaupt verwirklicht hätte.

Eine schuldhaft verzögerte Reaktion auf die Nachblutungen der transurethralen Prostataresektion wirft der Kläger dem Beklagten zu 1) nicht mehr vor. Dessen Reaktion auf die Befundlage am Morgen des 6.10.2009 war adäquat. Am Vortag hatte sich für ihn noch kein Handlungsbedarf ergeben. Das hat das Landgericht zutreffend aufgezeigt. Dem Landgericht ist ebenfalls darin zu folgen, dass die Betreuung des Klägers in der Zeit nach der stationären Entlassung am 14.10.2009 keine Grundlage für eine Haftung auf Seiten der Beklagten bietet.

Allerdings war die bildgebende Diagnostik des Beklagten zu 1) nicht geeignet, die mit einer Symphysitis verbundene Fistelbildung aufzuspüren, weil auf die Fertigung eines MRT oder CT verzichtet wurde, bis es, durch orthopädische Gegebenheiten veranlasst, am 17.3.2010 anderweit dazu kam. Aber darin lag keine vorwerfbare Unterlassung. Die Fistelbildung war ein ungewöhnliches Geschehen, mit dem kaum zu rechnen war. Prof. Dr. H. hat ihre statistische Wahrscheinlichkeit bei 1 Promille verortet. Die von Schmerzen geprägte Beschwerdesymptomatik des Klägers konnte sich bis zum Ende des Jahres 2009 ohne

weiteres aus dem Wundheilungsprozess erklären, den Prof. Dr. H. mit drei Monaten veranschlagt hat. Danach wurden im 01.2010 ein Streptokokkeninfekt und im 02.2010 eine Blasenentzündung festgestellt. Das waren, zumal die für eine symphysitische Fistel typischen Erscheinungen wie Schmerzen über der Symphyse, Bewegungsschmerzen und Fieber nicht im Vordergrund standen, plausible Erklärungen für die Befindlichkeit des Klägers, so dass dem Beklagten zu 1) letztlich eine Fehldiagnose unterlief, die den Schluss auf ein schuldhaftes ärztliches Verhalten nicht rechtfertigt (BGH, VersR 1981, 1033; BGH, NJW 2003, 2827). Dieser Diagnosefehler kann nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler gemacht werden, dass bei einer Falsifizierung der Diagnose zusätzliche Befunde in Form des vom Kläger angemahnten MRT oder CT hätten erhoben werden müssen (vgl. BGH MDR 2011, 224).

Selbst wenn man dem Beklagten zu 1) die unterlassene Befunderhebung als schuldhaftes Versäumnis anlastete, ergäbe sich daraus keine Haftung. Denn es ist völlig ungewiss, ob eine MRT- oder CT-Diagnostik, die, wie es der Kläger für richtig hält, spätestens Anfang 01.2010 vorgenommen worden wäre, zur Entdeckung der Fistel geführt hätte. In dem Gutachten Prof. Dr. T./Prof. Dr. H./Dr. L. heißt es dazu, es könne nicht gesagt werden, wann die Fistel erstmals wahrnehmbar war und ob sie sich früher als im 03.2010 hätte darstellen lassen. Ein Beweisvorteil kommt dem Kläger in diesem Zusammenhang nicht zugute. Zwar ist anerkannt, dass der Verstoß eines Arztes gegen die Pflicht zur Erhebung eines medizinisch zweifelsfrei gebotenen Befundes eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten nach sich zieht, wenn der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein dringlich reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht hätte (BGH, NJW 1999, 860). Aber im vorliegenden Fall kann, nachdem Prof. Dr. H. ein fünfmonatiges postoperatives Zuwarten für noch akzeptabel erachtet hat, weder von einer zweifelsfrei gebotenen Befunderhebung ausgegangen werden, noch angenommen werden, dass die Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergiebig gewesen wäre.“

Dagegen hat der Kläger nichts erinnert. Allerdings hat er mitgeteilt, er wolle sich nach Vorlage der Berufungserwidlungsschriften weiter äußern. Eine entsprechende Äußerung würde jedoch außerhalb der zur Stellungnahme gesetzten Frist liegen, die am gestrigen Tag ablief.

Im Hinblick darauf hat der Senat erwogen, die Ankündigung des Klägers als Fristverlängerungsgesuch zu deuten. Verstünde man sie, auch wenn ihr - anwaltlich verantworteter - Wortlaut insoweit nichts zu erkennen gibt, in diesem Sinne, wäre das indessen ohne Belang. Dem Gesuch könnte nämlich nicht stattgegeben werden, weil tragfähige Gründe dafür nicht geltend gemacht worden sind. Es weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass die Berufungserwidrungen, von denen im Übrigen die des Beklagten zu 1. bereits vorliegt, dem Kläger eine Hilfestellung dabei geben könnten, dem im Beschluss vom 20.05.2015 unterbreiteten Standpunkt des Senats schlagkräftig entgegen zu treten.

Es war und ist diesseits auch unmöglich, dem Kläger innerhalb der gesetzten Stellungnahmefrist die Gelegenheit einzuräumen, Ergänzendes für die Gewährung einer Fristverlängerung anzuführen. Denn die Ankündigung des Klägers datiert von gestern, dem letzten Tag der Frist, wurde dann abends in den hiesigen Nachtbriefkasten eingelegt und erreichte den Senat erst heute.

**13. OLG Hamm, Beschluss vom 19.06.2015 – I-32 SA 25/15, 32 SA 25/15 – \* Im Arzthaftungsprozess bestimmt sich der Erfolgsort des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung regelmäßig nach dem Ort der in Frage stehenden fehlerhaften ärztlichen Behandlung, wenn durch diese die primäre Gesundheitsbeschädigung des klagenden Patienten eingetreten ist. Der Ort, an dem weitere sekundäre Schadensfolgen einer zuvor vollendeten ärztlichen Behandlung eingetreten sind, ist kein Erfolgsort im Sinne von § 32 ZPO**

**Im Arzthaftungsprozess bestimmt sich der Erfolgsort des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung regelmäßig nach dem Ort der in Frage stehenden fehlerhaften ärztlichen Behandlung, wenn durch diese die primäre Gesundheitsbeschädigung des klagenden Patienten eingetreten ist. Der Ort, an dem weitere sekundäre Schadensfolgen einer zuvor vollendeten ärztlichen Behandlung eingetreten sind, ist kein Erfolgsort im Sinne von § 32 ZPO.**

Fundstellen

PaPfleReQ 2015, 49-50 (Leitsatz und Gründe)

#### Tenor

Zum zuständigen Gericht bestimmt wird das Landgericht Hagen.

#### Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagten als Gesamtschuldner auf Schadensersatz aus zahnärztlicher Behandlung in Anspruch. Er wirft dem Beklagten zu 1) vor, eine nicht geeignete Oberkieferprothese veranlasst, nicht rechtzeitig auf die Anfertigung einer neuen Prothese hingewirkt sowie den vorliegenden Bruxismus des Klägers nicht berücksichtigt zu haben. Der Beklagte zu 2) habe drei Implantate fehlerhaft eingesetzt. Beide Beklagten hätten überdies nicht beachtet, dass die durch den Beklagten zu 2) eingesetzten Implantate nicht ausreichten, um die Oberkieferprothese hinreichend zu fixieren.

Der Kläger hat seinen Wohnsitz in H. Der Beklagte zu 1) hat seinen Praxissitz in T, der Beklagte zu 2) in S.

Der Kläger, der Klage gegen die Beklagten vor dem Landgericht Hagen erhoben hat, beantragt die gerichtliche Bestimmung des zuständigen Gerichts.

II.

1. Das OLG Hamm ist gem. § 36 Abs. 2 ZPO zu der Bestimmung des zuständigen Gerichts berufen, da das nächsthöhere Gericht der in Betracht kommenden Gerichtsstände der BGH ist und das im Bezirk des OLG Hamm liegende LG Hagen zunächst mit der Sache befasst war.

2. Die Voraussetzungen einer gerichtlichen Bestimmung des Gerichtsstands gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO liegen vor.

a) Auch wenn § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO dem Wortlaut nach vom Regelfall einer Zuständigkeitsbestimmung vor Anhängigkeit des Rechtsstreits ausgeht, kann eine Gerichtsstandbestimmung auch nach Klageerhebung vorgenommen werden (allg. Ansicht, vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Auflage 2014, § 36 ZPO, Rn. 16; BeckOK ZPO/Toussaint, § 36 ZPO Rn. 19, jeweils m.w.N.). Der Prozesstand, aufgrund dessen bei fortgeschrittenen Verfahren eine Gerichtsstandbestimmung abzulehnen sein kann (dazu BeckOK ZPO/Toussaint, § 36 ZPO Rn. 21), steht der Zuständigkeitsbestimmung nicht entgegen. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist noch zweckdienlich, da bislang lediglich durch die Beklagten auf die Klage erwidert worden ist.

b) Die Beklagten sollen jedenfalls als einfache Streitgenossen gem. den §§ 59, 60 ZPO, nämlich als für eine - jedenfalls in Teilen in Abstimmung untereinander - durchgeführte ärztliche Behandlung als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden.

c) Die Beklagten haben keinen gemeinsamen allgemeinen Gerichtsstand. Es besteht auch kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand.

aa) Der Sitz der Praxis, der gem. § 21 ZPO einen Gerichtsstand begründet, liegt für den Beklagten zu 1) in T im Bezirk des LG Hagen, für den Beklagten zu 2) in S im Landgerichtsbezirk Wuppertal.

bb) Es ist auch kein gemeinsamer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO begründet.

Für die Begründung des Gerichtsstands nach § 32 ZPO maßgeblich ist jeder Ort, an dem auch nur eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht worden ist (Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 32 ZPO Rn. 16 m.w.N.). Das ist nach ständiger Rechtsprechung bei Begehungsdelikten sowohl der Ort, an dem der Täter gehandelt hat, als auch der Ort, an dem in das geschützte Rechtsgut eingegriffen wurde (Erfolgsort) (z.B. BGH, VI ZR 111/10, NJW 2011, 2059, Rn. 7; BGH, VI ZR 122/09, NJW-RR 2010, 1554, Rn. 10). Erfolgsort ist dabei derjenige Ort, an dem die Verletzung des primär geschützten Rechtsguts eintritt. Dabei umfasst der Erfolgsort nicht jeden Ort, an dem die nachteiligen Folgen eines Umstands spürbar werden, der bereits einen - tatsächlich an einem anderen Ort entstandenen - Schaden verursacht hat (vgl. BGH, VI ZR 69/07, BGHZ 176, 342-347 [juris Rn. 16] zu Art. 5 Nr. 3 LugÜ). Bloße Auswirkungen einer bereits an einem anderem Ort vollendeten Körperverletzung am Wohnort des Verletzten genügen damit auch im Bereich des Arzthaftungsrechts für die Begründung eines Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nicht (OLG Köln, 5 U 238/07, NJW-RR 2009, 569; anders wohl OLG Saarbrücken, 5 W 256/07, BeckRS 2008, 01343).

Nach dem Vortrag des Antragstellers ist nicht sicher feststellbar, dass Erfolgsort für die Behandlungen auch des Beklagten zu 2) der Wohnsitz des Antragstellers ist. Denn die maßgeblichen, nach dem Vortrag des Klägers nicht indizierten und fehlerhaft ausgeführten, Operationen sowohl zum Einsatz der Implantate als auch zu deren späterer Freilegung und zur Unterfütterung der Prothese führten jeweils unmittelbar zu einer Gesundheitsbeschädigung des Klägers im Sinne einer Primärverletzung. Die Lockerung der Implantate, der unzureichende Sitz der durch den Beklagten zu 1) angefertigten Prothese oder die behaupteten Folgeerkrankungen Bandscheibenvorfall und Tinnitus sowie vermeidbare Schmerzen, waren lediglich weitere - sekundäre - Schadensfolgen der vollendeten fehlerhaften Behandlung in der Praxis des Beklagten zu 2).

4. Zu bestimmen war das Landgericht Hagen.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auf der Grundlage von Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Sachdienlichkeit. Zu bestimmen war danach das Landgericht Hagen, das zuständige Gericht für den Beklagten zu 1) ist, bei dem der Schwerpunkt der Behandlung lag, und in dessen Bezirk auch der Wohnsitz des Klägers liegt.

**14. OLG Koblenz, Beschluss vom 18.06.2015 – 5 U 66/15 – \* Berufung im Arzthaftungsprozess: Sorgfaltspflichten eines Hausarztes bei Patient mit kontinuierlich steigendem PSA-Wert; versäumte Überweisung an einen Urologen; inhaltliche Anforderungen an die Patientenberatung; Dokumentationsfehler durch getrennte Dokumentation verschiedener Befunde; Präklusion neuen Parteivortrags zum Behandlungsgeschehen**

#### Leitsatz

**1. Stellt der Hausarzt (Internist) einen weiter gestiegenen erhöhten PSA-Wert fest, was der Abklärung durch einen Urologen bedarf, ist die versäumte Überweisung dorthin als Befunderhebungsmangel und nicht als therapeutischer Beratungsfehler zu qualifizieren.**

**2. Der mündliche Rat, zeitnah erneut einen Urologen zu konsultieren, reicht aus. Sieht der Bundesmantelvertrag (BMV-Ä) für die dortige Weiterbehandlung eine schriftliche Überweisung vor, indiziert deren Fehlen nicht, dass der Hausarzt die Aufforderung versäumt hat, einen Urologen aufzusuchen.**

**3. Ein Hausarzt, der den Patient wegen dessen erneut gestiegenem PSA-Wert auf das Erfordernis der Weiterbehandlung durch einen Urologen hinweist, ist nicht verpflichtet, diesen Rat um eine konkrete Risikoprognose zu ergänzen, sofern unter wertender Gesamtschau des bisherigen Behandlungsgeschehens keinerlei Anhalt besteht, dass der Patient den Rat ignorieren wird.**

**4. Eine getrennte Dokumentation von Ultraschall-, EKG- und sonstigen Befunden ist nicht zu beanstanden, sofern die Dokumentation insgesamt einen mit- weiter- oder nachbehandelnden Arzt in hinreichend verständlicher Weise über die medizinischen Fakten und die daran anknüpfenden Behandlungsschritte informiert.**

**5. Zur zweitinstanzlichen Präklusion von neuem Parteivortrag zu Details des Behandlungsgeschehens, die Indizwirkung für den Inhalt der ärztlichen Beratung haben sollen.**

#### **Orientierungssatz**

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Gericht teilt mit, dass die Berufung nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden ist.

#### **Tenor**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 17.12.2014 zurückzuweisen. Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme bis 15.07.2015.

Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt der Senat aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe.

#### **Gründe**

I. Der Kläger begehrt die Zahlung von Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Einstandspflicht für weitere künftig entstehende materielle und immaterielle Schäden aufgrund hausärztlich-internistischer Behandlung durch den Beklagten.

Beim Kläger wurde im Zuge der hausärztlichen Behandlung durch Dr. R. im05.2005 ein erhöhter PSA-Wert von ca. 6 ng/ml festgestellt. Die nach Überweisung an einen Urologen durchgeführte Stanzbiopsie ergab keine Anhaltspunkte für eine Malignität bzw. ein Prostatakarzinom. Der Urologe empfahl die erneute Kontrolle des PSA-Werts in einem halben Jahr und bei einem weiteren Anstieg eine erneute Biopsie. Im11.2005 ergab eine neue Kontrolle einen PSA-Wert von 7,1 ng/ml.

Zum 1.01.2006 übernahm der Beklagte die Hausarztpraxis von Dr. R..

Am 10.03.2006 wurde eine erneute Kontrolluntersuchung veranlasst, die in den Folgetagen einen PSA-Wert von 10,0 ng/ml ergab. Am 16.03.2006 führte der Beklagte beim Kläger ein Belastungs-EKG durch. Am 10.04.2006 erfolgte eine Sonografie-Diagnostik.

Im05.2006 wechselte der Kläger in die hausärztliche Behandlung durch Dr. H..

Im12.2006 ergab sich bei einer erneuten Kontrolle ein PSA-Wert von 14,62 ng/ml. Daraufhin wurde der Kläger am 11.01.2007 bei einem Urologen vorgestellt.

Am 25.01.2007 ergab eine erneute Biopsie den Befund eines Prostatakarzinoms. Am 10.05.2007 unterzog sich der Kläger einer pelvinen Lymphadenektomie und retropubischen Prostataektomie mit beidseitigem Nervenerhalt. Es schloss sich eine onkologische Nachbehandlung an.

Der Kläger hat behauptet, nach Feststellung des erhöhten PSA-Werts im03.2006 durch den Beklagten sei keine Überweisung in die fachärztliche Behandlung durch einen Urologen erfolgt. Vielmehr habe der Beklagte den Kläger beruhigt und den Befund als nicht besorgniserregend eingestuft. Dies sei als grober Behandlungsfehler einzuordnen. Ein Urologe hätte bei einer Überweisung eine Stanzbiopsie veranlasst und diese zur früheren Diagnose des Prostatakarzinoms geführt. Insofern sei die unterlassene Überweisung ursächlich für den weiteren Verlauf der Erkrankung des Klägers, insbesondere für die eingetretene koronare Herzerkrankung wegen medikamentöser Behandlung. Zudem wäre ihm dann die radio-onkologische Behandlung erspart geblieben.

Der Kläger hat erstinstanzlich ein in das gerichtliche Ermessen gestelltes Schmerzensgeld in einer Mindesthöhe von 15.000,00 € sowie die Feststellung der Einstandspflicht des Beklagten für zukünftige materielle und immaterielle Schäden begehrt.

Der Beklagte hat behauptet, er habe am 16.03.2006 mit dem Kläger den erhöhten PSA-Wert besprochen und ihn darauf hingewiesen, eine Kontrolle durch einen Urologen zu veranlassen. Beim weiteren Besuch am 10.04.2006 habe er ihn nochmals auf die Notwendigkeit einer urologischen Untersuchung hingewiesen.

Das sachverständig beratene Landgericht hat die Klage nach Anhörung der Parteien und Vernehmung von Personal des Beklagten zu Umständen der Dokumentation abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die aus fachmedizinischer Sicht erforderliche Überweisung des Klägers an einen Urologen sei erfolgt. Dies ergebe sich aus dem Ergebnis der Anhörung des Beklagten sowie dessen

Dokumentation, da auf dem Sonografiebefund vom 10.04.2006 die Verweisung an einen Urologen festgehalten worden sei. Es bestehe auch kein Anlass, die Richtigkeit der Dokumentation in Frage zu stellen. Das Fehlen der Aushändigung eines formellen Überweisungsscheins stehe dem nicht entgegen, da es allein auf die tatsächliche Überweisung ankomme. Zur weiteren Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung unter weiterer Verfolgung der erstinstanzlichen Anträge auf ein Schmerzensgeld nach gerichtlichem Ermessen (Mindesthöhe 20.000,00 €) sowie auf Feststellung der Einstandspflicht für materielle und immaterielle Zukunftsschäden. Zur Begründung führt der Kläger an, das Landgericht habe in seiner Entscheidung nicht auf die Dokumentation nach dem Sonografiebefund vom 10.04.2006 abstellen dürfen, da dieses eine sprachliche Unklarheit aufweise („Patient verweisen“ oder „Patient verwiesen“). Zudem sei das Ergebnis der Anhörung des Beklagten bereits unerheblich. Die therapeutische Beratung durch den Beklagten habe eine Darstellung der konkreten Risiken angesichts des im 03. erhobenen PSA-Werts umfassen müssen. Diesen Anforderungen entspreche es nicht, wenn nur auf die Erforderlichkeit einer urologischen Untersuchung hingewiesen werde. Ergänzend bleibt der Kläger bei seinem Vortrag, eine Überweisung sei nicht ausgesprochen, sondern der PSA-Wert verniedlicht worden. Gegen den Hinweis auf eine Vorstellung bei einem Urologen spreche zudem der - erstmals mit der Berufungsbegründung vorgetragene - Umstand, dass der Beklagte den Kläger im zeitlichen Zusammenhang zur Durchführung einer Koloskopie unter Ausstellung eines förmlichen Überweisungsscheins an einen anderen Facharzt überwiesen habe. Dies habe das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung fehlerhaft nicht berücksichtigt. Im Übrigen wird zu den Angriffen des Klägers gegen die Entscheidung des Landgerichts auf die Berufungsbegründung vom 18.03.2015 verwiesen.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Der Senat ist nach dem bisherigen Sach- und Streitstand einstimmig der Überzeugung, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Eine Entscheidung durch Urteil nach mündlicher Verhandlung ist nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht geboten. Von einer mündlichen Verhandlung sind keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Dem Vorbringen des Klägers lassen sich auch keine Anhaltspunkte entnehmen, die eine mündliche Verhandlung geboten erscheinen lassen.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger kann weder ein Befunderhebungsfehler noch eine ungenügende therapeutische Beratung vorgeworfen werden. Daher stehen dem Kläger keine vertraglichen oder deliktischen Ansprüche auf Schadensersatz zu. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Die dagegen erhobenen Angriffe rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.

1. Zutreffend hat das Landgericht einen Befunderhebungsfehler des Beklagten verneint.

a) Dabei ist das Landgericht im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass die weitere Kontrolle nach dem Erheben des PSA-Werts von 10 ng/ml auch dann in die Kategorie eines vom Kläger zu beweisenden Befunderhebungsfehlers einzuordnen ist, wenn es um die Behandlung durch einen Arzt einer anderen Fachrichtung geht (vgl. auch Senat, VersR 2012, 1041). Insoweit trägt der Einwand des Beklagten, es gehe insoweit nur um die Frage der therapeutischen Beratung, nicht. Dass der Beklagte als Facharzt für Innere Medizin aus fachmedizinischer Sicht seiner Pflicht zur Veranlassung der Erhebung von Kontrollbefunden genügt, indem er eine Weiterbehandlung durch einen Urologen in die Wege leitet, hat das Landgericht unter Anknüpfung an die Ausführungen des Sachverständigen zutreffend festgestellt. Dies ist zwischen den Parteien auch nicht streitig.

Es war auch ausreichend, die Verweisung mündlich auszusprechen. Aus dem Bundesmantelvertrag mag sich ergeben, dass grundsätzlich eine formelle Überweisung durch Ausstellung eines Überweisungsscheins geboten ist. Allerdings ist es Aufgabe der Bundesmantelverträge, bundeseinheitlichen Vorgaben für die vertragsärztliche Versorgung niederzulegen (vgl. hierzu etwa Wenzel/Hess, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, Kap. 2, Rn. 125 ff.). Für die haftungsrechtliche Beurteilung, ob der Beklagte die Erhebung des Kontrollbefundes veranlasst hat, ist dies jedoch unerheblich. Insoweit ist allein entscheidend, ob der Beklagte den Kläger an einen Urologen verwiesen hat. Ob dies mündlich oder schriftlich geschehen ist, ist für die Beurteilung des Vorliegens eines Befunderhebungsfehlers nicht von Bedeutung.

b) Die Feststellung des Landgerichts, dass der Beklagte den Kläger ausdrücklich auf eine urologische Behandlung verwiesen hat, begegnet keinen Bedenken. Die Verweisung des Beklagten in die urologische Behandlung ergibt sich aus der Dokumentation auf dem Sonografiebefund vom 10.04.2006. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Tatrichter einer ordnungsgemäßen und vertrauenswürdigen Dokumentation Glauben schenken (BGH NJW 1978, 1681, 1682). Unzulänglichkeiten und Zweifel an der Dokumentation bestehen nicht.

aa) Diese können sich zunächst nicht daraus ergeben, dass der Beklagte seine Behandlungsunterlagen zu Ultraschallbefunden, Niederschriften im Zusammenhang mit EKG-Befunden sowie die sonstige Dokumentation getrennt geführt hat. Zwar ist der Arzt verpflichtet, das Behandlungsgeschehen zu dokumentieren und die Dokumentation korrekt aufzubewahren (ständige Rechtsprechung; vgl. nur BGHZ 72, 132).

Ihr Zweck bezieht sich indes allein auf therapeutische Belange (vgl. etwa Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. IX Rn. 47 ff.). Sie soll die Sicherheit des Patienten bei der medizinischen Versorgung durch den weiter-, mit- oder nachbehandelnden Arzt gewährleisten und über die durchgeführten Behandlungsmaßnahmen und den Krankheitsverlauf unterrichten. Angesichts dieses Zwecks begegnet es keinen Bedenken, wenn der Beklagte seine Dokumentation nach Ultraschall-, EKG- und sonstigen Behandlungen getrennt, aber gleichwohl systematisch führt.

bb) Bedenken gegen die Dokumentation ergeben sich auch nicht daraus, dass der Beklagte die Dokumentation in erster Instanz nicht vollständig vorgelegt hat. Ursache hierfür war - wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat -, dass der Beklagte dem Kläger einen Großteil der Behandlungsdokumentation über eine seiner Mitarbeiterinnen im 05.2006 ausgehändigt hat. Insoweit nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden und nicht zu beanstandenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung Bezug.

cc) Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich aus der Dokumentation auch die Verweisung des Klägers an einen Urologen. Der Kläger nimmt insoweit für sich in Anspruch, die Niederschrift durch den Beklagten laute „Pat. an Urologen verweisen“ und nicht „Pat. an Urologen verwiesen“. Diese Betrachtung überzeugt jedoch nicht. Der Beklagte hat im Verhandlungstermin vom 6.02.2013 die Dokumentation selbst vorgelesen und dabei klargestellt, in der Dokumentation sei niedergelegt, dass der Patient „verwiesen“ wurde (vgl. S. 6 des Protokolls zur mündlichen Verhandlung). Dies deckt sich mit dem Gutachten des Sachverständigen, der ebenfalls von der Niederlegung des Wortes „verwiesen“ ausgeht (S. 3 des Gutachtens vom 12.01.2014). Auch aus Sicht des Senats ist in der Dokumentation zu dem Sonografiebefund (vgl. Anlage B1) verzeichnet „Pat. an Urologen verwiesen“. Dieser Interpretation steht auch nicht entgegen, dass der Beklagte in der Klageerwidern selbst das Wort „verweisen“ verwendet, da es sich - wie durch seinen Prozessbevollmächtigten klargestellt wurde - um ein Versehen bei der Abfassung der Klageerwidern handelt, dass zudem inhaltlich dadurch korrigiert wurde, dass in der weiteren Klageerwidern zweifelsfrei verdeutlicht wurde, dass der Beklagte nach seinem Sachvortrag den Kläger „verwiesen“ hat und dies auch dokumentiert wurde.

dd) Auch das fehlende Ausstellen des Überweisungsscheins spricht nicht gegen die Erteilung einer mündlichen Überweisung. Denn der Beklagte hat durchaus nachvollziehbar angegeben, von einer laufenden urologischen Behandlung ausgegangen zu sein, die keinen Überweisungsschein erfordert. Auch der Umstand, dass - wie etwa der Sachverständige klarstellt - in der Praxis häufig ohne aufgestellten Überweisungsschein der Facharzt aufgesucht wird, spricht dagegen, dem Fehlen der Ausstellung eines Überweisungsscheins eine ausschlaggebende und die Dokumentation entkräftende Bedeutung beizumessen.

c) Das Landgericht ist daher aufgrund der Dokumentation und des Ergebnisses der Anhörung des Beklagten, der die ausdrückliche Verweisung des Klägers in die Behandlung eines Urologen am 10.04.2006 bestätigt hat, zu Recht von der Veranlassung der urologischen Abklärung durch den Beklagten ausgegangen.

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung erstmals anführt, die fehlende Veranlassung der Behandlung durch einen Urologen ergebe sich daraus, dass der Beklagte keine förmliche Überweisung ausgestellt habe, obgleich er parallel eine Überweisung zur Durchführung einer Koloskopie in Form eines Überweisungsscheins vorgenommen habe, ist dieses Vorbringen bereits nach § 531 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen. In erster Instanz hat der Kläger diese aus seiner Sicht zu berücksichtigenden Indiztatsachen nicht vorgetragen. Erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014 wurde durch den Sachverständigen die Frage gestellt, wie es zur Durchführung der Koloskopie gekommen sei. In der mündlichen Verhandlung konnte sich der Kläger hierzu nicht konkret einlassen; der Beklagte verneinte nach seiner Erinnerung eine von ihm vorgenommene Überweisung.

Innerhalb der hiernach gewährten Schriftsatzfrist ist ebenfalls kein Vortrag zu diesem Gesichtspunkt erfolgt.

Soweit der Kläger dies nun erst mit der Berufungsbegründung nachholt, erfolgt dies verspätet. Entschuldigungsgründe hat der Kläger nicht angeführt. Sie sind auch nicht ersichtlich. Der Gesichtspunkt, ob der Beklagte zeitgleich im Frühjahr 2006 eine formelle Überweisung an einen anderen Arzt ausgestellt hat, wurde in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014 ausdrücklich angesprochen. Falls der Kläger dies für erheblich hielt und seinen Vortrag nicht binnen der nachgelassenen Frist ergänzte, beruht dies auf einer Nachlässigkeit.

Der Kläger kann die Zulassung dieses Vorbringens nicht auf § 531 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bzw. 2 ZPO stützen, da weder die Beweiswürdigung unvollständig ist noch ein Verfahrensfehler des Landgerichts vorliegt. Soweit der Kläger versucht, darzustellen, dass das Landgericht diesen Umstand bei seiner Beweiswürdigung aufgrund des Akteninhalts habe berücksichtigen müssen, trägt dies nicht. Das Landgericht war auch nicht gehalten, ohne konkreten Sachvortrag aufgrund etwaiger Anhaltspunkte in den Anlagen auf diese Frage einzugehen, zumal es sich nicht um einen medizinischen Aspekt, sondern um einen nicht von den Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses geprägten tatsächlichen Umstand handelt.

2. Auch ein Verstoß des Beklagten gegen seine therapeutischen Beratungspflichten hat das Landgericht zu Recht verneint.

Die Pflicht zur therapeutischen Information bezweckt, durch begleitende beratende Maßnahmen zum Erfolg der medizinischen Heilbehandlung beizutragen und mögliche Selbstgefährdungen des Patienten zu vermeiden (vgl. BGH, NJW 2005, 1716; BGH, NJW 2004, 3703). Verfehlungen in diesem Bereich stellen sich als Behandlungsfehler dar und sind daher vom Patienten zu beweisen (vgl. nur BGH, NJW 2005, 1716). Die Intensität der therapeutischen Beratung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. zur Kodifikation der therapeutischen Information in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB auch BT-Drs. 17/10488, S. 21).

Vorliegend hat der Beklagte mit der dokumentierten und von ihm bestätigten Erläuterung des PSA-Befundes sowie der mündlich ausgesprochenen Verweisung an einen Urologen seine Informationspflichten erfüllt. Entgegen der Auffassung des Klägers war er nicht gehalten, konkrete Risikobeurteilungen angesichts des im 03.2006 erhobenen PSA-Wertes, der von dem des Vorjahres abwich, vorzunehmen. Anders als in Fällen der Verweigerung einer Behandlungsmaßnahme, in denen der Arzt verpflichtet ist, dem Patienten eindringlich und ernsthaft die Bedeutung der Untersuchung darzustellen und klarzustellen, welche Folgen mit dem Unterbleiben dieser Untersuchung verbunden sein können (vgl. etwa OLG Oldenburg, MedR 2011, 163 m.w.N.) erforderte die vorliegend geschuldete therapeutische Information keine eindringliche Risikodarstellung für den Fall der Ablehnung der Behandlung. Der Beklagte konnte aufgrund der Behandlungshistorie davon ausgehen, dass dem Kläger die Bedeutung der erforderlichen urologischen Abklärung bewusst war. Bereits im Vorjahr war bei ihm aufgrund eines erhöhten PSA-Werts eine Stanzbiopsie vorgenommen worden. Dies deckt sich auch mit dem eigenen Sachvortrag des Klägers, der im Schriftsatz vom 27.09.2012 ausgeführt hat, dass die nächste Kontrolle des PSA-Wertes im 12.2006 von ihm veranlasst wurde, weil er „sehr wohl um seinen PSA-Wert besorgt war und von sich aus eine erneute Abklärung veranlasste“. Insoweit war der Beklagte - was sich mit den Ausführungen des Sachverständigen deckt - im Wege seiner sekundären Darlegungslast nicht gehalten, konkreter zu seiner therapeutischen Information vorzutragen.

3. Eine Haftung des Beklagten ergibt sich auch nicht aus einer - von den Parteien nicht konkret angesprochenen - Verletzung der Koordinationspflicht. Die mündliche Überweisung war - wie ausgeführt - ausreichend, um die Erhebung der Kontrollbefunde sicherzustellen. Diese mündliche Überweisung erfolgte zur Weiterbehandlung hinsichtlich des Krankheitsbildes. Daher endete insoweit der Verantwortungsbereich des Beklagten.

III. Im Ergebnis hat die Berufung daher nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht. Ein Termin zur mündlichen Verhandlung ist auch unter Berücksichtigung der Neufassung des § 522 Abs. 2 ZPO nicht geboten.

Zur Vermeidung weiterer Kosten wird angeregt, die Berufung zurückzunehmen.

Der Senat beabsichtigt, den Streitwert entsprechend der Wertangabe des Klägers und der unbeanstandet gebliebenen erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung auf 20.000,00 € festzusetzen.

**15. BGH, Beschluss vom 16.06.2015 – VI ZR 332/14 – \* Berufung im Arzthaftungsprozess wegen Geburtsschäden: Pflicht des Tatrichters zu Klärung von Widersprüchen von Amts wegen; Einwand des verspäteten Vorbringens bei fehlender richterlicher Aufklärung von Amts wegen; Rechtsfehler bei Begutachtung durch Sachverständigen eines nicht einschlägigen Fachgebiets**

**Orientierungssatz**

**1. Ergibt sich ein Widerspruch zwischen den im Einklang mit den Behandlungsunterlagen stehenden Ausführungen eines Sachverständigen im schriftlichen Gutachten und seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung (hier: Angaben zu der Bemessung eines pH-Wertes), so ist der Tatrichter verpflichtet, den ihm zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt auszuschöpfen und sämtlichen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen von Amts wegen nachzugehen.**

**2. Hätten das erstinstanzliche Gericht oder auch das Berufungsgericht einen solchen Widerspruch von Amts wegen erkennen und bei der Beurteilung der Kausalitätsfrage berücksichtigen müssen, so ist dahingehendes Vorbringen einer Partei nicht neu im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO.**

**3. Durch die unterlassene Berücksichtigung eines von Amts wegen klärungsbedürftigen Widerspruchs verletzt das Berufungsgericht den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör.**

**4. Das erstinstanzliche Gericht muss von Amts wegen beachten, dass die streitigen Fragen von einem Sachverständigen aus dem einschlägigen Fachgebiet beantwortet werden. Der Umstand, dass die nicht beweisbelastete Partei erstinstanzlich den Hinweis darauf unterlassen hat, dass eine streitige Frage nicht von einem Sachverständigen aus dem einschlägigen Fachgebiet beantwortet worden ist, nimmt ihr nicht das Recht, diesen Rechtsfehler in der Berufungsinstanz zu beanstanden.**

Fundstellen

GesR 2015, 539-541 (red. Leitsatz und Gründe)

VersR 2015, 1293-1295 (red. Leitsatz und Gründe)

### Tenor

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 2 wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 25.06.2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 866.500 €

### Gründe

I.

Die am 21.01.2006 im Wege einer Notsectio geborene Klägerin nimmt den Beklagten zu 2 (nachfolgend: Beklagter) als geburtsleitenden Belegarzt in der Klinik der ehemaligen Beklagten zu 1 wegen unzureichender Aufklärung über die Risiken einer eingeleiteten Vaginalgeburt nach bereits zuvor erfolgter Sectio auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch. Bei der Mutter der Klägerin war bereits im Jahre 2003 wegen eines vermuteten Missverhältnisses zwischen dem kindlichen Kopf und dem mütterlichen Becken eine elektive Sectio durchgeführt worden. Ende des Jahres 2005 wurde die Mutter der Klägerin von dem sie behandelnden Gynäkologen an den Beklagten zur Geburtsplanung überwiesen. Das entsprechende Gespräch mit der Mutter der Klägerin dokumentierte der Beklagte wie folgt: "Pat. kommt zur Geburtsplanung bei vorausgegangenem Kaiserschnitt, siehe Arztbrief in der PIA. Spontan-partus anstreben, Einleitung am Termin, dann nicht zu lange mit Sectio. Grav. Mens 7 bis 10". Am 21.01.2006 in der 40 + 1 SSW fand sich die Klägerin in dem von der ehemaligen Beklagten zu 1 betriebenen Klinikum zum Zwecke der Geburtseinleitung bei Gestationsdiabetes ein. Die Aufnahme erfolgte um 8.00 Uhr durch die ehemalige Beklagte zu 3, eine Hebamme. Um 8.40 Uhr erfolgte die Einleitung durch Verabreichung von 1 mgg Minprostien-Gel (Prosta-glandin) intravaginal. Um 14.55 Uhr verabreichte die ehemalige Beklagte zu 4, eine andere Hebamme, eine weitere Dosis Minprostien-Gel intravaginal. Um 17.57 Uhr zeigte das CT kindliche Herztöne von nur noch 90 Schlägen pro Minute. Diese erholten sich auf 115 Schläge pro Minute. Um 18.00 Uhr informierte die Beklagte zu 4 den Beklagten zu 2 und verabreichte der Mutter der Klägerin nach weiteren Abfällen der kindlichen Herztöne um 18.07 Uhr eine Bolusinjektion Partusisten zur Wehenhemmung. Sie informierte das Operationsteam über eine bevorstehende Sectio. Um 18.09 Uhr erreichte der Beklagte zu 2 den Kreissaal und ordnete nach einer Ultraschalluntersuchung um 18.18 Uhr eine Notsectio an. Um 18.26 Uhr wurde die Klägerin in "schwer deprimierten" Zustand entwickelt. Ihr Zustand wurde wie folgt beschrieben: "Stamm rosig, schwach, schwacher Puls, keine Eigenatmung". Die Klägerin wurde sofort reanimiert, intubiert und weiter behandelt. Um 18.46 Uhr erschienen die um 18.25 Uhr informierten Kinderärzte der Kinderklinik des Städtischen Klinikums W. . Um 19.20 Uhr wurde die Klägerin in die Kinderklinik verlegt. Ursache für die Geburtskomplikation war eine plötzlich aufgetretene Uterusruptur. Im OP-Bericht heißt es insoweit nach Eröffnen der Bauchhöhle: "Es quillt sofort Blut und Blutkoagel aus der Bauchhöhle. Nach Entfernen derselben zeigt sich eine Uterusruptur, aus der bereits die Plazenta hervorkommt. Das Kind ist nach kranial verdrängt".

Die Klägerin hat behauptet, sie habe infolge der Uterusruptur schwere hirnorganische Schädigungen davon getragen. Sie leide unter erheblichen psychomotorischen Schädigungen, einer infantilen Cerebralparese und einer außergewöhnlich schweren Entwicklungsstörung. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; es hat angenommen, der Beklagte hafte wegen unzureichender Aufklärung über die mit einer eingeleiteten Vaginalgeburt nach zuvor erfolgter Sectio verbundenen Gefahren. Das Oberlandesgericht hat die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Leistungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt wird, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jedweden künftigen materiellen und immateriellen Schaden aus ihrer Geburt am 21.01.2006 zu ersetzen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

II.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die von der Klägerin erlittenen Gesundheitsschäden seien auf die Uterusruptur zurückzuführen, beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

1. Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten in der Berufungsbegründung erhobenen Einwände gegen die Beurteilung des Landgerichts, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin seien auf die Uterusruptur zurückzuführen, gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Es hat ausgeführt, der Beklagte habe "den Einwand der fehlenden Kausalität" in erster Instanz nicht bzw. ohne jede Substanz erhoben. Die dazu nun erstmals unterbreiteten Behauptungen seien weitgehend spekulativ. Die vom Beklagten in der Berufungsbegründung geltend gemachte Schädigung der Klägerin vor der Geburt sei nicht substantiiert dargetan. Der sachkundige Beklagte habe nicht aufgezeigt, dass die festgestellten geringen chronischen Durchblutungsstörungen der Plazenta überhaupt die Folgen bei der Klägerin hätte nach sich ziehen können, ohne dass in der Geburtsüberwachung weitere Symptome zu Tage getreten wären. Auch hätte

eine solche Annahme des Beklagten schon bei der Geburtsplanung eine andere Aufklärung, Befunderhebung und Behandlung nach sich ziehen müssen. Der Sachverständige habe in seinem Gutachten für den Senat überzeugend begründet, dass der abrupte Sauerstoffmangel über eine halbe Stunde hinweg die heutigen Defizite der Klägerin erklären und die niedrigen Apgar-Werte und der "aufgrund der fehlenden Sauerstoffversorgung nicht sicher feststellbare pH-Wert die Schädigung unter der Geburt" belegten. Dass Krampfanfälle zwingend gewesen seien und sich bei Untersuchungen hätten zeigen müssen, sei nicht zu ersehen. Zur Berücksichtigung des pH-Werts habe die Berufungserwiderung alles Erforderliche dargelegt. Der Beklagte habe letztlich nicht bestritten, dass sich mit der Uterusruptur ein Risiko der vaginalen Geburt realisiert habe und dieses konkret geeignet gewesen sei, den verursachten Schaden herbeizuführen. Den Gegenbeweis, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin in gleicher Weise im Zuge einer von Anfang an geplanten Resectio aufgetreten wären, hätte der Beklagte als Einwand eines hypothetischen Kausalverlaufs führen müssen. Hierzu fehle es sowohl an einem hinreichenden Sachvortrag, der dem fachkundigen Beklagten zuzumuten sei, als auch an entsprechenden Belegen. Hinzu komme, dass der Beklagte mit neuem Sachvortrag nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen sei. Denn ihm als einschlägig gebildeten Facharzt kämen keine Darlegungserleichterungen zu. Der Einholung eines neonatologischen Gutachtens bedürfe es beim derzeitigen Verfahrensstand nicht.

2. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet mit Erfolg, dass das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat, wonach die Klägerin entgegen der Annahme des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht keinen niedrigen pH-Wert aufgewiesen habe; ausweislich des Berichts der Klinik für Kinder- und Jugendmedizin des Stadtkrankenhauses W. sei die Analyse des Nabel-pH-Wertes vielmehr nicht verwertbar gewesen. Durch die unterlassene Berücksichtigung dieses Vorbringens hat das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

a) Der Sachverständige hatte in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ausgeführt: "Bei dem niedrigen Apgar-Wert und dem niedrigen pH-Wert ist eigentlich davon auszugehen, dass die wesentlichen Schädigungen der Klägerin bereits zum Zeitpunkt ihrer Geburt eingetreten waren". Auf diese Angaben hat das Landgericht seine Überzeugung gestützt, dass die Uterusruptur kausal für die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin war. Das gegen diese Beurteilung gerichtete Vorbringen des Beklagten ist nicht neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. Die fehlende Verwertbarkeit des pH-Wertes ergab sich, worauf die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht hinweist, nicht nur aus dem bereits erstinstanzlich bei den Akten befindlichen Bericht der Klinik für Kinder- und Jugendmedizin des Stadtkrankenhauses W., sondern auch aus den von den ehemaligen Beklagten zu 1 und 3 erstinstanzlich zu den Akten gereichten Behandlungsunterlagen. Danach war das Blut aus der Nabelschnurarterie zur Bestimmung des pH-Wertes erst eine Stunde nach der Geburt abgenommen und der festgestellte Wert von 6,61 als "wohl nicht aussagekräftig" bezeichnet worden. Diesen Gesichtspunkt hatte auch der Sachverständige im Rahmen der Auswertung der Behandlungsunterlagen auf S. 5 seines schriftlichen Gutachtens angeführt. Er hatte zusätzlich bemerkt, dass das Nabelblut erst um 19.20 Uhr entnommen worden sei, weil die ehemalige Beklagte zu 4 bei der Reanimation assistiert habe; das Blut sei größtenteils geronnen gewesen. Diese - ihm günstigen - Umstände hatte sich der Beklagte zumindest hilfswise zu eigen gemacht (vgl. Senatsbeschlüsse vom 30.11.2010 - VI ZR 25/09, VersR 2011, 1158 Rn. 9; vom 24.03.2015 - VI ZR 179/13 Rn. 14, 17). Den Widerspruch zwischen den im Einklang mit den Behandlungsunterlagen stehenden Ausführungen des Sachverständigen im schriftlichen Gutachten und seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung, wonach der pH-Wert der Klägerin niedrig gewesen sei, hätten sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht von Amts wegen erkennen und bei der Beurteilung der Kausalitätsfrage berücksichtigen müssen. Denn der Tatrichter ist verpflichtet, den ihm zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt auszuschöpfen und sämtlichen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen von Amts wegen nachzugehen (vgl. Senatsurteile vom 23.03.2004 - VI ZR 428/02, VersR 2004, 790; vom 8.07.2008 - VI ZR 259/06, VersR 2008, 1265, jeweils mwN).

Dies gilt umso mehr, als das Landgericht die streitige Frage, ob die Uterusruptur kausal für die Gesundheitsschäden der Klägerin war, erstmals in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht thematisiert hat. Die Frage war nicht Gegenstand der Beweisbeschlüsse vom 26.07. bzw. 6.09.2011 mit der Folge, dass sich der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten mit ihr nicht befasst hatte.

b) Der Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich. Die angefochtene Entscheidung wird nicht von der Hilferwägung getragen, der Einwand des Beklagten träfe nicht zu. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht insoweit eine von der Beurteilung des gerichtlich bestellten Sachverständigen abweichende, eigene medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens vorgenommen hat ohne aufzuzeigen, dass es über die erforderliche Sachkunde verfügt. Das Berufungsgericht hat die Angaben des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung, die das Landgericht noch exakt übernommen hatte und wonach "angesichts des niedrigen Apgar-Wertes sowie des niedrigen pH-Wertes" davon auszugehen sei, dass die wesentlichen Schädigungen der Klägerin bereits zum Zeitpunkt ihrer Geburt eingetreten gewesen seien" dahingehend abgeändert, dass die niedrigen Apgar-Werte und

"der aufgrund der fehlenden Sauerstoffversorgung nicht sicher feststellbare pH-Wert" die Schädigung unter der Geburt belege. Woher das Berufungsgericht die Erkenntnis nimmt, dass der pH-Wert aufgrund fehlerhafter Sauerstoffversorgung nicht feststellbar gewesen sein soll und dies die Kausalität der Uterusruptur für die Schädigung belege, ist nicht erkennbar. Diese Beurteilung findet in den Ausführungen des Sachverständigen keine Grundlage.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Berufungsgericht bei der gebotenen Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten nicht die erforderliche Überzeugung gebildet hätte, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin auf die Uterusruptur zurückzuführen sind. Denn der Patient trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Schadensfolge, für die er Ersatz verlangt, durch den eigenmächtigen Eingriff des Arztes verursacht worden ist und nicht auf eine andere Ursache zurückgeht. Eine Unterlassung ist für den Schaden nur dann kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens verhindert hätte (vgl. zur Beweislast für die Kausalität des eigenmächtigen Eingriffs für die geltend gemachte Schadensfolge: Senatsurteil vom 7.02.2012 - VI ZR 63/11, BGHZ 192, 298 Rn. 10).

3. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet darüber hinaus mit Erfolg, dass das Berufungsgericht auch die weiteren vom Beklagten in der Berufungsbegründung erhobenen Einwände gegen die Beurteilung des Landgerichts, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin seien auf die Uterusruptur zurückzuführen, gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat.

a) Das Vorbringen des Beklagten, wonach die Plazenta der Mutter der Klägerin geringe chronische Durchblutungsstörungen aufgewiesen habe und es deshalb bereits vor der Geburt zu einer Schädigung der Klägerin gekommen sei, ist nicht neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. Diesen Gesichtspunkt hatte der gerichtliche Sachverständige auf S. 6 seines schriftlichen Gutachtens in das Verfahren eingeführt. Da er dem Beklagten günstig ist, hatte er ihn sich zumindest hilfsweise zu Eigen gemacht (vgl. Senatsbeschlüsse vom 30.11.2010 - VI ZR 25/09, VersR 2011, 1158 Rn. 9; vom 24.03.2015 - VI ZR 179/13 Rn. 14, 17). Hinzu kommt, dass es sich bei den Fragen, ob eine Schädigung der Klägerin infolge der geringen chronischen Durchblutungsstörungen aufweisenden Plazenta vor der Geburt oder möglicherweise angesichts des Ausbleibens cerebraler Krampfanfälle erst nach der Geburt eingetreten ist, um solche handelt, die nicht von einem gynäkologischen Sachverständigen, sondern einem neonatologischen Sachverständigen zu beurteilen sind. Dies hätte das erstinstanzliche Gericht bereits von Amts wegen beachten müssen. Der Umstand, dass die nicht beweisbelastete Partei erstinstanzlich den Hinweis darauf unterlassen hat, dass eine streitige Frage nicht von einem Sachverständigen aus dem einschlägigen Fachgebiet beantwortet worden ist, nimmt ihr nicht das Recht, diesen Rechtsfehler in der Berufungsinstanz zu beanstanden.

b) Das Berufungsgericht hat dem Beklagten darüber hinaus rechtsfehlerhaft Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO vorgeworfen. Es hat zu hohe Anforderungen an die Informations- und Substantiierungspflicht der Partei im Arzthaftungsprozess gestellt. Das Berufungsgericht hat die Nachlässigkeit des Beklagten daraus abgeleitet, dass er sachkundig sei und es ihm deshalb zuzumuten sei, im Einzelnen aufzuzeigen, warum die Schädigung der Klägerin nicht auf die Uterusruptur zurückzuführen ist. Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, dass der Beklagte kein Neonatologe ist, der die Auswirkungen von chronischen Durchblutungsstörungen der Plazenta auf die Entwicklung des kindlichen Gehirns bzw. das Auftreten cerebraler Krampfanfälle als Voraussetzung für die Annahme einer hypoxischen Hirnschädigung beurteilen kann. Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Parteien im Arzthaftungsprozess nicht verpflichtet, ihre Einwendungen bereits in erster Instanz auf Privatgutachten oder sachverständigen Rat zu stützen (vgl. Senatsurteil vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03 Rn. 27). Bei dieser Sachlage kann es nicht als nachlässig angesehen werden, wenn die Partei in zweiter Instanz ihren Angriff konkretisiert, nachdem sie oder ihr Prozessbevollmächtigter durch medizinische Recherchen zusätzliche Informationen beispielsweise über die Schädigungsmechanismen des kindlichen Gehirns erlangt hat. Denn auch der Arzt ist nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung spezielles medizinisches Fachwissen außerhalb seines Fachbereichs anzueignen (vgl. Senatsurteil vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03 Rn. 28).

4. Die Nichtzulassungsbeschwerde wendet sich auch mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe wissen müssen, dass Prostaglandine das Risiko der Uterusruptur nennenswert erhöhen. Zwar hatte der gerichtlich bestellte Sachverständige angegeben, diese Erkenntnisse seien bereits 2004 in der Presse gewesen. Das Landgericht und ihm folgend das Berufungsgericht haben insoweit allerdings gegen ihre Verpflichtung verstoßen, den ihnen zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt auszuschöpfen und sämtlichen Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen von Amts wegen nachzugehen (vgl. Senatsurteile vom 23.03.2004 - VI ZR 428/02, VersR 2004, 790; vom 8.07.2008 - VI ZR 259/06, VersR 2008, 1265, jeweils mwN). Der Sachverständige, Leiter des Perinatalzentrums der Universitätsklinik Bonn und damit eines Krankenhauses der Maximalversorgung, hat seine gutachterlichen Äußerungen zum Großteil mit Fundstellen belegt, die erst nach der streitgegenständlichen Geburt veröffentlicht wurden, so insbesondere mit der Leitlinie AWMF Schwangerschaftsbetreuung und Geburtseinleitung bei Zustand nach Kaiserschnitt von 08.2010 Deutschland und der entsprechenden britischen Leitlinie von 02.2007. Die einzig bereits existierende Leitlinie, auf die der Sachverständige seine Beurteilung stüt-

zen kann, ist die kanadische Leitlinie von 02.2005. Ob ein deutscher Gynäkologe, der nicht in einem Zentrum der Maximalversorgung tätig ist, sondern nur über Belegbetten in einem Krankenhaus der Allgemeinversorgung verfügt, im 01.2006 Kenntnis von der kanadischen Leitlinie haben musste, haben die Vorinstanzen mit dem Sachverständigen nicht erörtert (vgl. Senatsurteil vom 29.01.1991 - VI ZR 206/90, BGHZ 113, 297, 306).

III.

Bei der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, sich auch mit den weiteren Einwänden der Parteien im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zu befassen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken.

Galke                      Wellner                      Stöhr  
von Pentz                      Roloff

<Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Der Berichtigungsbeschluss vom 14.08.2015 ist in den Beschlusstext eingearbeitet worden.>

## **16. OLG Köln, Beschluss vom 15.06.2015 – 5 U 186/14 – \* Arzthaftung: Übersehen einer Orbitabodenfraktur als grober Behandlungsfehler**

### **Orientierungssatz**

**1. Ist auf einer Röntgenaufnahme deutlich eine Orbitabodenfraktur und eine abklärungsbedürftige Verschattung der Nasennebenhöhlen zu sehen, der von einem Facharzt für Unfallchirurgie hätten erkannt werden müssen, so ist mit der Diagnose einer Schädelprellung bei gleichzeitiger Verneinung einer knöchernen Verletzung die Schwelle vom bloßen objektiven und nicht fehlerhaften Diagnoseirrtum zum Behandlungsfehler überschritten.**

**2. Ist die Diagnose anhand der Röntgenaufnahme nicht in jeder Hinsicht offensichtlich und fehlen spezifische klinische Hinweise auf eine Orbitabodenfraktur, die einen entsprechenden Bruch in besonderer Weise nahe legen, so liegt ein grober Behandlungsfehler nicht vor.**

### **Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 5.11.2014 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 376/10 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Der Kläger erhält Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Der Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren wird zurückgewiesen.

### **Gründe**

I.

Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger kann von der Beklagten wegen der Behandlung nach dem Sturz vom 8.11.2008 gemäß §§ 280 Abs. 1, 831 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung von Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen. Den für die Beklagte handelnden Ärzten fällt kein schadensursächlicher Behandlungsfehler zur Last.

Aus dem Umstand, dass nach der Beurteilung des unfallchirurgischen Sachverständigen Dr. S auf der Orbitabodenaufnahme deutlich die Orbitabodenfraktur rechts und eine abklärungsbedürftige Verschattung der Nasennebenhöhlen zu sehen waren, die von einem Facharzt für Unfallchirurgie hätten erkannt werden müssen, hat das Landgericht zu Recht nur darauf geschlossen, dass die am 8.11.2008 gestellte Diagnose einer Schädelprellung bei gleichzeitiger Verneinung einer knöchernen Verletzung einen als einfachen Behandlungsfehler zu wertenden Diagnosefehler darstellt. Die Verschattung der Nasennebenhöhlen hat Dr. S teils als deutlich, teils aber auch - so bei der Befundung der Orbitabodenaufnahme im schriftlichen Gutachten - als angedeutet beschrieben. Die deutliche Erkennbarkeit der Fraktur und die Erkennbarkeit der Verschattung auf der Röntgenaufnahme führt lediglich dazu, dass ein vorliegendes Krankheitsbild in nicht mehr vertretbarer Weise verkannt wurde, mithin die Schwelle vom bloßen objektiven und nicht fehlerhaften Diagnoseirrtum zum Behandlungsfehler überschritten ist.

Ein zur Beweislastumkehr in Bezug auf die Kausalität führender grober Behandlungsfehler liegt demgegenüber sowohl nach der zusammenfassenden Beurteilung von Dr. S als nach seinen sonstigen Ausführungen, die die zusammenfassende Wertung tragen, nicht vor. Ein Behandlungsfehler ist als grob anzusehen, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGH, Urteil vom 25.10.2011 - VI ZR 139/10, iuris Rdn. 8 m.w.Nachw., abgedruckt in VersR 2012, 362 f.). Die Beurteilung, ob ein Behandlungsfehler als grob oder nicht grob einzustufen ist, ist eine juristische Wertung, die dem Tatrichter

und nicht dem Sachverständigen obliegt. Die Bewertung eines Behandlungsgeschehens als grob fehlerhaft muss allerdings in den Ausführungen eines Sachverständigen ihre tatsächliche Grundlage finden und darf keinesfalls entgegen dessen fachlichen Ausführungen erfolgen (BGH, aaO Rdn. 9).

Im Streitfall sind Gründe vorhanden, die den Fehler als verständlich erscheinen lassen. Dr. S hat zunächst darauf hingewiesen, dass die Beurteilung des Gesichtsschädels für einen Unfallchirurgen grundsätzlich eine schwierige Angelegenheit ist, was einleuchtet, weil in erster Linie die Fachgebiete der Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie sowie der Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde betroffen sind. Der Sachverständige ist ferner zu der Einschätzung gelangt, dass etwa 70 % der Ärzte seiner Abteilung, darunter alle Fachärzte, die Fraktur erkannt hätten, während etwa 30 % sie nicht diagnostiziert hätten. Dass der Bruch des Orbitabodens anhand der Röntgenaufnahme für jüngere und unerfahrene Ärzte nicht oder nicht sicher zu diagnostizieren ist, zeigt, dass die Diagnose nicht in jeder Hinsicht offensichtlich war, was dafür spricht, dass auch ein Facharzt die Fraktur übersehen konnte, ohne dass ihm ein schlechterdings unverständliches Verhalten vorzuwerfen ist. Maßgeblich kommt hinzu, dass spezifische klinische Hinweise auf eine Orbitabodenfraktur, das heißt vor allem Sehstörungen oder sonstige Funktionsstörungen, die einen entsprechenden Bruch in besonderer Weise nahe gelegt hätten, fehlten. Doppelbilder hat der Kläger noch bei der Untersuchung im Universitätsklinikum Aachen am 9.12.2008 ausdrücklich verneint. Das Fehlen der spezifischen klinischen Entsprechung macht es verständlich, dass der Hinweis auf die Fraktur in der Orbitabodenaufnahme von den Ärzten der Beklagten nicht erkannt wurde. Soweit der Kläger auf S. 21 f. der Berufungsbegründung auf die am 8.11.2008 zweifellos vorhandenen Schmerzen, die Platzwunde im rechten Augenwinkel, die deutliche Schwellung und das Hämatom perioculär verweist, handelt es sich um Umstände, die eine Abklärung eines danach möglichen Bruchs durch Röntgenaufnahmen erforderten, dagegen unter Zugrundelegung der nachvollziehbaren Ausführungen von Dr. S nicht um spezifische Hinweise auf die später festgestellten Frakturen. Die Schmerzen des Klägers ließen sich durch die gestellten Diagnosen einer Schädelprellung und einer Platzwunde ohne weiteres erklären. Die Alkoholisierung des Klägers spielt für das Ausmaß der von den Ärzten bei der klinischen Untersuchung und der Befundung der Röntgenaufnahmen zu fordernden Sorgfalt schon deshalb keine Rolle, weil der Kläger nach seinem eigenen Vorbringen im Laufe des Abends nur zwei Bier getrunken hatte. Bei diesem Trinkverhalten war nicht zu erwarten, dass der Kläger bei der Vorstellung in der Ambulanz am 8.11.2008 gegen 03.30 Uhr Symptome nicht wahrnehmen oder schildern konnte.

Der Kläger macht im Berufungsverfahren zu Recht nicht geltend, er könne den Vollbeweis gemäß § 286 ZPO führen, dass der Diagnosefehler und das Übersehen der Fraktur zu einem gesundheitlichen Schaden geführt haben. Dies gilt schon deshalb, weil sich nicht feststellen lässt, dass vor dem 9.12.2008, als der Kläger im Universitätsklinikum Aachen über die von ihm anschließend abgelehnte Möglichkeit einer Operation aufgeklärt wurde, eine Operation indiziert gewesen wäre und sich der Kläger für diese entschieden hätte. Der hals-nasen-ohren-ärztliche Sachverständige Prof. Dr. N, in dessen Fachgebiet die Behandlung der Fraktur fällt, hat gegen Ende der Anhörung vor dem Landgericht schlüssig dargelegt, dass bei Brüchen des Orbitabodens, bei denen der Knochen - wie hier - nicht oder praktisch nicht disloziert sei, in der Regel ein zuwartendes Vorgehen angezeigt sei. Denn es sei zweifelhaft, ob Sehstörungen in Gestalt von Doppelbildern und vorhandene Taubheitsgefühle durch die Operation gebessert werden könnten, während die Operation zu weiteren Schädigungen führen könne. Dies entspricht den Ausführungen von Dr. S in der mündlichen Verhandlung vom 2.5.2012. Bedenkt man, dass Doppelbilder am 8.11.2008 vom Kläger nicht angegeben und noch am 9.12.2008 im Universitätsklinikum Aachen ausdrücklich von ihm verneint wurden sowie dass Taubheitsgefühle sich nach den Darlegungen der Sachverständigen in den meisten Fällen spontan zurückbilden, spricht nichts dafür, dass der Kläger sich im Fall der zutreffenden Diagnose zu dem allenfalls relativ indizierten Eingriff entschieden hätte.

Soweit die für die Beklagte tätigen Ärzte eine Computertomografie nicht vorgenommen oder veranlasst haben, kann ihnen ihr Verhalten nicht vorgeworfen werden. Es handelt sich nicht um einen eigenständigen Behandlungsfehler, sondern um ein angesichts der gestellten Diagnose eine Schädelprellung ohne gleichzeitige knöcherne Verletzung folgerichtiges Unterlassen. Eine Computertomografie hätten sie durchführen müssen, wenn sie einen Bruch von Orbita oder Jochbein festgestellt oder einen entsprechenden konkreten Verdacht gehabt hätten. Ein Diagnosefehler wird nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären (BGH, Urteil vom 21.12.2010 - VI ZR 284/09, iuris Rdn. 13, abgedruckt in BGHZ 188, 29 ff.).

Der für einen Behandlungsfehler der Beklagten beweispflichtige Kläger kann nicht nachweisen, dass der für die Beklagte tätige Arzt am 8.11.2008 eine klinische Untersuchung und die gebotene Abtastung des Jochbeins unterlassen hat. Zeugen für den Verlauf der Untersuchung sind von ihm nicht benannt worden und stehen ihm nicht zur Verfügung. Auf einen Dokumentationsmangel und eine daraus zu seinen Gunsten folgende Vermutung kann er sich nicht berufen. Zwar begründet das Fehlen der Dokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnahme die Vermutung, dass die Maßnahme unterblieben ist (BGH, Urteil vom 11.11.2014 - VI ZR 76/13, iuris Rdn. 21, abgedruckt in VersR 2015, 327 ff.). Aus den Ausführungen des Sachverständigen Dr. S lässt sich aber nicht ableiten, dass über die Dokumentation der Untersuchung und der dabei erhobenen Befunde im Arztbrief vom 8.11.2008 hinaus, in dem es insbesondere heißt, dass

die sonstige körperliche Untersuchung unauffällig und DMS (Durchblutung, Motorik, Sensibilität) intakt gewesen sei, die Pflicht zu weiteren Aufzeichnungen bestanden hätte. Dies gilt insbesondere für ein unauffälliges Ergebnis der von der Beklagten behaupteten Abtastung des Jochbeins. Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 2.5.2012 hat dem Sachverständigen Dr. S eine Dokumentation der klinischen Befundung des Jochbeins gefehlt, ohne dass er in diesem Zusammenhang von einer Verpflichtung zur Aufzeichnung des Befundes ausgegangen ist. Eine entsprechende Verpflichtung wäre auch mit dem Zweck der ärztlichen Dokumentation, den behandelnden Arzt und mit- oder nachbehandelnde Ärzte zu einem späteren Zeitpunkt über die für die weitere Behandlung maßgeblichen Dinge zu informieren, nicht vereinbar. Denn sofern die Beschwerden andauerten und daher die ursprünglich gestellte Diagnose überprüft werden musste, war eine erneute klinische Untersuchung erforderlich, deren Ergebnisse - nicht jedoch der ursprünglich unauffällige Tastbefund - für das weitere therapeutische Vorgehen entscheidend waren.

Die vom Sachverständigen Dr. S für notwendig erachteten Kontrollen, die dazu dienen sollten, später auftretende Doppelbilder oder Sehstörungen nicht zu übersehen, hat die Beklagte ausweislich des Arztbriefs vom 8.11.2008 angeraten. Danach sollte sich der Kläger bei Visusproblemen sofort beim Augenarzt vorstellen, ansonsten am folgenden Montag.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

II.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren war zurückzuweisen. Die vom Kläger beabsichtigte Rechtsverfolgung hat aus den vorstehenden Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, § 114 ZPO.

**17. OLG Köln, Beschluss vom 08.06.2015 – 5 U 197/14 – \* Ein haftungsbegründender Diagnosefehler kann nicht darin gesehen werden, dass die Behandler der Beklagten (im09.2005) die Diagnose Fibromyalgiesyndrom anstelle der Diagnose Sjögren-Syndrom in Verbindung mit neurogener Muskelatrophie gestellt - und in der Folge den Kläger dementsprechend behandelt - haben.**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 10.12.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 338/10 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

**Gründe**

I.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, weil das angefochtene Urteil weder auf einer Rechtsverletzung beruht noch nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, die der Senat sich zu Eigen macht, hat die Kammer einen haftungsbegründenden Behandlungsfehler der Beklagten als nicht erwiesen angesehen und deswegen Schadensersatzansprüche des Klägers aus der streitigen Behandlung im Zeitraum von 08.2005 bis 02.2006 verneint. Dies gilt sowohl hinsichtlich eines etwaigen Diagnosefehlers als auch hinsichtlich eines Befunderhebungsmangels.

1.

Ein haftungsbegründender Diagnosefehler kann nicht darin gesehen werden, dass die Behandler der Beklagten (im09.2005) die Diagnose Fibromyalgiesyndrom anstelle der Diagnose Sjögren-Syndrom in Verbindung mit neurogener Muskelatrophie gestellt - und in der Folge den Kläger dementsprechend behandelt - haben. Zum einen steht keineswegs mit der erforderlichen Sicherheit fest, dass die seinerzeit gestellte Diagnose tatsächlich falsch war. Da erst knapp drei Jahre später (August 2008) durch das Krankenhaus Q und die Uniklinik N ein Sjögren-Syndrom diagnostiziert wurde und auch dies zunächst nur als Verdachtsdiagnose, kann nicht sicher festgestellt werden, dass bei dem Kläger diese Erkrankung tatsächlich auch drei Jahre zuvor bereits vorlag, mag auch Überwiegendes dafür sprechen. Die für das Sjögren-Syndrom nicht eindeutige Symptomatik (insbesondere die nicht ausgeprägte Sicca-Symptomatik), der Ausschluss von Rheumaerkrankungen durch gleich mehrere Krankenhäuser, vor allem aber die Vereinbarkeit der vom Kläger im Jahr 2005 beklagten Beschwerden mit der Annahme eines Fibromyalgiesyndroms streiten durchaus für die Möglichkeit, dass die Ärzte der Beklagten seinerzeit mit ihrer Diagnose nicht falsch gelegen haben müssen.

Zum anderen würde sich aber auch dann kein haftungsbegründender Diagnosefehler ergeben, wenn die seinerzeitige Diagnose tatsächlich falsch gewesen sein sollte. Die objektive Fehldeutung der Befunde würde sich dann als bloßer Diagnoseirrtum darstellen, der nicht zur Haftung führt, weil Symptome einer

Erkrankung häufig nicht eindeutig sind und auf verschiedene Ursachen deuten können, und weil der menschliche Organismus die Anzeichen ein und derselben Erkrankung in anderer Ausprägung aufweisen kann (BGH VersR 2011, 400; BGH VersR 2003, 1256 f.; std. Rspr.). Genau dies ist im vorliegenden Fall gegeben, wie sich insbesondere daraus erhellt, dass der Kläger sich auf Symptome beruft (vor allem allgemeine Muskel- und Gelenkschmerzen), die sehr unspezifisch sind und auf mehrere Erkrankungen zutreffen, während die hiermit typischerweise in Kombination stehenden Symptome (Augen- und Schleimhauttrockenheit) nicht oder nur schwach ausgeprägt vorlagen, ferner dadurch, dass Symptome geschildert wurden, die in besonderer den Verdacht auf ein Fibromyalgiesyndrom unterstützten (Weichteilschmerz, multilokulärer Schmerz, Konzentrationsstörungen, Schlafstörungen, depressive Verstimmung), ferner dadurch, dass Ko-Morbiditäten vorlagen (mehrfach diagnostizierte Lumboischialgien, Spondylarthrose im gesamten Bereich der Lendenwirbelsäule, Schulterprellung in 2004), die ebenfalls zum Schmerzbild beitragen und eine exakte Diagnose erschwerten. Ein haftungsbegründender Diagnosefehler wäre demgegenüber nur gegeben, wenn die Diagnose Fibromyalgiesyndrom auf einer nicht mehr vertretbaren Deutung der erhobenen Befunde beruhen würde. Dass dies aber nicht der Fall ist, folgt aus dem zuvor Gesagten und ist eindeutig bestätigt durch die sachverständige Beurteilung der beauftragten Gutachterin Dr. M., die als Oberärztin in der Schmerzambulanz einer Uniklinik (und als langjährige Leiterin der Schmerzambulanz) in besonderer Weise zur Beurteilung qualifiziert ist, und die ihre Beurteilung nach einer sorgfältigen Auswertung der wahrlich umfangreichen Behandlungsunterlagen des Klägers vorgenommen hat, so dass auch der Senat keinerlei Bedenken hat, diese Beurteilung seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Sie ist mit der im schriftlichen Gutachten niedergelegten und oben im Kern übernommenen Argumentation zu dem eindeutigen Ergebnis gelangt, dass aus gutachterlicher Sicht und aus schmerztherapeutischer Kenntnis und Erfahrung zum damaligen Zeitpunkt die Diagnose korrekt gewesen sei. Umstände, die diese Beurteilung erschüttern, vermag der Kläger auch im Rahmen der Berufungsbegründung nicht aufzuzeigen.

2.

Die Behandler der Beklagten haben auch keine weitergehende, zweifelsfrei gebotene Befunderhebung unterlassen. Auch dies folgt schlüssig und überzeugend aus dem Gutachten der Sachverständigen Dr. M. Dies gilt insbesondere für die vom Kläger als erforderlich angesehene Durchführung einer Muskel- und Lippen-Biopsie und eines Schirmer-Tests. Zu Recht verweist die Gutachterin darauf, dass der Kläger sowohl bei der sehr sorgfältigen Anamnese anlässlich des Behandlungsbeginns als auch im weiteren Behandlungsverlauf Symptome geschildert habe, die die gestellte Diagnose bestärkten, und dass zu keinem Zeitpunkt ein konkreter Anlass bestanden habe zu weitergehenden Befunderhebungen. Zu Recht verweist die Sachverständige auf die Voruntersuchungen der vorbehandelnden Krankenhäuser, hier insbesondere der Rheumaklinik B, wo der Kläger im Zeitraum vom 3.1.2005 bis zum 25.1.2005, und im Krankenhaus der B2, wo der Kläger vom 18.7.2005 bis zum 27.7.2005 jeweils stationär aufgenommen war, um den Ursachen seines Ganzkörper Schmerzes nachzugehen und dies insbesondere und speziell auch im Hinblick auf rheumatische Erkrankungen, die dann im Krankenhaus der Augustinerinnen auch ausdrücklich ausgeschlossen wurden. Irgendeinen Anlass, den Ergebnissen dieser spezialisierten Vorbehandler zu misstrauen, hatten die Behandler der Beklagten nicht. Wenn der Kläger wiederholt darauf verweist, deren Untersuchungen habe die Beklagte nicht vertrauen dürfen, weil diese trotz eines erhöhten Rheumafaktors nicht dem Verdacht auf ein Sjögren-Syndrom nachgegangen seien, liegt ein gedanklicher Zirkelschluss vor. Die Vor-Krankenhäuser sind gerade dem Verdacht auf rheumatische Erkrankungen (Rheumafaktor) nachgegangen und haben diese ausgeschlossen, so dass die Beklagte diesen Punkt als geklärt ansehen durfte. Das schloss die Notwendigkeit ein, dem Sjögren-Syndrom gezielt nachzugehen. Zu Recht verweist die Sachverständige darauf, dass es auch vor dem Hintergrund der relativen Seltenheit des Sjögren-Syndroms keinen Anlass gab, hierauf gezielte Untersuchungsmaßnahmen wie eine Muskel- oder Lippenbiopsie oder einen Schirmer-Test durchzuführen. Wenn der Kläger im Hinblick auf Letzteren meint, die Behandler der Beklagten hätten sich nicht darauf verlassen müssen, dass er als Patient diese Beschwerden von sich aus schildere, sondern gezielt danach fragen müssen, so ist dies zum einen wegen der sehr ausführlichen und umfassenden Erforschung der Beschwerden des Klägers unverständlich, zum anderen aber auch widersprüchlich, da der Kläger in der Berufungsbegründung unter Bezugnahme auf einen im Internet veröffentlichten Kurzbeitrag "rheuma-online" von PD Dr. Langer zugleich (wenn auch in anderem Zusammenhang) darauf verweist, ein nur schwach ausgeprägtes Sicca-Syndrom könne das Vorliegen eines Sjögren-Syndrom nicht ausschließen. Der Kläger argumentiert hier aus einer rückschauenden Sicht, nicht aber aus der ex-ante-Sicht der Behandler. Hier gilt die Aussage der Gutachterin: "Eine Spezialuntersuchung unter dem Verdacht des eher seltenen Sjögren-Syndroms durchzuführen, wäre bei fehlender Symptomatik nicht gerechtfertigt". Dass es keine typischen Symptome gab, ergibt sich aus den mannigfachen Behandlungsunterlagen, und auch der Kläger kann deren Unrichtigkeit nicht einmal mit Substanz vortragen, geschweige denn beweisen. Im Rahmen der mündlichen Anhörung hat die Sachverständige darüber hinaus ausdrücklich klargestellt, dass es auch keiner weitergehenden Labordiagnostik, der Hinzuziehung weiterer Ärzte anderer Fachrichtungen und "erst recht" keiner Biopsie bedurft hätte.

Diese Überlegungen gelten in gleicher Weise für die Abklärung des Vorliegens einer neurogenen Muskelatrophie. Zu Unrecht macht der Kläger geltend, dass sich die Gutachterin nicht mit diesem Aspekt seiner Erkrankung befasst habe. Bei der Wiedergabe der wesentlichen medizinischen Fakten und bei deren Beurteilung ist die Neben-Diagnose der neurogenen Muskelatrophie selbstverständlich mitberücksichtigt worden. Dass hierauf bei der Beantwortung der Beweisfragen nicht mehr differenziert eingegangen wurde, lag zum einen an der Art der Fragestellung, die nicht ausdrücklich auf die Muskelatrophie abhob, zum anderen und vor allem aber daran, dass die Muskelatrophie sowohl seitens des Gerichtes als auch ersichtlich seitens der Sachverständigen als Nebenaspekt angesehen wurde, für den das zum Sjögren-Syndrom Gesagte in gleicher Weise gelten sollte. Der Senat hegt keinerlei Zweifel, dass die Sachverständige ausdrücklich darauf eingegangen wäre, hätte sich unter dem Aspekt der Muskelatrophie etwas anderes ergeben als allgemein für das Sjögren-Syndrom bzw. für die Vertretbarkeit der Diagnostik und der Diagnosestellung galt. Dass dem so ist, ergibt sich im übrigen auch aus der mündlichen Anhörung vor der Kammer, wo die Sachverständige ausdrücklich bekundet hat, dass es für die Behandler der Beklagten (auch) keinerlei Anhalt für eine neurogene Schädigung bzw. neurologische Störung gegeben habe.

3.

Lediglich ergänzend - ohne dass es darauf noch entscheidend ankäme - sei darauf hingewiesen, dass ein Anspruch des Klägers auch daran scheitern würde, dass er den Nachweis einer Schädigung, die auf der Behandlung (insbesondere aber einer gedachten Fehlbehandlung) durch die Beklagte beruht, schlechterdings nicht führen kann. Ob eine gezielte Behandlung im Hinblick auf ein Sjögren-Syndrom den Verlauf der Erkrankung in irgendeiner Weise positiv beeinflusst hätte, ist gänzlich ungewiss und hat die Sachverständige als völlig spekulativ bezeichnet. Eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt eines groben Behandlungsfehlers scheidet nach dem Gesagten offensichtlich aus. Gleiches gilt aber auch für den Gesichtspunkt eines Befunderhebungsfehlers. Es würde schon daran fehlen, dass hier eine "zweifelsfrei" gebotene Befunderhebung unterblieben sei. Es würde ferner daran fehlen, dass eine anderweitige Befunderhebung (etwa durch Schirmer-Test oder durch Muskel- oder Lippen-Biopsie) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen reaktionspflichtigen Befund ergeben hätte (für eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht nichts, das Ergebnis solcher Untersuchungen zum damaligen Zeitpunkt wäre aus heutiger Sicht spekulativ) und es dürfte auch daran fehlen, dass eine anderweitige Reaktion auf einen etwaigen Befund sich als grob fehlerhaft darstellen würde.

4.

Eine weitere Sachaufklärung ist nicht veranlasst. Dies gilt namentlich für das beantragte neurologische Gutachten. Dieses kann zur Frage eines Behandlungsfehlers als Haftungsgrund nichts Entscheidendes beitragen. Entsprechend der allgemeinen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist die Vorgehensweise der Beklagten durch eine fachgleiche Gutachterin untersucht worden. Ein zusätzliches neurologisches Gutachten wäre nicht für die Frage des Behandlungsfehlers, sondern allenfalls (hier aber ebenfalls nicht zwingend) für Kausalitätsfragen denkbar gewesen, die sich indes nicht mehr stellen.

II.

Bei dieser Sachlage gibt die Berufung zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils insgesamt keine Veranlassung. Die Rechtssache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO); eine mündliche Verhandlung erscheint unter Berücksichtigung aller weiteren Aspekte des Rechtsstreites auch aus sonstigen Gründen nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO).

**18. OLG Köln, Beschluss vom 08.06.2015 – 5 U 128/14 – \* Arzthaftung: Überzeugungskraft eines Sachverständigengutachtens - Es ist offenkundig und bedarf keines Beweises, dass eine schwere Komplikation bei einem Schwangerschaftsabbruch bei bestehendem Kinderwunsch eine schwere persönliche Belastung darstellt.**

#### **Orientierungssatz**

1. Dass sich der gerichtliche Sachverständige im Gegensatz zu dem Sachverständigen, der den Bescheid der Gutachterkommission verfasst hat, mit den Besonderheiten der streitgegenständlichen Operation befasst hat, kann die höhere Überzeugungskraft seiner Begutachtung begründen.

2. Es ist offenkundig und bedarf keines Beweises, dass eine schwere Komplikation bei einem Schwangerschaftsabbruch bei bestehendem Kinderwunsch eine schwere persönliche Belastung darstellt.

#### **Tenor**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18.06.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 374/12 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 45 % und die Beklagten zu 55 % als Gesamtschuldner.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

### Gründe

#### I.

Bei der am XX.XX.1974 geborenen Klägerin lag eine Zwillingsschwangerschaft vor. Wegen des hochgradigen Verdachts der Fehlbildung eines Feten ließ sie am 6.7.2009 in der 11. + 4 Schwangerschaftswoche im Krankenhaus der Beklagten zu 1) einen operativen Schwangerschaftsabbruch vornehmen. Die Entfernung des zweiten Embryos gestaltete sich schwierig. Es kam zu einer Perforation der Gebärmutter und zu einem Abriss des von der rechten Niere ausgehenden Harnleiters, der mit den Resten des zweiten Embryos mit der Abortfazzange herausgezogen wurde. Nach einem Übergang zur Laparoskopie und alsdann zur offenen Operation konnte der langstreckig entfernte Harnleiter von dem hinzugezogenen Urologen nicht sofort rekonstruiert werden. Er legte daher einen Nierenfistelkatheter ein. Wegen der weiteren Einzelheiten des Operationsverlaufs wird auf den Operationsbericht des Beklagten zu 2) verwiesen (Bl. 1 f. des SH I). Die Klägerin wurde am 14.7.2009 aus der stationären Behandlung entlassen. Am 19.10.2009 musste die rechte Niere im Universitätsklinikum F entfernt werden.

Die Klägerin hat die Beklagten auf ein Schmerzensgeld von mindestens 50.000 EUR, Feststellung der Ersatzpflicht und Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.761,08 EUR in Anspruch genommen. Sie hat ihnen vorgeworfen, dass sie angesichts der Schwierigkeiten bei der Entfernung des zweiten Embryos eine intraoperative Kontrolle durch eine Ultraschalluntersuchung hätten vornehmen müssen. Die Aufklärung sei nicht ausreichend gewesen, weil sie nicht über das Risiko des vollständigen Verlusts von Organen wie des Harnleiters und der Niere unterrichtet worden sei.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz und der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. Das Landgericht hat ein gynäkologisches Gutachten von Prof. Dr. C (Bl. 128 ff. d.A.) eingeholt. In der mündlichen Verhandlung hat es den an der Operation beteiligten Urologen Dr. F2 als Zeugen vernommen und den Sachverständigen angehört (Bl. 237 ff. d.A.). Daraufhin hat es die Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 25.000 EUR verurteilt, die begehrte Feststellung ausgesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Da ein Festsitzen des Feten oder seines Köpfchens zu dem damals vorliegenden Schwangerschaftszeitpunkt nicht möglich gewesen sei, seien die im Operationsbericht dokumentierten "mehrfachen" ruckelnden Bewegungen und die hierin liegenden Anwendung einer gewissen manuellen Gewalt behandlungsfehlerhaft gewesen. Die ruckelnden Bewegungen hätten zwar nicht zur Perforation der Gebärmutter, aber, wie sich aus dem Operationsbericht ergebe, zum Abriss des Harnleiters und zu dessen Entfernung geführt. Für den Verlust des Harnleiters und den der rechten Niere sei ein Schmerzensgeld von 25.000 EUR angemessen.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit der Berufung, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgen. Das Landgericht habe sich nicht kritisch mit den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. C auseinandergesetzt und die entgegen gesetzten Feststellungen von Prof. Dr. C2, der den Bescheid der Gutachterkommission vom 28.6.2010 verfasst habe, nicht gewürdigt. Das zuerkannte Schmerzensgeld sei deutlich übersetzt. Der Verlust der einen Niere habe nicht zu weiteren Beeinträchtigungen geführt, weil die andere Niere die volle Funktion übernehme. Im weiteren Verlauf des Lebens sei nicht mit einem erhöhten Morbiditätsrisiko zu rechnen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Mit ihrer unselbständigen Anschlussberufung begehrt sie über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus ein weiteres angemessenes Schmerzensgeld sowie die Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten. Das zuerkannte Schmerzensgeld sei unangemessen niedrig. Selbst die Haftpflichtversicherung der Beklagten habe im Rahmen von Vergleichsverhandlungen einen höheren Betrag angeboten. Die Beklagten seien in Verzug gewesen und schuldeten daher die außergerichtlichen Anwaltskosten.

#### II.

Die Berufung der Beklagten war gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

Die Berufung hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Hierzu wird auf den Senatsbeschluss vom 30.3.2015 verwiesen. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist. Die Stellungnahme der Beklagten vom 2.6.2015 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Soweit die Beklagten erneut rügen, dass das Landgericht sich nicht mit den Ausführungen von Prof. Dr. C2 auseinandergesetzt und nicht begründet habe, warum es der Begutachtung von Prof. Dr. C den Vorzug gegeben habe, übersehen sie, dass der Senat eine entsprechende Begründung im Beschluss vom 30.3.2015 nachgeholt hat. Die unzureichende Begründung des erstinstanzlichen Urteils ist damit geheilt und wirkt sich im Ergebnis nicht aus. Eine ergänzende Beweisaufnahme durch den Senat, etwa eine Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. C, ist nicht erforderlich. Denn der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme, die eine sachgerechte Beurteilung des Falls zulässt, liegt kein Verfahrensfehler

zugrunde. Das Landgericht hat dem Sachverständigen Prof. Dr. C das Gutachten von Prof. Dr. C2 zur Kenntnis gebracht (vgl. S. 25 ff. des Gutachtens von Prof. Dr. C vom 19.8.2013, Bl. 151 ff. d.A.) und den gerichtlichen Sachverständigen nach vorheriger schriftlicher Begutachtung angehört.

Der Senat hält an seiner Bewertung fest, dass den schlüssigen Ausführungen von Prof. Dr. C der Vorrang vor den Darlegungen von Prof. Dr. C2 zu geben ist. Dass die im Operationsbericht angeführten ruckelnden Bewegungen den von Prof. Dr. C gezogenen Schluss auf den Einsatz einer gewissen manuellen Gewalt zulassen, die nach Lage der Dinge nicht angebracht war, hat der Senat nicht nur mit dem Wortlaut des Operationsberichts, sondern auch mit dessen Sinnzusammenhang begründet. Der Beklagte zu 2) hatte zuvor beschrieben, dass der Embryo offensichtlich sehr fest sitze, was für die anschließende Anwendung einer gewissen Kraft spricht. Die höhere Überzeugungskraft hat die Begutachtung von Prof. Dr. C vor allem deshalb, weil sich Prof. Dr. C2 im Gegensatz zum gerichtlichen Sachverständigen nicht mit den Besonderheiten der streitgegenständlichen Operation befasst hat, das heißt mit der Beschreibung einer derben Resistenz und eines derben Widerstands, eines offensichtlich sehr festsitzenden Embryos und mehrfacher ruckelnder Bewegungen. Dass Prof. Dr. C2 in seinem Gutachten auf diese Gesichtspunkte eingegangen ist, vermögen die Beklagten in ihrer Stellungnahme nicht aufzuzeigen.

Soweit es um die Höhe des auch vom Senat mit 25.000 EUR als angemessenen bewerteten Schmerzensgeldes geht, wiederholen die Beklagten im Wesentlichen ihre Rügen aus der Berufungsbegründung, die der Senat bereits im Beschluss vom 30.3.2015 berücksichtigt hat. Dass eine schwere Komplikation bei einem Schwangerschaftsabbruch bei bestehendem Kinderwunsch eine schwere persönliche Belastung darstellt, ist offenkundig und bedarf keines Beweises.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Dass die Klägerin mit 45 % an den Kosten des Berufungsverfahrens beteiligt ist, beruht darauf, dass ihre Anschlussberufung gegenstandslos geworden und damit in der Sache ohne Erfolg geblieben ist.

Berufungsstreitwert: 55.000 EUR (wie in erster Instanz)

**19. OLG Köln, Beschluss vom 01.06.2015 – 5 U 18/15 – \* Arzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch eines Patienten wegen Durchtrennung der langen Bizepssehne im Zusammenhang mit einem arthroskopischen Eingriff; Umfang der Aufklärungspflicht; hypothetische Einwilligung des Patienten**

**Orientierungssatz**

**1. Hätten Komplikationen wie die Stellung der langen Bizepssehne in Subluxationsstellung und eine Teilruptur der Rotatorenmanschette ein Abheilen der Sehne unwahrscheinlich gemacht, kann eine Durchtrennung der langen Bizepssehne im Rahmen eines arthroskopischen Eingriffs medizinisch sinnvoll sein.**

**2. Ist ein einheitlicher medizinischer Standard nicht festzustellen, ist es nicht als Behandlungsfehler zu werten, dass eine Refixation der Sehne am Oberarm unterblieb.**

**3. Ergab sich die Notwendigkeit der Durchtrennung der Sehne erst aufgrund des intraoperativen Befundes, wird hinsichtlich der Aufklärungsbedürftigkeit danach differenziert, ob die Erweiterung vor dem Eingriff vorhersehbar war oder nicht. War nach den klinischen Voruntersuchungen eine Schädigung der Bizepssehne nicht absehbar, ist eine Aufklärung über eine möglicherweise notwendig werdende Durchtrennung der Bizepssehne nicht erforderlich und der allgemeine Vorbehalt in dem Aufklärungsformular bezüglich einer medizinisch indizierten Operationserweiterung ausreichend.**

**4. Hatte der Patient vor der Operation über ganz erhebliche Schmerzen geklagt, war es infolge der klinischen Tests ohnehin sehr unwahrscheinlich, dass eine Sehnendurchtrennung erforderlich werden würde und hatte er in der mündlichen Verhandlung ausgesagt, dass er sich über die aufgeklärten Risiken keinen Kopf gemacht habe, vielmehr bereit gewesen sei, Risiken in Kauf zu nehmen, um die Möglichkeit einer Beschwerdefreiheit zu erzielen, ist es nicht plausibel, dass er im Falle einer Aufklärung über die Möglichkeit einer intraoperativ notwendig werdenden Durchtrennung der langen Bizepssehne seine Einwilligung nicht erteilt hätte.**

**Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 07.01.2015 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 161/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

**Gründe**

I.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, weil das angefochtene Urteil weder auf einer Rechtsverletzung beruht noch nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Schmerzensgeld oder auf materiellen Schadenersatz. Der Kläger hat nicht bewiesen, dass bei dem am 05.12.2012 im Hause der Beklagten durchgeführten arthroskopischen Eingriff an der rechten Schulter den behandelnden Ärzten Behandlungsfehler unterlaufen sind. Auch die Aufklärungsrüge bleibt ohne Erfolg.

Im Einzelnen:

a) Der geplante Eingriff, bei dem im Bereich des rechten Schultergelenks arthroskopisch freie Gelenkkörper, ein Schleimbeutel und Kalk aus der Rotatorenmanschette entfernt und das Gelenk gesäubert und gespült werden sollte, war nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts medizinisch indiziert. Der Sachverständige Prof. Dr. L hat nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass aufgrund anhaltender Schultergelenksbeschwerden nach einer ausgiebigen konservativen Therapie der geplante arthroskopische Eingriff indiziert war. Eine Fortsetzung der konservativen Therapie wäre, so der Sachverständige, nicht erfolversprechend gewesen. Insoweit werden die Feststellungen des Landgerichts auch nicht mit der Berufung angegriffen.

b) Von der Frage der Indikation des geplanten Eingriffs ist die Frage zu trennen, ob die im Rahmen des Eingriffs erfolgte Durchtrennung der langen Bizepssehne medizinisch indiziert war, ob die Durchtrennung entsprechend den ärztlichen Standards durchgeführt wurde und ob sie von der erteilten Einwilligung des Klägers gedeckt war.

aa) Ohne Erfolg greift der Kläger mit der Berufung die Feststellung des Landgerichts an, die Durchtrennung der langen Bizepssehne sei medizinisch indiziert gewesen. Der Sachverständige Prof. Dr. L ist nach Auswertung des Operationsberichts zu dem auch den Senat überzeugenden Ergebnis gelangt, dass eine Durchtrennung der Sehne in der gegebenen Situation medizinisch sinnvoll war. Die Sehne zeigte sich ausweislich des Operationsberichts entzündlich verändert und befand sich in Subluxationsstellung. Hinzu kam eine Teiltraktur der Rotatorenmanschette. Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, dass in Anbetracht dieser Gesamtumstände eine Durchtrennung der langen Bizepssehne medizinisch sinnvoll war. Die entzündliche Veränderung der Bizepssehne allein hätte man, so der Sachverständige, möglicherweise noch medikamentös behandeln können. Die weiteren Komplikationen der Subluxationsstellung und die Rotatorenmanschettenruptur hätten ein Abheilen der Sehne jedoch unwahrscheinlich gemacht. Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dem Kläger hätte die Schulter, wenn die Bizepssehne nicht durchtrennt worden wäre, in der Folgezeit weitere Schwierigkeiten bereitet und es hätte im Verlauf auch zu einer Sehnenruptur kommen können. Die Durchtrennung der Sehne einem späteren Eingriff vorzubehalten, habe keinen Sinn gemacht, weil ein weiterer Eingriff neue Risiken mit sich gebracht hätte.

Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, das Gutachten von Prof. Dr. L sei widersprüchlich, weil der Sachverständige einerseits schriftlich ausgeführt habe, die Sehne sei nach den präoperativ durchgeführten klinischen Tests nicht schmerzhaft gewesen und er andererseits im Rahmen seiner mündlichen Anhörung geäußert habe, die Ursache der Beschwerden sei ein Verschleiß der Sehne gewesen. Es ist nach Erfahrung des ständig mit Arztsachen befassten Senates durchaus nicht ungewöhnlich, dass präoperativ durchgeführte klinische Tests keinen auffällig Befund zeigen und sich intraoperativ dann doch ein auffälliger Befund ergibt. Dass entgegen der Ausführungen des Sachverständigen entweder bei dem intraoperativ vorgefundenen Befund einer entzündlichen Sehne die klinischen Tests positiv hätten ausfallen müssen oder aufgrund des negativen klinischen Test die Sehne nicht entzündlich verändert hätten sein dürfen, hat der Kläger nicht substantiiert dargelegt.

Soweit der Kläger darauf verweist, dass in Teilen der wissenschaftlichen Literatur der Nutzen einer Tenotomie durchaus kritisch gesehen werde, ändert dies nichts daran, dass nach Ausführungen des Sachverständigen, welche im Übrigen durch die vom Kläger vorgelegte Dissertation gestützt werden, die Tenotomie ein anerkanntes, gebräuchliches Verfahren darstellt. Die Anwendung eines wissenschaftlich anerkannten und in der Praxis angewendeten Verfahrens kann einen Behandlungsfehler im Sinne eines Verstoßes gegen gesicherte Standards der medizinischen Wissenschaft nicht begründen.

bb) Dem Operateur ist auch nicht deswegen ein Behandlungsfehler vorzuwerfen, weil er die durchtrennte Sehne nicht wieder angenäht hat. Nach den Ausführungen des Sachverständigen wäre im vorliegenden Fall allenfalls eine Tenodese (Refixation) am proximalen Oberarm und dies auch nur aus kosmetischen Gründen in Betracht gekommen. Für die Funktion des Bizeps wäre die Refixation der Sehne am Oberarm, so der Sachverständige, irrelevant gewesen. Einem besseren kosmetischen Ergebnis durch Vermeidung eines distalisierten Muskelbauches habe die Notwendigkeit einer Erweiterung des Eingriffs mit einer erneuten Schnittführung und der dadurch bedingten weiteren Risiken gegenüber gestanden, so dass es im Ergebnis nicht zu beanstanden gewesen sei, die Sehne durchtrennt zu belassen. Der Sachverständige hat ferner ausgeführt, dass es hinsichtlich der Frage, ob eine durchtrennte lange Bizepssehne anzunähen sei oder nicht, keinen einheitlichen Standard gebe. Ob eine operative Refixation erforderlich sei, werde kontrovers diskutiert. Es gebe keine eindeutigen wissenschaftlich evidenzbasierten Aussagen, welche der beiden Methoden für den jeweiligen Patienten besser sei. Da ein einheitlicher medizinischer Standard

nicht festzustellen ist, ist es nicht als behandlungsfehlerhaft zu werten, dass eine Refixation der Sehne am Oberarm unterblieb.

cc) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger darauf, er sei in Bezug auf die Notwendigkeit einer Durchtrennung der Bizepssehne nicht aufgeklärt worden. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung geht der Senat davon aus, dass die Aufklärung des Klägers über die Möglichkeit sich erst intraoperativ als medizinisch notwendig erweisenden Operationserweiterungen ausreichend war und der Eingriff damit auch hinsichtlich der Sehnendurchtrennung von der erteilten Einwilligung gedeckt war. Davon unabhängig greift aber auch der von der Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung.

Die Durchtrennung der Sehne war nicht geplant. Die Notwendigkeit dieser Maßnahme ergab sich erst aufgrund des intraoperativen Befundes einer entzündlichen Veränderung der Sehne, ihrer Subluxationsstellung und der Teiltraktur der Supraspinatussehne als Teil der Rotatorenmanschette. Bei derartigen intraoperativen Operationserweiterungen wird nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hinsichtlich der Aufklärungsbedürftigkeit danach differenziert, ob die Erweiterung vor dem Eingriff vorhersehbar war oder nicht. War die Erweiterung vorhersehbar, muss der Patient schon vor dem Eingriff entsprechend aufgeklärt werden. Hat der Arzt vor der Operation einen Hinweis auf eine möglicherweise erforderlich werdende Operationserweiterung unterlassen und zeigt sich intraoperativ die Notwendigkeit zu einem weiteren Eingriff, dann muss er im Rahmen des Möglichen die Operation beenden und den Patienten aufklären und dessen Einwilligung einholen (BGH, Urteil vom 16.02.1993, Az. VI ZR 300/91, Tz. 21, zitiert nach juris; vgl. auch die Rechtsprechungsnachweise in Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, C 104; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Rz. A 1701). Vorhersehbar ist die Notwendigkeit einer Operationserweiterung jedoch nicht schon dann, wenn eine solche lediglich möglich oder nicht sicher auszuschließen ist. Es müssen vielmehr hinreichende Anhaltspunkte für eine konkrete intraoperative Operationserweiterung vorliegen, der Arzt muss Hinweise auf die ernsthafte Möglichkeit einer Operationserweiterung haben (vgl. BGH aaO; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 10.06.2002, Az. 1 U 4/02, Tz. 29, zitiert nach juris). Im Vorfeld der Operation vom 05.12.2012 bestanden für die behandelnden Ärzte keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Durchtrennung der langen Bizepssehne erforderlich werden würde. Die klinisch durchgeführten Tests (Yergason- und Speed-Test) ergaben keinen Hinweis auf eine Affektion der langen Bizepssehne. Nach Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. L in der mündlichen Verhandlung war nach den klinischen Voruntersuchungen nicht absehbar, dass eine Schädigung der Bizepssehne vorliegt. Es komme, so der Sachverständige, ohnehin nur sehr selten vor, dass zu dem diagnostizierten Impingementsyndrom eine solche degenerative Veränderung hinzutrete. Der Sachverständige hat aus seiner medizinisch-sachverständigen Sicht eine Aufklärung über eine möglicherweise notwendig werdende Durchtrennung der Bizepssehne für nicht erforderlich, sondern den allgemeinen Vorbehalt in dem Aufklärungsformular bezüglich medizinisch indizierte Operationserweiterung als ausreichend gehalten. Der Senat teilt die Auffassung des Sachverständigen auch aus der maßgeblichen rechtlichen Sicht. Da keine konkreten Hinweise auf eine Affektion der Bizepssehne und eine daher möglicherweise notwendig werdenden Durchtrennung der Sehne vorlagen, reichte die allgemein gehaltene Aufklärung über die generelle Möglichkeit von Operationserweiterungen aus. Dass eine derartige Aufklärung erfolgt ist, ergibt sich aus dem vom Kläger unterzeichneten Aufklärungsbogen und ist von ihm in der mündlichen Verhandlung letztlich auch nicht mehr in Abrede gestellt worden.

Davon unabhängig scheidet eine Haftung der Beklagten wegen eines Aufklärungsfehlers aber auch aufgrund des von der Beklagten erhobenen Einwandes der hypothetischen Einwilligung aus. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht einen Entscheidungskonflikt des Klägers für nicht plausibel gehalten. Es ist auch für den Senat nicht plausibel, dass der Kläger, wenn man ihn darüber aufgeklärt hätte, dass eine Durchtrennung möglicherweise erforderlich werden würde, dieser Operationserweiterung nicht zugestimmt hätte. Wenn die Möglichkeit der Notwendigkeit einer Durchtrennung der Bizepssehne erörtert worden wäre, wären die Vor- und Nachteile einer solchen Maßnahme zu bedenken gewesen. Im Falle einer - wie hier - nicht medikamentös zu behandelnden entzündlichen Veränderung der Sehne mit Subluxationsstellung stellte die Durchtrennung der Sehne einen Eingriff dar, der - selbst bei Annahme des Risikos eines höher tretenden Humeruskopfes - zu einer Behebung der Schmerzsituation führen konnte. Demgegenüber hätte, wie der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt hat, im Falle des Belassenes der Sehne in der Folgezeit weitere Schmerzen auftreten können und es hätte auch im Verlauf zu einer Ruptur kommen können, die einen weiteren Eingriff notwendig gemacht hätte. Eine wesentliche Einwirkung auf die Kraftentfaltung war mit einer Sehnendurchtrennung nicht zu erwarten. Lediglich mit der kosmetisch negativen Folge eines distalen Muskelbauches war zu rechnen. Unter weiterer Berücksichtigung, dass der Kläger vor der Operation über ganz erheblichen Schmerzen geklagt hatte, dass es infolge der negativen klinischen Tests ohnehin sehr unwahrscheinlich war, dass eine Sehnendurchtrennung erforderlich werden würde und der Aussage des Klägers in der mündlichen Verhandlung, dass er sich über die aufgeklärten Risiken keinen Kopf gemacht habe, er vielmehr bereit gewesen sei, Risiken in Kauf zu nehmen, um die Möglichkeit einer Beschwerdefreiheit zu erzielen, hält es auch der Senat für nicht plausibel, dass der Kläger im Falle einer Aufklärung über die Möglichkeit einer intraoperativ notwendig werdenden Durchtrennung der langen Bizepssehne seine Einwilligung nicht erteilt hätte.

c) Da es an einem rechtswidrigen Eingriff als Haftungsvoraussetzung fehlt, kommt es auf die Frage der Schadenskausalität nicht mehr an. Der Senat erlaubt sich in diesem Zusammenhang nur den kurzen Hinweis, dass der Kläger den Beweis zu erbringen hat, dass die postoperativ geklagten Schmerzen auf die Durchtrennung der langen Bizepssehne zurückzuführen sind. Im Hinblick auf die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. L., nach denen im Uniklinikum Aachen ein mit dem Höherentreten des Humeruskopfes nicht im Zusammenhang stehender massiver Hyperabduktionstest und ein positiver AC-Gelenkdruckschmerz festgestellt wurde, wird dieser Beweis nur schwerlich zu erbringen sein.

II.

Bei dieser Sachlage gibt die Berufung zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils insgesamt keine Veranlassung. Die Rechtssache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO); eine mündliche Verhandlung erscheint unter Berücksichtigung aller weiteren Aspekte des Rechtsstreites auch aus sonstigen Gründen nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO).

**20. OLG München, Beschluss vom 01.06.2015 – 24 W 881/15 – \* Ärztliche Untersuchung einer Partei durch gerichtlichen Sachverständigen: Eingriff in die Privatsphäre; Kein Anwesenheitsrecht der Gegenpartei bei der Untersuchung und dem Anamnesegespräch**

**Leitsatz**

- 1. Die ärztliche Untersuchung einer Partei durch den vom Gericht bestellten Sachverständigen greift in ihre durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Privatsphäre ein.**
- 2. Die Abwägung der Interessen der zu untersuchenden Partei mit den Interessen der Gegenpartei wird regelmäßig dazu führen, dass sie bei der Untersuchung kein Anwesenheitsrecht hat.**
- 3. Auch das Anamnesegespräch erfordert eine vertrauenerweckende Atmosphäre, die bei Anwesenheit der Gegenpartei oder ihres Rechtsanwalts regelmäßig nicht gewahrt werden könnte.**

**Orientierungssatz**

Zitierungen zu Leitsatz 2: Entgegen OLG Frankfurt, 10.01.2011, 22 U 174/07, GesR 2011, 295; Anschluss OLG München, 15.10.1999, 1 W 2656/99, OLGR München 2000, 213 und OLG Hamm, 16.07.2003, 1 W 13/03, MedR 2004, 60).

Fundstellen

GesR 2015, 634-636 (Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Entgegen OLG Frankfurt, 10.01.2011, Az: 22 U 174/07

Anschluss OLG Hamm, 16.07.2003, Az: 1 W 13/03

Anschluss OLG München, 15.10.1999, Az: 1 W 2656/99

**Tenor**

1. Die sofortige Beschwerde der Beklagten zu 1) gegen den Beschluss des Landgerichts Memmingen vom 29.01.2015, Az. 24 O 1987/12, wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte zu 1) trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 10.000,00 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

Die Klägerin wendet sich mit der sofortigen Beschwerde gegen die Zurückweisung ihres gegen den Sachverständigen Prof. Dr. H. gerichteten Ablehnungsgesuchs durch das Landgericht Memmingen.

Der am 21.02.2001 geborene Kläger macht Ansprüche wegen der fehlerhaften Behandlung einer Fraktur der rechten Elle nach einem Sturz vom 16.04.2006 gegen den Träger des Krankenhauses, in dem er nach dem Unfall zunächst behandelt wurde, und gegen den weiter behandelnden Orthopäden geltend.

Gemäß Beweisbeschluss vom 11.02.2014 (Bl. 157/163 d. A.) erholte das Landgericht ein medizinisches Gutachten, das der Sachverständige Prof. Dr. Bernhard H. unter dem 07.07.2014 erstattet hat (Bl. 204/237). Innerhalb der mit Verfügung vom 15.12.2014 gesetzten Stellungnahmefrist nach § 411 Abs. 4 ZPO lehnte die Beklagte zu 1) mit Schriftsatz vom 22.12.2014 (Bl. 240/243) den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ab.

Aus dem Gutachten ergebe sich, dass eine umfangreiche Befragung des Klägers und seiner Eltern durch den Gutachter stattgefunden habe, die nicht durch den Beweisbeschluss gedeckt sei und zu der die Beklagte vom Gutachter nicht geladen worden seien. Der Kläger habe damit Gelegenheit gehabt, ohne Beisein der Beklagten seine subjektive Sicht der Geschehnisse inklusive der Bewertung der Abläufe dem Sachverständigen zu schildern und damit Einfluss auf die Bewertung des Sachverhalts im Sachverständigen Gutachten zu nehmen.

Der Sachverständige äußerte sich mit Schreiben vom 13.01.2015 zum Ablehnungsgesuch (Bl. 255 d. A.). Der Kläger rügte die Verspätung des Antrags; die Beklagte zu 1) habe aufgrund eines Schreibens des Klägervertreters vom 03.04.2014 Kenntnis von dem Untersuchungstermin am 15.05.2014 gehabt. Die

Nichtladung zu einem ärztlichen Untersuchungstermin stelle auch keinen Ablehnungsgrund dar. Es sei selbstverständlich, dass bei einer medizinischen Untersuchung auch die Vorgeschichte erfragt werde. Mit Beschluss vom 29.01.2015 wies die Zivilkammer den Ablehnungsantrag als unbegründet zurück. Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit (§ 357 Abs. 1 ZPO) erfahre eine zulässige Durchbrechung, wenn es um einen Termin zum Zwecke einer körperlichen Untersuchung gehe. Es wäre fernliegend, wenn man einem Sachverständigen jedwede Möglichkeit verwehren wolle, im Rahmen eines solchen Untersuchungstermins sich zur Verschaffung eines Gesamtbildes durch Fragen an den Betroffenen oder dessen Eltern zu informieren.

Gegen diesen Beschluss, der erst am 24.03.2015 formlos zur Post gegeben wurde, wendet sich die Beklagte zu 1) mit der am 08.04.2015 eingegangenen sofortigen Beschwerde. Der tatsächliche Ablauf begründe stets die berechtigte Besorgnis der nicht im Besichtigungstermin des Sachverständigen vertretenen Partei, dass eine einseitige Einflussnahme auf den Sachverständigen stattfinde, die er durch einseitige Ladung begünstigt habe. Der Ausschluss der Gegenparteien von der Untersuchung durch den Sachverständigen werde mit einer Verletzung der „Intimsphäre“ begründet, die bei Beisein dritter Personen bei einer Untersuchung gegeben wäre. Die orthopädische Untersuchung eines Armes durch einen Arzt, bei der Parteiöffentlichkeit herrsche, sei keine Verletzung der Intimsphäre. Die Intimsphäre stelle den Grundrechtskern der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG dar und werde weder durch die Dokumentation in ärztlichen Krankenblättern noch die Darlegung des Ehelebens in Ehescheidungsakten oder in psychologischen Untersuchungen berührt. Es komme allein eine Verletzung der Privatsphäre in Betracht, die aber im Arzthaftungsrecht stets betroffen sei. Bei einer Untersuchung des Armes müsse über die Frage intimerer Untersuchungen, mit der Verpflichtung sich zu entkleiden, nicht diskutiert werden.

Der Kläger und seine Eltern hätten die Gelegenheit genutzt, außerhalb der Vortragsregeln der ZPO umfangreich auf den Sachverständigen einzuwirken. Daher liege im Ausschluss der Beklagten von dieser Einflussnahme eine massive Einschränkung ihrer Grundrechte aus Art. 103 Abs. 1 GG, die nicht durch vor- oder höherrangige Grundrechte des Klägers gerechtfertigt sei.

Der Kläger vertritt die Ansicht, das Landgericht habe das Ablehnungsgesuch mit Recht zurückgewiesen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 11.05.2015 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen.

II.

Die sofortige Beschwerde ist gemäß §§ 406 Abs. 5, 567 Abs. 1 Nr. 1, 569 ZPO zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt. Der Ablehnungsantrag ist auch zulässig, da er innerhalb der Stellungnahmefrist zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen vom 29.09.2014 gestellt wurde.

Die sofortige Beschwerde ist jedoch nicht begründet, da das Landgericht das Ablehnungsgesuch mit Recht zurückgewiesen hat.

Für die Besorgnis der Befangenheit genügt jede Tatsache, die ein auch subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 406, Rdnr. 8). Eine solche Tatsache liegt jedoch weder darin, dass der Sachverständige mit dem Kläger und seinen Eltern ein umfangreiches Anamnesegespräch geführt und dessen Inhalt im Gutachten wiedergegeben hat, noch darin, dass er die Beklagten nicht zum Untersuchungstermin geladen hat.

1. Der Sachverständige Prof. Dr. H. hat den Gutachtensauftrag nicht überschritten, der ihm durch den Beweisbeschluss des Landgerichts Memmingen vom 11.02.2014 erteilt worden ist. Die Anamneseerhebung ist wesentlicher Teil (fast) jeder ärztlichen Erstuntersuchung; sie ist bei der Erstellung eines medizinischen Gutachtens regelmäßig ebenso geboten wie bei der Behandlung einer Erkrankung oder Verletzung. Dies gilt jedenfalls bei einer Formulierung des Beweisthemas wie im Beweisbeschluss, wo es heißt, dass Beweis zu erheben ist über die Behauptung der Klagepartei, die Behandlung des Klägers ... durch die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) und den Beklagten zu 2) habe nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprochen. Es handelt sich jedenfalls nicht um eigene Ermittlungen des Sachverständigen; selbst bei diesen wäre nicht in jedem Fall die Besorgnis der Befangenheit begründet (vgl. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. S 130).

2. Auch die unterlassene Ladung der Beklagten zum Untersuchungstermin kann vernünftigerweise ein auch nur subjektives Misstrauen der beklagten Partei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen nicht rechtfertigen.

a) Der Besichtigungstermin des Sachverständigen ist kein Teil der Beweisaufnahme, so dass der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit gemäß § 357 Abs. 1 ZPO nicht unmittelbar gilt (OLG Dresden, Beschluss vom 25.11.1996 - 7 U 1608/95 -, NJW-RR 1997, 1354, Rn. 10). Überwiegend wird jedoch analog § 357 ZPO ein Anwesenheitsrecht der Parteien bei derartigen Tatsachenfeststellungen anerkannt (Musiak/Voit/Stadler, ZPO, 12. Aufl., § 357 Rn. 2); zum Teil wird das Anwesenheitsrecht der Parteien auch aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens abgeleitet. Folglich ist regelmäßig die Besorgnis der Befangenheit begründet, wenn der Sachverständige zu einem Ortsbesichtigungstermin nur eine Partei eingeladen hat (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 35. Aufl., § 357 Rn. 1, OLG Jena MDR 2000, 169; OLG Oldenburg BauR 2004, 1817; OLG München NJW-RR 1998, 1687; OLG Karlsruhe, MDR 2010, 1148) oder sich bei

der Sachbesichtigung bei einer Partei technische Information verschafft, ohne der anderen Partei Gelegenheit zu geben, seine Fragen kennenzulernen und ihrerseits zur Information des Sachverständigen beizutragen (BGH Beschluss vom 15. 4. 1975 - X ZR 52/75, NJW 1975, 1363).

Die Praxis hat hieraus die Konsequenz gezogen, dass in der formularmäßigen Zuleitung der Akte an den Sachverständigen (nach Forum Star Zivil) darauf hingewiesen wird, dass den Parteien bzw. ihren Prozessbevollmächtigten die Teilnahme an einer vom Sachverständigen vorgesehenen Ortsbesichtigung zu ermöglichen und sie rechtzeitig zu verständigen ist (vgl. Zuleitungsverfügung vom 11.03.2014, Bl. 166/168 d. A.).

b) Die ärztliche Untersuchung einer Partei durch einen Sachverständigen wird dagegen seit langem anders behandelt als die Ortsbesichtigung z. B. in einer Bau- oder Verkehrsunfallsache. Nach herrschender Rechtsprechung rechtfertigt die unterbliebene Benachrichtigung des Prozessgegners vom Untersuchungstermin nicht die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.11.1978 - 5 W 127/78 OLGZ 1980, 37; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 08.01.2003 - 1 W 18/02, OLG München, Beschluss vom 15.10.1999 - 1 W 2656/99 -, OLG Hamm, Beschluss vom 16.07. 2003 - 1 W 13/03 -, Rn. 4; Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. S 128, Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl. § 357 Rn. 3 und § 406 Rn. 9). Dies wird damit begründet, dass bei der Untersuchung einer Person durch einen ärztlichen Sachverständigen die Parteiöffentlichkeit hinter den Schutz der Menschenwürde zurückzutreten habe (Thomas/Putzo, a.a.O., § 357 Rn. 1, OLG München, Beschluss vom 08.08.1990 - 1 W 1996/90, NJW-RR 1991, 896, Beschluss vom 15.10.1999 - 1 W 2656/99). Ärztliche Untersuchung würden in den Intimbereich eingreifen (OLG Hamm, Beschluss vom 16.07. 2003 - 1 W 13/03 -, Rn. 4). Die Einwilligung der Partei in ihre Untersuchung umfasse nicht stillschweigend die Einwilligung in die Anwesenheit des Prozessgegners (OLG München, Beschluss vom 15.10.1999 - 1 W 2656/99).

Dagegen hat das OLG Frankfurt/Main eine erhebliche Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit und des fairen Verfahrens darin gesehen, wenn der Gutachter als „spezielle Anamnese“ Angaben der Patientin beim Untersuchungstermin in das Gutachten aufnimmt, die in einem Gespräch zwischen Gutachter und Klägerin gemacht wurde, zu dem dem Beklagten der Zutritt verwehrt wurde. Es handele sich um einen relativ geringen Eingriff in die Privat- und Intimsphäre der zu untersuchenden Partei, der gegen das Recht des Beklagten abzuwägen sei, die Untersuchung zu beobachten und während der Untersuchung sachbezogene Fragen und Anregungen abzuwägen (OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 10.01.2011 - 22 U 174/07, GesR 2011, 295). Dieser Fall betraf eine zahnärztliche Untersuchung. Das OLG Frankfurt hatte nicht über eine Ablehnung des Sachverständigen zu befinden, sondern ordnete auf Antrag des beklagten Zahnarztes an, dass er bei der Untersuchung ein Anwesenheitsrecht habe. Ob die vom OLG Frankfurt zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt worden ist, lässt sich aus der Veröffentlichung bei Juris nicht entnehmen.

c) Der Senat folgt der ganz herrschenden Meinung. Anders als die Besichtigung einer Unfallstelle oder eines Baumangels greift die ärztliche Untersuchung einer Partei in ihre durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Privatsphäre ein. Ob auch der Kernbereich, die Intimsphäre, betroffen ist, innerhalb derer eine Abwägung gegen staatliche Eingriffe nicht möglich ist, bedarf keiner Entscheidung, da die Abwägung mit den Interessen der Gegenpartei regelmäßig dazu führen wird, dass sie bei der Untersuchung kein Anwesenheitsrecht hat. Der Patient ist auch nicht dazu verpflichtet, in die Untersuchung seines Körpers durch seinen ehemaligen, nun von ihm wegen eines behaupteten Behandlungsfehlers in Anspruch genommenen Arzt oder auch nur in dessen Anwesenheit einzuwilligen.

Dies gilt auch für das Anamnesegespräch. Auch wenn der Sachverständige gewärtig sein muss, dass es sich bei den Angaben des Patienten - und ggfs. seiner gesetzlichen Vertreter - um (möglicherweise bestrittenen) Parteivortrag handelt, erfordert das Anamnesegespräch eine vertrauenerweckende Atmosphäre, die bei Anwesenheit der Gegenpartei oder ihres Rechtsanwalts regelmäßig nicht gewahrt werden könnte.

Diesem Schutzinteresse des Patienten stehen - jedenfalls im vorliegenden Fall - keine entsprechend gewichtigen Interessen der Behandlungsseite gegenüber. Beanstandungen der bei der Anamnese gemachten Angaben können in der Stellungnahme zum Gutachten nach § 411 Abs. 4 ZPO erfolgen und ggfs. nach der Anhörung des Patienten durch das Gericht und einer etwaigen Beweisaufnahme zu einer Korrektur des Gutachtens führen. Konkrete Beanstandungen sind dem Ablehnungsgesuch der Beklagten zu 1) im Schriftsatz vom 22.12.2014 aber nicht zu entnehmen.

d) Selbst wenn man der vom OLG Frankfurt vertretenen Gegenansicht folgen würde, läge kein vernünftiger Grund zur Annahme einer Befangenheit des Sachverständigen vor. Der Sachverständige hat sich nämlich entsprechend der seit Jahrzehnten gebildeten, von der obergerichtlichen Rechtsprechung gebilligten Übung verhalten, wie die Beklagte zu 1) in der Beschwerdebegründung vom 08.04.2015 (S. 7 = Bl. 284 d. A.) einräumt. Eine Voreingenommenheit des Sachverständigen zu Gunsten des Klägers lässt sich auch aus Sicht einer verständigen Gegenpartei daraus nicht herleiten.

3. Ein Ablehnungsrecht der Beklagten zu 1) entfällt schließlich schon deshalb, weil er von dem Termin zur ärztlichen Untersuchung des Klägers rechtzeitig auf andere Weise Kenntnis erlangt hatte. Der Klägervertreter hatte nämlich am 03.04.2014 den Beklagtenvertreter zu 1) angeschrieben, ihm den Untersuchungstermin am 15.05.2014 mitgeteilt und darum gebeten, bis 30.04.2014 in der Donauklinik gefertigten Röntgenaufnahmen zu übersenden (Anlage K30). Die Beklagte zu 1) hatte daher die Möglichkeit und ausreichend Zeit, bei der Zivilkammer ihr vermeintliches Anwesenheitsrecht bei der Untersuchung geltend zu machen und hierfür etwa vorliegende besondere Gründe vorzutragen. Davon hat sie jedoch keinen Gebrauch gemacht. Die durch einen im Arzthaftungsrecht erfahrenen Rechtsanwalt vertretene Beklagte zu 1) musste auch damit rechnen, dass im Rahmen der Untersuchung ein ausführliches Anamnesege-spräch geführt werden würde. Wenn der Gegenpartei auf andere Weise der Termin bekannt geworden ist, entfällt auch beim Termin zur Ortsbesichtigung durch den Sachverständigen die Möglichkeit einer Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Thomas/Putzo, a.a.O., § 406 Rn. 2).

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 3 ZPO, 48 GKG. Bei der Ablehnung des Sachverständigen ist von einem Drittel des Hauptsachestreitwerts auszu-gehen (vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, a.a.O., § 3 Rdnr. 7, OLG München MDR 2010, 1012).

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen für die Zulassung nicht vorliegen (§ 574 ZPO). Der Beschluss beruht nicht auf der inhaltlichen Abweichung von dem zitierten Urteil des OLG Frankfurt (vgl. oben 2. d) und 3.).

**21. OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2015 – I-26 U 2/13, 26 U 2/13 – \* Ein Arzt, der auf vollständig er-hobenen Befunden einen falschen Schluss zieht, unterliegt einem - für sich allein noch nicht haftungsbegründenden - Diagnoseirrtum. Dieser stellt erst dann einen haftungsbegründen-den Diagnosefehler dar, wenn die Diagnose im Zeitpunkt der medizinischen Behandlung aus der Sicht eines gewissenhaften Arztes medizinisch nicht vertretbar ist**

Ein Arzt, der auf vollständig erhobenen Befunden einen falschen Schluss zieht, unterliegt einem - für sich allein noch nicht haftungsbegründenden - Diagnoseirrtum. Dieser stellt erst dann einen haftungsbegrün-denden Diagnosefehler dar, wenn die Diagnose im Zeitpunkt der medizinischen Behandlung aus der Sicht eines gewissenhaften Arztes medizinisch nicht vertretbar ist.

Fundstellen

PaPfleReQ 2015, 44-46 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

WzS 2015, 228-229 (Kurz wiedergabe)

**Tenor**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 04.12.2012 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Land-gerichts Bielefeld abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Be-trages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Die Kläger haben von den Beklagten wegen vermeintlicher ärztlicher Behandlungsfehler in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 5.000,00 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes, den Ersatz von Verdienstausfall für die Kindesbetreuung in Höhe von 27.972,00 EUR, den Ersatz von Unterhaltsschaden ab 01.2009 in Höhe von 270% des Regelbetrages der jeweiligen Altersstufe der Re-gelbetragsverordnung abzüglich des Kindergeldes, die Zahlung weiterer 12.518,44 EUR (rückständiger Unterhaltsschaden und vorgerichtliche Anwaltskosten) sowie die Feststellung weitergehender Ersatz-pflicht begehrt.

Die Klägerin, bei der unerkannt eine Uterus-Anomalie bestand, ließ sich am 30.5.2005 durch den Beklag-ten zu 1), der Gesellschafter der Beklagten zu 2) ist, unter Ultraschallkontrolle eine Spirale zur Empfäng-nisverhütung einsetzen. Gleichwohl wurde bei ihr im 03.2007 eine Schwangerschaft festgestellt, die am ... 2007 zur Geburt einer gesunden Tochter führte.

Die Klägerin zu 1) und ihr Lebensgefährte, der Kläger zu 2) haben behauptet, der Einsatz der Spirale sei grob behandlungsfehlerhaft gewesen. Die bei der Klägerin vorliegende Anomalie eines Uterus bicornis hätte bereits im Rahmen der Ultraschallkontrolle bemerkt werden müssen. Das Vorliegen der Anomalie habe eine absolute Kontraindikation dargestellt; die Spirale hätte keine verhütende Wirkung entfalten kön-nen.

Die Beklagten haben sich im Wesentlichen darauf berufen, dass die Anomalie im Rahmen des Einsetzens der Spirale und der nachfolgenden Sitzkontrolle nicht diagnostiziert gewesen sei. Veranlassung für wei-tergehende Untersuchungen, die die Anomalie hätten zeigen können, aber nicht bestanden.

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme durch schriftliche und mündliche Begutachtung durch Prof. Dr. G im Wesentlichen stattgegeben. Es hat die Beklagten in der Hauptsache zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 5.000,00 EUR und zum Ersatz des Unterhaltsschadens im Umfang von 240% des Regelbetrages verurteilt und ferner die Ersatzpflicht für zukünftige weitere Schäden festgestellt. Abgelehnt hat es dagegen die Verurteilung zur Zahlung von Verdienstausfallschaden und den Ersatz von Unterhaltsschäden über den Satz von 240% des Regelbetrages hinaus.

Zur Begründung hat es maßgeblich darauf abgestellt, dass dem Beklagten zu 1) entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. G ein vorwerfbarer Behandlungsfehler anzulasten sei, der auch zu Haftung der Beklagten Gemeinschaftspraxis führe. Bei der Klägerin habe eine zweite Vagina und ein doppelter Uterus vorgelegen, sodass das Einlegen der Spirale nur in die linke Gebärmutter fehlerhaft gewesen sei. Die Anomalie hätte anlässlich der sorgfältigen Untersuchung, wie sie beim Einsetzen der Spirale erforderlich gewesen sei, erkannt werden können und müssen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die die vollständige Klageabweisung begehren.

Es liege allenfalls ein vertretbarer und deshalb nicht haftungsbegründender Diagnoseirrtum vor. Bei der vorliegenden Fehlbildung handele es sich um eine seltene Anomalie, die auch nur sehr schwer und nur unter besonderen Untersuchungsbedingungen zu diagnostizieren gewesen sei. Überdies habe auch anlässlich des Einsetzens der Spirale keine Veranlassung bestanden, gezielt nach einer solchen Fehlbildung zu suchen. Der Beklagte zu 1) habe sich insoweit leitliniengerecht verhalten. Wegen dieser Sachlage hätten auch Vor- Nachbehandler die Fehlbildung nicht erkannt, und auch in vergleichenden Studien seien derartige Anomalien von den Probanden häufig nicht erkannt worden. Selbst der gerichtliche Sachverständige habe sie unter Schwierigkeiten nur gefunden, weil er gezielt und in Kenntnis des Vorhandenseins der Fehlbildung nach ihr gesucht habe.

Dessen Bewertung sei widersprüchlich und unbrauchbar gewesen, sodass dem Landgericht auch ein Verfahrensfehler vorzuwerfen sei, weil es gleichwohl kein Obergutachten eingeholt habe.

Die Beklagten beantragen,

das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 04.12.2012 mit dem Aktenzeichen 4 O 135/09 teilweise abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung. Das Landgericht habe auf der Basis der gerichtlichen Begutachtung zutreffend entschieden. Insbesondere hätte das Erkennen der Anomalie dem Facharztstandard entsprochen. Sie hätte bereits bei der erforderlichen sorgfältigen Untersuchung anlässlich des Einsetzens einer Spirale erkannt werden müssen.

Der Senat hat die Klägerin und den Beklagten zu 1) persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. G. Ferner hat der Senat ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T eingeholt. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 06.06.2014 und das schriftliche Gutachten vom 12.12.2014 verwiesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist begründet.

Die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche stehen ihnen nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Ansprüche ergeben sich insbesondere nicht wegen des Vorliegens von Behandlungsfehlern gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 823, 253 Abs.2 BGB. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass dem Beklagten zu 1) derartige Fehler unterlaufen sind. Dementsprechend bestehen auch keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) als von den Beklagten zu 1) mitgetragene Gemeinschaftspraxis.

1. Dem Beklagten zu 1) ist kein Befunderhebungsfehler unterlaufen.

Insoweit schuldete er die Einhaltung des medizinischen Standards, also desjenigen Verhaltens, das von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Standard der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat (vgl. etwa BGH-Urteil v. 15.04.2014 - VI ZR 382/12 -, GesR 2014, S.404) .

Diesen Anforderungen hat das Vorgehen des Beklagten zu 1) entsprochen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. T hat der Beklagte zu 1) alle Untersuchungen vorgenommen, die im Zusammenhang mit der Einlage eines Intrauterinpressars geboten waren. Insbesondere hat er neben Spiegelung und Sondierung eine sonographische Kontrolle vorgenommen.

Zu weitergehenden Untersuchungen ist er nach dem medizinischen Standard im Zusammenhang mit einer Spiraleinlage nicht verpflichtet gewesen. Insbesondere hat der Sachverständige plausibel darauf

verwiesen, dass vor der Einlage einer Spirale nicht immer nach einer intrauterinen Fehlbildung gefahndet werden muss. Erst bei dem Vorliegen einer Verdachtsdiagnose kann eine sehr genaue Untersuchung den zutreffenden Befund ergeben und kann deshalb aus der Sicht des Senates gegebenenfalls dann auch zu fordern sein. Vorliegend ist das jedoch nicht der Fall gewesen, weil hier nach der langjährigen Behandlungsvorgeschichte und auch den bildgebenden Befunden keinerlei Anhaltspunkte vorgelegen haben, die auf ein eventuelles Vorliegen einer Anomalie hingedeutet haben.

Es ist dem Beklagten zu 1) deshalb nicht vorzuwerfen, dass er keine weitergehenden Untersuchungen vorgenommen hat, mit denen die Anomalie hätte erkannt werden können.

2. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass ein haftungsbegründende Diagnosefehler stattgefunden hat. Denn das Ziehen des falschen Schlusses aus den vollständig erhobenen Befunden stellt für sich allein nur einen nicht haftungsbegründenden Diagnoseirrtum dar. Ein haftungsbegründender Diagnosefehler liegt stattdessen erst vor, wenn die Diagnose für einen gewissenhaften Arzt bei ex-ante-Sicht medizinisch nicht vertretbar ist (vgl. Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Auflage, Rdn. 190 - 192 m.w.N.).

Auf dieser Basis ist es den Beklagten zu 1) nicht vorzuwerfen, dass er das Vorliegen einer Vagina duplex und eines Uterus duplex nicht erkannt hat und von einer regelhaften nur einfachen Anlage ausgegangen ist. Auch insoweit folgt der Senat den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. Danach ist die bei der Klägerin zu 1) vorliegende Anomalie nicht nur extrem selten, sondern wegen der in der Regel eng an der Seitenwand anliegenden trennenden Membran bei einer Spiegelung häufig gar nicht erkennbar. Die Bewertung als regelhafte Genitale ist dann aber mangels Vorliegens anderweitiger Anhaltspunkte nicht zu beanstanden.

Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die Klägerin zu 1) seit dem 14. Lebensjahr in frauenärztlicher Betreuung gefunden hat und die Untersuchungsbefunde der Vorbehandler einschließlich der Bildgebung keine Anhaltspunkte für eine Fehlbildung gegeben haben. Dementsprechend haben auch die Vorbehandler insoweit keinen Verdacht geschöpft. Auch die Nachbehandler haben nur partiell richtig einen Uterus bicornis diagnostiziert, während die zutreffende Diagnose einer doppelten Anlage von Vagina und Uterus erst von dem gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. G gestellt wurde.

Dass Prof. Dr. G erstmals die auch aus Sicht des Sachverständigen Prof. Dr. T zutreffende Diagnose stellen konnte, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass zuvor bei den jeweiligen Behandlungen Diagnosefehler unterlaufen sind. Prof. Dr. G hat in seinem schriftlichen Gutachten und bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat darauf hingewiesen, dass er selbst schon bei Beginn seiner Untersuchung davon ausgehen musste, dass eine Fehlbildung vorhanden gewesen ist. Gleichwohl hat er intensiv danach suchen müssen und die Anomalie erst nach mehrfachem Wechsel der Spekulumgröße erkennen können. Dies war jedoch nicht die Situation, in der sich der Beklagte zu 1) befunden hat. Im Gegensatz zu Prof. Dr. G bestand zum Zeitpunkt seiner Untersuchung gerade keine Anhaltspunkte für eine Anomalie. Bei dieser Sachlage liegt nur ein vertretbarer, nicht haftungsbegründender Diagnoseirrtum vor.

Einer weiteren Beweisaufnahme bedurfte es nicht. Der Sachverhalt ist zur Überzeugung des Senats umfassend aufgeklärt. Insbesondere bestehen in der medizinischen Bewertung durch den Sachverständigen Prof. Dr. T und den Sachverständigen Prof. Dr. G keine relevanten Abweichungen mehr. Der Letztgenannte hat bereits bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat seine in der 1. Instanz vorgenommene Bewertung revidiert und einen vorwerfbaren Behandlungsfehler verneint. Dies entspricht der Bewertung durch den Sachverständigen Prof. Dr. T, der überdies darauf hingewiesen hat, dass bereits der Vorgutachter Prof. Dr. G in seinem Gutachten alle Anhaltspunkte für die Bewertung als Diagnoseirrtum gegeben hat. In der Auswertung des medizinischen Sachverhalts und seiner Bewertung bestehen deshalb zwischen beiden Sachverständigen keine Differenzen, die einer weiteren Abklärung bedürften.

Eine Haftung der Beklagten ist damit insgesamt nicht gegeben. Die Entscheidung des Landgerichts ist abzuändern. Die Berufung hat somit Erfolg.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711, 543 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.

## **22. OLG Köln, Beschluss vom 27.05.2015 – 5 U 194/14 – \* Arzthaftungsprozess: Kausalzusammenhang zwischen Behandlungs- und Befunderhebungsfehler und der Implantation einer Kniegelenksprothese**

### **Orientierungssatz**

**Ein Kausalzusammenhang zwischen einem Behandlungs- und Befunderhebungsfehler und der Implantation einer Kniegelenksprothese ist äußerst unwahrscheinlich, wenn es aufgrund eines unfallunabhängigen Vorschadens im medialen Kompartiment und eines retropatellar eingetretenen Unfallschadens mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % erforderlich geworden wäre, dass der Patient eine Kniegelenksprothese eingesetzt bekommen hätte. Liegt die Wahrscheinlichkeit eines**

**anderen Kausalverlaufs bei 5 % oder weniger, ist die äußerste Unwahrscheinlichkeit eines Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden anzunehmen.****Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 12.11.2014 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 453/10 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Die Klägerin erhält Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

**Gründe**

Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu liegenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage zu Recht insoweit abgewiesen, als die Klägerin ein Schmerzensgeld von mehr als 2.500 EUR und die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten begehrt.

Eine höheres Schmerzensgeld als 2.500 EUR ist nicht gerechtfertigt. Es kann nicht angenommen werden, dass die am 4.7.2007 erfolgte Implantation einer Kniegelenksprothese oder eine sonstige Dauerfolge auf einem Behandlungsfehler des Beklagten beruhen.

Das Landgericht hat festgestellt, dass der Beklagte, der die Klägerin nach dem Sturz vom 13.9.2006 ab dem 22.9.2006 behandelt hat, nach vier bis sechs Wochen die ursprüngliche Diagnose einer Prellung des rechten Knies in Frage hätte stellen und eine erneute Befunderhebung hätte einleiten müssen, was zur Folge hatte, dass die ab dem 18.12.2006 von dem Nachbehandler Dr. H eingeleitete Diagnostik und Therapie um zwei Monate verzögert wurde. Da eine Mitte 10.2006 durchgeführte klinische und radiologische Befunderhebung sowie eine Arthroskopie des rechten Knies den eindeutig behandlungsbedürftigen Befund eines viertgradigen medialen und retropatellaren Knorpelschadens ergeben hätten, führt der Befunderhebungsfehler zu einer Beweislastumkehr. Der Beklagte muss beweisen, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem ihm anzulastenden Behandlungsfehler und der Implantation der Kniegelenksprothese ausgeschlossen oder zumindest äußerst unwahrscheinlich ist. Selbst wenn sich die Verzögerung der Diagnostik - wie die Klägerin in der Berufungsbegründung geltend macht - darüber hinaus als grob fehlerhaft darstelle würde, würde sich kein anderer, der Klägerin günstigerer Beweismaßstab ergeben.

Das Landgericht ist auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Dr. N in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungs- und Befunderhebungsfehler des Beklagten und dem Einsetzen der Kniegelenksprothese äußerst unwahrscheinlich ist. In seinem schriftlichen Gutachten vom 16.6.2013 ist Dr. N zu dem Ergebnis gelangt, dass die Verzögerung von zwei Monaten allenfalls 5 % der Schädigung des retropatellaren Knorpels verursacht und keinen Einfluss auf die Einbringung der Kniegelenksprothese gehabt habe. In der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2014 hat er dargelegt, dass es allein aufgrund des unfallunabhängigen Vorschadens im medialen Kompartiment und aufgrund des retropatellar eingetretenen Unfallschadens mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % erforderlich geworden wäre, dass die Klägerin eine Kniegelenksprothese eingesetzt bekommen hätte. Liegt die Wahrscheinlichkeit eines anderen Kausalverlaufs bei 5 % oder weniger, nimmt der Senat in ständiger Rechtsprechung die äußerste Unwahrscheinlichkeit eines Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden an.

Der Sachverständige Dr. N hat seine zusammenfassende Beurteilung überzeugend begründet.

Anders als die Klägerin meint, steht dem nicht entgegen, dass er sich bei der Ermittlung des Anteils der Behandlungsverzögerung von zwei Monaten an der Schädigung des retropatellaren Knorpels und der Wahrscheinlichkeit, mit der der unfallunabhängige Knorpelschaden im medialen Kompartiment und der unfallbedingte Knorpelschaden retropatellar die Implantation eine Kniegelenksprothese erfordert haben, nicht auf wissenschaftlichen Maßstäben genügende Studien stützen konnte. Studien zu der Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit bestimmte Umstände oder Behandlungsfehler bestimmte Schäden verursachen, sind in aller Regel nicht vorhanden. Medizinische Sachverständige können Kausalzusammenhänge und entsprechende Wahrscheinlichkeiten daher nur aufgrund ihres allgemeinen Fachwissens und ihrer klinischen Erfahrung beurteilen und schätzen, was, wenn die Bewertung und Schätzung nachvollziehbar ist, in ausreichender Weise Feststellungen gemäß § 286 ZPO oder § 287 ZPO ermöglicht.

So liegt es hier. Dr. N hat dargelegt, dass der bei der Arthroskopie vom 31.1.2007 beschriebene degenerative Knorpelschaden an der medialen Femurkondyle und am Tibiaplateau, also im medialen Kompartiment, und der ebenfalls dort beschriebene, als unfallbedingt bewertete viertgradige Knorpelschaden retropatellar mit korrespondierendem drittgradigen Knorpelschaden an der Trochlea in gleichem Ausmaß für die Implantation der Kniegelenksprothese verantwortlich seien.

Die Veränderungen im medialen Kompartiment seien durch das Trauma nicht zu erklären. Angesichts der relativ kurzen Zeitdauer zwischen dem Unfall und der Arthroskopie habe der schwere Knorpelschaden im medialen Kompartiment auch nicht durch abgesprengte Knorpelteile entstehen können, zumal solche im Operationsbericht vom 31.1.2007 nicht angeführt seien.

Da die in dem Bericht enthaltene Beschreibung eines "aufgeplatzten Knorpels" auf eine erhebliche Krafteinwirkung durch den Unfall schließen lasse, könne die bereits am Unfalltag entstandene retropatellare Knorpelschädigung auf 75 % geschätzt werden. Die restliche Knorpelschädigung von 25 % sei in den folgenden Monaten entstanden. Die in der Regel durch ein Trauma hervorgerufene Fragmentierung des Knorpels mit Rissen und losen Knorpelfragmenten verursache, sofern diese Folgen unbehandelt blieben, weitere Schädigungen. Man könne davon ausgehen, dass 15 % der zusätzlichen Schädigungen in den ersten zwei Monaten und 10 % in den folgenden Monaten entstanden seien. Da selbst eine sofortige operative Versorgung den weiteren Verschleiß nicht vollständig aufhalten könne, betrage die Schädigung des retropatellaren Knorpels durch die zweimonatige Verzögerung letztlich nur 5 %.

Auch wenn die vom Sachverständigen Dr. N genannten Prozentzahlen nur Schätzwerte sind, wird aus diesen Ausführungen deutlich, dass die wesentlichen Ursachen der Knorpelschädigungen nicht in der Behandlungsverzögerung, sondern in degenerativen Veränderungen, im Unfallgeschehen selbst, in nachteiligen Veränderungen während der ersten, nicht fehlerbehafteten Behandlungszeit sowie in einem Verschleiß und einer Schädigung liegen, die auch bei zeitgerechter operativer Therapie eingetreten wären. Warum diese Ursachen ein höheres Gewicht haben, hat Dr. N zu einem großen Teil begründet. Es leuchtet zudem ein, dass es auch ohne die Behandlungsverzögerung mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zur Implantation der Kniegelenksprothese gekommen wäre, wenn der auf die Verzögerung zurückzuführende Anteil der retropatellaren Knorpelschädigung sehr klein ist und der Knorpelschaden im medialen Kompartiment überhaupt nicht hierauf beruht.

Die Einschränkungen der Gehfähigkeit, die Schmerzen und die Beschwerden, die während des Verzögerungszeitraums von zwei Monaten bestanden, rechtfertigen kein höheres Schmerzensgeld als 2.500 EUR. Etwas anderes macht die Klägerin in der Berufungsbegründung auch nicht geltend.

Der Feststellungsantrag ist unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen ebenfalls unbegründet. Hat der Behandlungsfehler des Beklagten nicht zur Implantation der Kniegelenksprothese oder einer sonstigen Dauerfolge geführt, können der Klägerin keine weiteren Schäden entstehen.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

### **23. OLG Köln, Beschluss vom 18.05.2015 – 5 U 12/15 – \* Zahnarzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen mangelnder Eingriffs- und Risikoaufklärung unter Berücksichtigung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung des Patienten**

#### **Orientierungssatz**

**Eine Haftung wegen mangelnder Eingriffs- und Risikoaufklärung scheidet aus, wenn der Einwand einer hypothetischen Einwilligung durchgreift, da von dem klagenden Patienten angeführte Alternativen zu einer Extraktion aller Zähne, auf die er sich für einen Entscheidungskonflikt beruft und die einen solchen hätte begründen können, nicht bestanden.**

#### **Tenor**

Der Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Durchführung des Berufungsverfahrens wird zurückgewiesen.

#### **Gründe**

Die vom Kläger beabsichtigte Rechtsverfolgung hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, § 114 ZPO. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger kann von den Beklagten wegen der 18.3.2011 durchgeführten Extraktion aller Zähne weder Schmerzensgeld noch materiellen Schadenersatz verlangen.

1. Behandlungsfehler hat der Kläger nicht bewiesen. In Bezug auf die streitige Indikation zur Extraktion ist der Sachverständige Dr. B nach Auswertung des Orthopantogramms vom 12.1.2011 zu dem Ergebnis gelangt, dass ein dauerhafter Erhalt aller Zähne auf Dauer nicht möglich oder jedenfalls äußerst fraglich gewesen sei. Insbesondere sei eine Nutzung als Prothesenanker nicht in Betracht gekommen. Zur Begründung hat er auf den aus der Röntgenaufnahme ersichtlichen massiven generalisierten horizontalen Knochenabbau im gesamten Gebiss, hinzutretende massive vertikale Knocheneinbrüche an neun Zähnen sowie weitere im Röntgenbild erkennbare Auffälligkeiten verwiesen. Die Zähne des Klägers seien nicht mehr, wie erforderlich, mindestens in der Länge der klinischen Krone im Knochen verankert gewesen. Mängel der Begutachtung, die eine weitere Sachaufklärung in einem Berufungsverfahren erfordern würden, sind weder dargetan noch erkennbar.

2. Das Landgericht ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagten dem Kläger nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung haften.

a) Dabei hätte es dahin stehen lassen können, ob bewiesen ist, dass die Beklagte zu 2) und die in der Praxis der Beklagte zu 3) und 4) tätige Zeugin Dr. D den Kläger über die Folgen und Risiken einer Extraktion aller Zähne und der Eingliederung einer Totalprothese aufgeklärt haben. Wie sich aus den Ausführungen des Sachverständigen Dr. B ergibt, führen der Verlust aller Zähne und die Eingliederung einer

Totalprothese im Ober- und Unterkiefer, vor allem wenn der Verlust plötzlich eintritt, dazu, dass eine Anpassung an die neue Situation für den Patienten schwierig ist und eine Dekompensation des craniomandibulären Systems mit Symptomen wie Schmerzen im Kopf-, Kiefergelenks- und Nackenbereich und Verspannungen im Hals- und Nackenbereich auftreten kann. Die Funktion einer auf der Schleimhaut getragenen Totalprothese ist danach eingeschränkt, etwa infolge unzureichender Haftung oder durch Beeinträchtigungen beim Kauen. Eine Alternative zur Extraktion aller Zähne und zu einer Totalprothese gab es nach den Darlegungen von Dr. B nicht.

Der Kläger verkennt in der Begründung seines Prozesskostenhilfeantrags allerdings, dass sich jedenfalls aus den Bekundungen der Beklagten zu 2) vor dem Landgericht schlüssig eine den vorstehenden Anforderungen entsprechende Aufklärung ergibt. Die Beklagte zu 2) hat angegeben, dass sie wie immer darauf hingewiesen habe, dass es eine massive Umstellung von vollbezahnt zu zahnlos sei. Sie kläre auch immer darüber auf, dass ein Kiefergelenksschmerz und eine Art Muskelschmerz auftreten könnten, und weise darauf hin, dass beim Tragen der Vollprothese das Beißen nicht mehr so funktioniere wie vorher, das Sprechen anders sei und auch der Geschmackssinn anders sein könne. Im Übrigen sage sie dem Patienten, dass die Prothese im besten Fall halte, eine Garantie zum Halten der Prothese gebe es nie. Danach hat die Beklagte zu 2) den Kläger wie jeden anderen Patienten über die eingeschränkte Funktion einer auf der Schleimhaut getragenen Totalprothese und über die mögliche Dekompensation des craniomandibulären Systems unterrichtet, indem sie deren wesentlichen Symptome angeführt hat.

b) Eine Haftung wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung scheidet jedenfalls deshalb aus, weil der von allen Beklagten erhobene Einwand einer hypothetischen Einwilligung durchgreift. Beruft sich der Arzt auf die hypothetische Einwilligung des Patienten, so kann dieser den ärztlichen Einwand dadurch entkräften, dass er nachvollziehbar geltend macht, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden. Er muss dazu einsichtig machen, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Entscheidung gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht.

So liegt es hier nach dem für die Beurteilung der Erfolgsaussichten maßgeblichen Sach- und Streitstand nicht. Der Kläger hat einen Entscheidungskonflikt schon nicht schlüssig dargelegt. Selbst wenn in einem Berufungsverfahren - was dahin stehen kann - eine persönliche Anhörung des Klägers zu diesem Fragekreis verfahrensrechtlich erforderlich sein sollte, wäre daher nicht zu erwarten, dass sich hieraus etwas zugunsten des Klägers ergeben würde, was wiederum für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Berufung im Rahmen der PKH-Entscheidung maßgeblich ist. Die vom Kläger angeführten Alternativen zu einer Extraktion aller Zähne, auf die er sich für einen Entscheidungskonflikt beruft und die einen solchen hätten begründen können, bestanden nach den Ausführungen von Dr. B eindeutig nicht.

Ein bloßes Abwarten habe - so der Sachverständige - keine Alternative dargestellt, weil der Verlust der zwischen dem Pfeilerzahn 13 und dem Brückenglied 14 gebrochenen Brücke unmittelbar bevorstanden habe. Das OPG vom 12.1.2011 zeige, dass bei dem Pfeilerzahn 16, der die Brücke allein getragen habe, bereits der intraradikuläre Raum zwischen den Wurzeln freigelegen habe. Der Verlust des Zahns 16 und der Brücke hätten Beschwerden und den Wegfall der Stützzone zur Folge gehabt, was Einfluss auf das craniomandibuläre System gehabt hätte.

Eine Reparatur der Brücke von Zahn 13 bis Zahn 16 sei nicht möglich und ebenso wie eine Neuanfertigung der Brücke deshalb nicht angezeigt gewesen, weil die Pfeilerzähne hierfür nicht mehr geeignet gewesen seien. Aus dem OPG vom 12.1.2011 ergebe sich, dass der Zahn 13 massive vertikale Knocheneinbrüche und eine Aufhellung an der Wurzelspitze aufweisen habe, die auf ein chronisches entzündliches Geschehen schließen lasse. Letzteres erfordere eine Wurzelspitzenresektion, die die noch vorhandene Zahnwurzel verkürzen und den Zahnerhalt weiter einschränken würde.

Eine Versorgung der Region 13 bis 16, in der sich die gebrochene Brücke befunden habe, mit Implantaten hätte dem zahnärztlichen Standard widersprochen. Dies hätte die Situation der Zähne im linken Unterkiefer unberücksichtigt gelassen. Bei der Durchführung einer Zahnersatzbehandlung sei das gesamte Kauorgan, also der Ober- und der Unterkiefer, in die Betrachtung und Planung einzubeziehen. Aus der Auswertung des Röntgenbildes ergebe sich, dass ein Erhalt aller Zähne auf Dauer nicht gegeben bzw. äußerst fraglich gewesen sei.

Die vorstehend wieder gegebenen Ausführungen des Sachverständigen Dr. B, der bezogen auf den Kläger auch die Möglichkeit eines schrittweisen Vorgehens nicht hat feststellen können, sind überzeugend. Sie stützen sich auf das unmittelbar vor der Extraktion gefertigte Orthopantogramm vom 12.1.2011, das Dr. B ausführlich befundet hat. Ausgehend von dieser Auswertung und den beschriebenen Schädigungen der einzelnen Zähne ist es nachvollziehbar, warum die grundsätzlich denkbaren Alternativen eines Abwartens, einer Brückenversorgung der Region 13 bis 16, einer Implantatversorgung der Region 13 bis 16 und eines schrittweisen Vorgehens seinerzeit nicht in Betracht kamen. Soweit der Kläger Behandlungsalternativen zur Extraktion aller Zähne und zu einer Versorgung mit einer Totalprothese bejaht, setzt er allein seine Auffassung gegen die des Sachverständigen, was keinen Anlass zu einer weiteren Aufklärung gibt.

## **24. OLG Köln, Beschluss vom 13.05.2015 – 5 U 166/14 – \* Arzthaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch aufgrund eines Lagerungsschadens**

### **Orientierungssatz**

**1. Die Patientin muss beweisen, dass die Art und Weise der Lagerung bei einer laparoskopischen, roboterassistierten Myomenucleation nicht dem medizinischen Standard entsprach. Eine Beweislastumkehr nach den Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikobereichs ist abzulehnen, da vorliegend darauf abzustellen ist, ob die Komplikation und der Lagerungsschaden selbst beherrschbar und vermeidbar waren und bei einer mehrere Stunden dauernden Operation nicht von einer Ausschaltbarkeit der aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus resultierenden Risiken ausgegangen werden kann.**

**2. Es leuchtet ein, dass bei durchgehender Beobachtung insbesondere eines mit einer Kanüle am Arm versorgten Patienten durch den Anästhesisten kein festes Intervall für Lagerungskontrollen erforderlich ist.**

**3. Die Dokumentation der Überprüfung der Lagerung stellt für die für die Lagerung des Patienten verantwortlichen Ärzte keine Verpflichtung dar.**

### **Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 3.09.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 300/11 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Die Klägerin erhält Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

### **Gründe**

Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu liegenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin kann von der Beklagten wegen des Eingriffs vom 15.12.2008 gemäß §§ 280 Abs. 1, 831 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung von Schmerzensgeld noch materiellen Schadensersatz verlangen.

1. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass sich ein Behandlungsfehler in Gestalt einer fehlerhaften Lagerung oder einer unzureichenden Lagerungskontrolle nicht feststellen lässt.

a) Dies gilt zunächst für die Lagerung zu Beginn der laparoskopischen, roboterassistierten Myomenucleation.

aa) Nach der Beurteilung des Sachverständigen Prof. Dr. S entspricht die von der Beklagten in der Klageerwiderung und nochmals zusammenfassend im Schriftsatz vom 21.1.2014 dargelegte und von den Zeugen Q, T und Dr. E bestätigte Art und Weise der Lagerung, wie sie im Klinikum der Beklagten üblicherweise bei Operationen wie der am 15.12.2008 durchgeführten laparoskopischen, roboterassistierten Myomenucleation vorgenommen wird, dem medizinischen Standard. Diese überzeugende Beurteilung zieht die Klägerin im Berufungsverfahren nicht in Zweifel. Sie vermag nicht zu beweisen, dass bei dem Eingriff vom 15.12.2008 von der im Klinikum der Beklagten üblichen Art und Weise der Lagerung abgewichen worden ist. Weder kann dies aus den Aussagen der als Zeugen vernommenen und an der Operation beteiligten Ärzte abgeleitet werden, die an den Verlauf des Eingriffs keine konkrete Erinnerung hatten, noch stehen der Klägerin weitere Beweismittel zur Verfügung.

bb) Als Patientin ist die Klägerin im Arzthaftungsprozess für die anspruchsbegründende Tatsache eines Behandlungsfehlers beweispflichtig. Eine Beweislastumkehr nach den Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikobereichs hat das Landgericht zu Recht abgelehnt. Insbesondere hat es für die Heranziehung dieser Grundsätze entgegen der Auffassung der Klägerin richtigerweise nicht auf die Beherrschbarkeit der der Schadensverhinderung dienenden Lagerungs- und Überwachungsmaßnahmen, sondern darauf abgestellt, ob im vorliegenden Behandlungsfall die Komplikation und der Lagerungsschaden selbst beherrschbar und vermeidbar waren.

Der Arzt oder der Krankenhausträger müssen sich in Umkehr der Beweislast analog § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten, wenn der Gesundheitsschaden des Patienten sich in einem Bereich ereignet hat, den sie voll beherrschen können und müssen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 24.1.1984 - VI ZR 203/82, iuris Rdn. 14, abgedruckt in VersR 1984, 386 ff. und vom 24.1.1995 - VI ZR 60/94, iuris Rdn. 9, abgedruckt in VersR 1995, 539 ff.) und zahlreichen, vor allem älteren Entscheidungen der Instanzgerichte (vgl. die Nachweise bei Steffen/Pauge, Arzt Haftungsrecht 12. Aufl. Rdn. 618) kann dies auch für die ordnungsgemäße Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und deren Überprüfung während der Operation zur Vermeidung von Lagerungsschäden gelten. Wie der Senat bereits entschieden hat (Beschluss vom 25.2.2013 - 5 U 152/12, iuris Rdn. 2, abgedruckt in MedR 2014, 399), ist dies aber keineswegs immer und ohne weiteres der Fall. Diese Beurteilung widerspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht. Denn die Beweislastumkehr bei Lagerungsschäden beruht darauf, dass bei der Lagerung des Patienten während der Operation auch die Risikofaktoren, die sich

etwa aus seiner körperlichen Konstitution ergeben, ärztlicherseits eingeplant und dementsprechend ausgeschaltet werden können (BGH, Urteil vom 24.1.1995 - VI ZR 60/94, iuris Rdn. 11, abgedruckt in VersR 1995, 539 ff.). So liegt es nach den Ausführungen von Prof. Dr. S jedenfalls bei einer mehrere Stunden dauernden laparoskopischen, roboterassistierten Myomenukleation nicht, bei der nicht von Ausschaltbarkeit der aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus resultierenden Risiken ausgegangen werden kann. Prof. Dr. S hat dargelegt, dass es nach den Beobachtungen und Erfahrungen aus der Praxis selbst bei ordnungsgemäßer Lagerung und Lagerungskontrolle, wenn alles so gemacht worden sei, wie es im Lehrbuch stehe, zu Schäden wie der bei der Klägerin diagnostizierten Armplexusläsion C5 - C7 kommen könne. Die Wahrscheinlichkeit schätze er für die streitgegenständliche Operation mit kleiner als 0,5 %.

cc) Soweit es um die Lagerung zu Beginn der Operation geht, kann sich die Klägerin auch nicht auf eine aus einem Dokumentationsmangel folgende Beweislastumkehr oder Beweiserleichterung berufen. Ausweislich des Operationsberichts erfolgte der Eingriff zunächst in Steinschnittlage (SSL) und sodann in Trendelburg-Lage. Darüber hinaus ist zur Lagerung nichts festgehalten. Der Sachverständige Prof. Dr. S hat jedoch ausgeführt, dass Einzelheiten der Lagerung nicht dokumentationspflichtig seien. Dies überzeugt angesichts des Zwecks der ärztlichen Dokumentation, die der späteren Information des handelnden Arztes und mit- oder nachbehandelnder Ärzte dient. Kommt es zu einer Komplikation und einem Lagerungsschaden, sind die eingetretene Verletzung und die Beschwerden für die weitere Therapie entscheidend. Auf die genaue Art und Weise der Lagerung kommt es dagegen für die weitere Behandlung nicht an.

b) Von einer unzureichenden Lagerungskontrolle während des Eingriffs kann nicht ausgegangen werden. Eine nicht dem fachärztlichen Standard entsprechende Kontrolle der Lagerung hat die Klägerin nicht bewiesen. Anders als sie es in der Berufungsbegründung geltend macht, hat der Sachverständige Prof. Dr. S nicht gefordert, dass eine Lagerungskontrolle alle 30 Minuten vorzunehmen sei, sondern er hat erklärt, dass eine Lagerungskontrolle regelhaft in etwa alle 30 Minuten erfolgen solle. Von diesem Ausgangspunkt aus hat er die von den Zeugen Q und T, das heißt den bei der streitgegenständlichen Operation tätigen Anästhesisten, geschilderte übliche Vorgehensweise im Rahmen seiner abschließenden Befragung durch das Landgericht ausdrücklich als nicht fehlerhaft beurteilt. Der Zeuge Q hat ausgesagt, dass er die Lagerung in regelmäßigen Abständen unter der Operation kontrolliere, ohne dass er ein festes zeitliches Intervall nennen könne, etwa wenn er die Lage der Kanüle und die Zufuhr der Medikation überprüfe, was die ganze Zeit erfolge. Auch der Zeuge T hat für längere Operationen eine Überprüfung der Lagerung in unregelmäßigen Abständen geschildert. Dass bei durchgehender Beobachtung des Patienten durch den Anästhesisten, insbesondere des mit einer Kanüle versorgten Arms, kein festes Intervall für Lagerungskontrollen erforderlich ist, leuchtet ein.

Auch soweit es um eine Kontrolle der Lagerung während des Eingriffs geht, kann sich die Klägerin nicht auf eine aus einem Dokumentationsmangel folgende Beweislastumkehr oder Beweiserleichterung stützen. Das Landgericht hat eine entsprechende Dokumentationspflicht in zutreffender Weise nicht aus den Ausführungen von Prof. Dr. S abgeleitet. Zwar hat dieser ausweislich des ersten Satzes des letzten Absatzes auf S. 3 des Sitzungsprotokolls (Bl. 180 d.A.) erklärt, dass eine Überprüfung der Lagerung dokumentiert werden sollte. Ohne dass dies in entsprechenden Richtlinien oder Leitlinien - so der Sachverständige weiter - ausdrücklich gefordert werde, werde die Überprüfung der Lagerung zu Beginn der Operation in der überwiegenden Zahl der Krankenhäuser tatsächlich dokumentiert. Der mit "Wünschenswert ist und wäre auch ..." eingeleitete nächste Satz des Sitzungsprotokolls belegt aber klar, dass die Dokumentation der Überprüfung der Lagerung, die erfolgen soll, lediglich sinnvoll und empfehlenswert ist und für die für die Lagerung des Patienten verantwortlichen Ärzte keine Verpflichtung darstellt. Angesichts des oben bereits angeführten Zwecks der ärztlichen Dokumentation, den handelnden Arzt und mit- und nachbehandelnde Ärzte zu einem späteren Zeitpunkt zu informieren, ließe sich ein anderes Ergebnis nicht begründen. Denn Vermerke über erfolgte Lagerungskontrollen wären auch nach Eintritt einer Komplikation und eines Lagerungsschadens für die weitere Behandlung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Die erforderliche Therapie wird durch die eingetretene Verletzung und die Beschwerden des Patienten bestimmt.

2. Die Beklagte haftet der Klägerin nicht wegen mangelhafter Eingriffs und Risikoaufklärung.

Das Landgericht konnte in diesem Zusammenhang dahin stehen lassen, ob die Klägerin im Rahmen der am 25.11.2008 und 12.12.2008 mit den Ärzten Dr. E und Dr. S2 geführten Aufklärungsgespräche über das Risiko eines Nervenschadens infolge der Lagerung aufgeklärt worden ist und ob sie über eine Verlängerung der Operationsdauer, eine damit verbundene Erhöhung des Risikos von Lagerschäden und alternative Operationsmethoden hätte aufgeklärt werden müssen.

Denn das Landgericht hat den Einwand der hypothetischen Einwilligung, den die Beklagte in der Klagerwiderrung ausdrücklich erhoben hat, zu Recht durchgreifen lassen. Berufte sich der Arzt auf die hypothetische Einwilligung des Patienten, so kann dieser den ärztlichen Einwand dadurch entkräften, dass er nachvollziehbar geltend macht, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden. Er muss dazu einsichtig machen, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Entscheidung gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht.

Entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung hat das Landgericht, soweit es einen ernsthaften Entscheidungskonflikt verneint hat, keineswegs seine eigenen Maßstäbe angesetzt und an die Stelle der persönlichen Entscheidungssituation der Klägerin und deren Überlegungen gesetzt. Es hat vielmehr die konkreten Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung zugrunde gelegt und geprüft und diese als unschlüssig und einen Entscheidungskonflikt nicht tragend bewertet. Dies ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat ausweislich des Sitzungsprotokolls und des landgerichtlichen Urteils angegeben, dass sie sich bei einer Aufklärung über das erhöhte Risiko eines Lagerungsschadens gegen die laparoskopische, roboterassistierte Operation entschieden hätte und für eine zeitlich kürzere offene Operation mit Bauchschnitt. Als Begründung hat sie angegeben, dass die Dauer für sie wichtig gewesen sei, weil sie davon ausgehe, dass etwas umso komplizierter sei, je länger es dauere. Demgemäß kam es ihr darauf an, die Operationsrisiken und ihre Belastungen gering zu halten, wobei sie, wie sie in der Berufungsbegründung ausführt, mit zunehmender Dauer einer Operation zunehmende Komplikationen befürchtete.

Von diesem Ausgangspunkt aus hätte sie aber bei ordnungsgemäßer Aufklärung aus der Sicht vor der Operation und in Unkenntnis ihrer Folgen nicht ernsthaft erwägen können, sich für einen Bauchschnitt zu entscheiden. Die gegenteilige Äußerung der Klägerin in der Anhörung bezieht allein den eingetretenen Lagerungsschaden in die Überlegungen ein und blendet alle sonst vor einer Operation bedeutsamen Umstände aus. Denn das Landgericht hat zutreffend, wenn auch ohne nähere Konkretisierung, darauf hingewiesen, dass ein Bauchschnitt offenkundig gravierende Nachteile gehabt hätte, nämlich als sichere Folgen und nicht bloß als ungewisses Risiko eine längere Rekonvaleszenz und die Bildung deutlich größerer Narben. Darüber hinaus wäre die Gefahr von Wundheilungsstörungen wegen der umfangreicheren Gewebeerletzung höher gewesen. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung wären diese Punkte, hätte die Klägerin einen Bauchschnitt zunächst in Betracht gezogen, von den Ärzten angesprochen worden. Den sicheren Nachteilen eines Bauchschnitts hätte im Fall einer laparoskopischen, roboterassistierten Operation ein erhöhtes Risiko eines Lagerungsschadens gegenüber gestanden. Dieser Umstand wäre dadurch relativiert worden, dass auch bei einer kürzeren Operation mittels Bauchschnitts eine gewisse Gefahr eines Lagerungsschadens bestanden hätte, dass das Risiko eines Lagerungsschadens auch im Fall einer laparoskopischen, roboterassistierten Operation quantitativ gering blieb und dass die Dauer der Operation, die das Risiko von Lagerschäden vergrößerte, nicht nur von der Vorgehensweise, sondern auch vom Befund und der Zahl der zu entfernenden Myome abhing. Nach dem Ergebnis der im 11.2008 gefertigten Computertomografie lagen bei der Klägerin mehrere subseröse Myome und ein großes dorsales Myom vor.

II. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

**25. OLG Hamm, Beschluss vom 07.05.2015 – I-32 SA 14/15, 32 SA 14/15 – \* Gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung: Gerichtsstand bei Inanspruchnahme zweier Kliniken wegen ärztlicher Behandlungsfehler**

**Leitsatz**

**Die Gerichtsstandbestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO kann in einem Arzthaftungsprozess zulässig sein, mit dem ein Patient zwei in unterschiedlichen Gerichtständen belegene Kliniken aufgrund einer von den Kliniken untereinander abgestimmten ärztlichen Behandlung in Anspruch nehmen will.**

**Tenor**

Als zuständiges Gericht wird das Landgericht F bestimmt.

**Gründe**

I.

Die Antragstellerin beantragt die Bestimmung des zuständigen Gerichts für eine Klage, mit der sie die Antragsgegner - Träger von Krankenhäusern - als Gesamtschuldner auf Schmerzensgeld und Schadensersatz wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers in Anspruch nehmen möchte.

Mit der beabsichtigten Klage macht die Antragstellerin Folgendes geltend:

Sie sei Erbin ihres am ...2012 in der Klinik der Antragsgegnerin zu 1) in F verstorbenen Ehemanns. Ihr Ehemann habe sich ab Spätherbst 2010 bis zu seinem Tod in medizinischer Behandlung wegen einer Krebserkrankung im Darmbereich befunden.

Der Therapie ihres Ehemanns in den Krankenhäusern beider Antragsgegner sei die unzutreffende Diagnose eines extra nodulären Mantelzell-Lymphoms vom MAL-Typ zugrunde gelegt worden. Tatsächlich sei der Ehemann der Antragstellerin an einem B-Zell-Lymphom vom die großzelligen Typ erkrankt gewesen, was sich bereits aus histologischen Befunden von 12.2010 ergeben habe und von den behandelnden Mitarbeitern der Antragsgegner hätte erkannt werden müssen.

Die Behandlung ihres Ehemanns sei zunächst im Krankenhaus des Antragsgegners zu 2), ab 12.2010 auch im Klinikum der Antragsgegnerin zu 1) erfolgt. Ab diesem Zeitpunkt habe eine regelmäßige Kommunikation zwischen den Antragsgegnern stattgefunden. Die Therapie habe im 01.2011 auf Anweisung der Antragsgegnerin zu 1) begonnen. Der weitere Behandlungsverlauf sei durch beide Antragsgegner gemeinschaftlich erfolgt, ohne dass die Möglichkeit einer genauen Differenzierung bestehe.

Die Antragstellerin begehrt Schmerzensgeld aus eigenem und übergegangenem Recht ihres Ehemanns sowie Schadensersatz für Kosten im Zusammenhang mit dem Todesfall und Fahrt- und Parkkosten, die zur Wahrnehmung von Untersuchungen in den Kliniken der Antragsgegner wie auch Dritten entstanden sind.

Die Antragsgegnerin zu 1) hat ihren Sitz in F, der Antragsgegner zu 2) hat seinen Sitz in E. Die Antragstellerin beantragt die gerichtliche Bestimmung eines Gerichtsstands gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

II.

1.

Das Oberlandesgericht Hamm ist für die gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit für die beabsichtigte Klage gemäß § 36 Abs. 2 ZPO zuständig.

Die Zuständigkeit für die Gerichtsstandsbestimmung liegt in den Fällen, in denen noch kein Gericht mit der Sache befasst ist, bei dem zuerst angerufenen Oberlandesgericht. Zwischen mehreren für die Zuständigkeitsbestimmung in Frage kommenden Oberlandesgerichten hat der Antragsteller insoweit die Wahl (vergleiche Zöller-Vollkommer, ZPO, 30. Auflage 2014, § 36 ZPO Rn. 4).

Das Oberlandesgericht Hamm ist zuerst angerufen und für den Landgerichtsbezirk F zuständig.

2.

Die Voraussetzungen der gerichtlichen Bestimmung der Zuständigkeit gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO liegen vor.

a)

Die Antragsgegner haben ihren allgemeinen Gerichtsstand bei verschiedenen Gerichten, die Antragsgegnerin zu 1) im Bezirk des Landgerichts F, der Antragsgegner zu 2) im Bezirk des Landgerichts C.

b)

Die Antragstellerin beabsichtigt, die Antragsgegner als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand zu verklagen.

Die Antragsgegner sollen nach dem zugrunde zu legenden (vergleiche Zöller-Vollkommer, aaO., § 36 ZPO Rn. 18 m.w.N.) Vortrag der Antragstellerin als Streitgenossen gemäß den §§ 59, 60 ZPO verklagt werden. Die Antragstellerin trägt in dem vorgelegten Entwurf ihrer Klage vor, dass die Antragsgegner die Behandlung ihres Ehemanns in Abstimmung untereinander durchgeführt haben. Danach ist jedenfalls eine einfache Streitgenossenschaft der Antragsgegner im Sinne des § 60 ZPO gegeben. Denn § 60 ZPO verlangt lediglich die Gleichartigkeit von Ansprüchen auf Grund eines im wesentlich gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grundes. Seine Voraussetzungen sind im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit immer dann zu bejahen sind, wenn der Antragsteller den Ersatz derselben Schäden begehrt und die Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang stehen (BGH, X ARZ 101/11, NJW-RR 2011, 1137, 1138 Rn. 18). Das ist bei der Inanspruchnahme der Antragsgegner auf Schmerzensgeld aus der nach der Behauptung der Antragstellerin in Abstimmung untereinander gemeinsam geführten Behandlung ohne Weiteres der Fall.

c)

Ein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand besteht nicht. Insbesondere ist ein gemeinsamer Gerichtsstand gem. § 32 ZPO nicht gegeben.

Zwar nimmt die Antragstellerin die Antragsgegner jeweils aus unerlaubter Handlung in Anspruch. Ein gemeinsamer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegen beide Antragsgegner wäre jedoch nur dann beachtlich, wenn er sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin zuverlässig feststellbar ergäbe (vgl. Zöller-Vollkommer, aaO., § 36 ZPO Rn. 15). Das ist nicht der Fall.

aa)

Haften mehrere gemeinsam für eine Verletzung, so ist der Gerichtsstand für jeden selbständig zu bestimmen (Münchener Kommentar zur ZPO-Patzina, 4. Auflage 2013, § 32 ZPO Rn. 14; Zöller-Vollkommer, aaO., § 32 ZPO Rn. 13). Eine Zurechnung von Tatbeiträgen kommt im Rahmen des § 32 ZPO unter den Voraussetzungen des § 830 BGB in Betracht (vgl. BGH, XI ZR 45/91, NJW 1995, 1225, 1226).

bb)

Für die Begründung des Gerichtsstands nach § 32 ZPO maßgeblich ist der Ort, an dem eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht worden ist (Zöller-Vollkommer, aaO., § 32 ZPO Rn. 16 mwN). Das ist bei den Begehungsdelikten sowohl der Ort, an dem der Täter gehandelt hat - Handlungsort -, als auch der Ort, an dem in das geschützte Rechtsgut eingegriffen wurde - Erfolgsort - (st. Rspr., z.B. BGH, VI ZR 111/10, MDR 2011, 812, 813 [juris Rn. 7]; BGH, VI ZR 122/09, MDR 2010, 943, 944 [juris Rn. 10]). Erfolgsort ist aber nicht schon jeder Ort, an dem die nachteiligen Folgen eines Umstands spürbar werden, der bereits einen - tatsächlich an einem anderen Ort entstandenen - Schaden verursacht hat.

Keinen Gerichtsstand begründet der Ort, an dem, nachdem bereits der Tatbestand der unerlaubten Handlung vollendet ist, lediglich die Schadensfolgen in Erscheinung treten (vgl. BGH, VI ZR 69/07, BGHZ 176, 342-347 [juris Rn. 16] zu Art. 5 Nr. 3 LugÜ; Münchener Kommentar zur ZPO-Patzina, 4. Auflage 2013, § 32 ZPO Rn. 20).

cc)

Nach diesen Grundsätzen ist ein gemeinsamer Gerichtsstand der Antragsgegner gem. § 32 ZPO nicht - jedenfalls nicht zuverlässig feststellbar - begründet.

aaa)

Eine Zurechnung von Tatbeiträgen scheidet aus, da für eine vorsätzliche Tat nichts ersichtlich ist.

bbb)

Ein gemeinsamer Ort der Behandlung ist nicht feststellbar. Nach dem - auch insoweit zugrunde zu legenden - Vortrag der Antragstellerin liegen Handlungs- und Erfolgsort für die Behandlungen der Antragsgegnerin zu 1) in F, für die Handlungen des Antragsgegners zu 2) in E.

Aus dem Vortrag, der "weitere Behandlungsverlauf" sei durch beide Antragsgegner "gemeinschaftlich" unter "Leitung" bzw. "Anweisung" der Antragsgegnerin zu 1) erfolgt, mag sich ein Hinweis auf einen möglichen Erfolgsort auch für eine unerlaubte Handlung der Antragsgegnerin zu 1) in E - etwa über eine von ihr aus F dort veranlasste Behandlung - ergeben. Schlüssiger Vortrag, der die sichere Feststellung eines Erfolgsorts bezogen auf die Antragsgegnerin zu 1) in E ermöglichte, liegt darin aber nicht, zumal nach der Aufstellung über die Fahrtkosten die Mehrzahl der Einzelbehandlungen in F erfolgt sein dürfte.

ccc)

Der Wohnsitz des Ehemanns der Antragstellerin und der Antragstellerin selbst ist allenfalls der Ort, an dem die Schadensfolgen eingetreten sind, nicht Erfolgsort.

3.

Zu bestimmen war das Landgericht F.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auf der Grundlage von Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Prozesswirtschaftlichkeit (vgl. z.B. Senat, 32 SA 70/14, [juris Rn. 20]; zu diesen Kriterien näher MüKo-Patzina, aaO., § 36 ZPO Rn. 31 sowie Zöller/Vollkommer, aaO. § 36 ZPO Rn 18).

Zu bestimmen war danach das Landgericht F als allgemeiner Gerichtsstand der Antragsgegnerin zu 1), die die Behandlung nach dem Vortrag der Antragstellerin verantwortlich geleitet hat und bei der ausweislich der Aufstellung der Antragstellerin über die Fahrtkosten auch die Mehrzahl der Einzelbehandlungen stattgefunden hat.

**26. OLG Koblenz, Beschluss vom 06.05.2015 – 5 W 305/15 – \* Arzthaftungsprozess: Abgrenzung eines Parteiwechsels von einer Rubrumsberichtigung** - Auch im Arzthaftungsprozess ist die Bezeichnung einer Partei auslegungsfähig. Entscheidend ist nicht das erkennbar fehlerhaft Verlautbarte, sondern das ersichtlich Gewollte.

#### Leitsatz

**Auch im Arzthaftungsprozess ist die Bezeichnung einer Partei auslegungsfähig. Entscheidend ist nicht das erkennbar fehlerhaft Verlautbarte, sondern das ersichtlich Gewollte. Soll im Arzthaftungsprozess nach dem Gesamtzusammenhang des Klagevorbringens zweifelsfrei der Träger des Krankenhauses in Anspruch genommen werden, in dem die behauptete Fehlbehandlung erfolgte, kann die Fehlbezeichnung dieses Trägers nach § 319 ZPO berichtigt werden (Fortführung von OLG Koblenz, Urteil vom 20.11.2008, 5 U 688/08, OLGR Koblenz 2009, 251).**

Fundstellen

GesR 2015, 633-634 (Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Fortführung OLG Koblenz, 20.11.2008, Az: 5 U 688/08

#### Tenor

Die sofortige Beschwerde der Beklagten zu 1. gegen den Berichtigungsbeschluss der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 20.04.2015 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

#### Gründe

Das nach § 319 Abs. 3 ZPO statthafte und in der Frist des § 569 Abs. 1 ZPO eingelegte Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Die streitige Rubrumsberichtigung, in deren Zuge die Daten der Beklagten zu 1. geändert wurden, war rechters.

Gegenstand der Klage waren von vornherein Ansprüche des Klägers im Zusammenhang mit dessen Operation in der neurochirurgischen Abteilung eines bestimmten Versorgungszentrums, dessen Träger die nunmehr vom Landgericht in das Rubrum aufgenommene Beklagte zu 1. ist. Freilich hatten der Kläger in der Klageschrift und darauf aufbauend auch das Landgericht in seinem nachfolgenden, zum Zweck der Kostenberechnung gefassten Streitwertbeschluss angenommen, dass die Trägerschaft bei einer anderen

Person liege und es deshalb im hiesigen Rechtsstreit um deren Haftung gehe. Das war jedoch evident irrtümlich und deshalb ohne Weiteres vor dem Hintergrund des § 319 ZPO zu korrigieren.

Es ist anerkannt, dass die Frage, wer Prozesspartei ist, nicht nach der förmlichen Bezeichnung in der Klageschrift, sondern aus dem Gesamtkontext zu beantworten ist. Dabei ist auch die Perspektive der Gegenseite zu berücksichtigen und späteren Prozessvorgängen Rechnung zu tragen (BGH NJW-RR 2006, 1569; BGH NJW-RR 2009, 854). Werden, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist, Haftpflichtansprüche erhoben, ist grundsätzlich diejenige Person als beklagte Partei aufzufassen, die erkennbar in der reklamierten Verantwortlichkeit steht (BGH NJW 1987, 1946; vgl. auch BGH NJW 1981, 1453). Das gilt unabhängig davon, ob die Klageschrift fälschlich eine nicht existente oder eine existente andere Person benennt (OLGR Köln 1999, 79).

Im Hinblick darauf hat der angefochtene Beschluss Bestand. Dass die in der Klageschrift angegebene Erstbeklagte Partei in die Haftung genommen werden sollte, lag zu keiner Zeit in der materiellen Intention des Klägers. Das sah man auch sogleich auf Beklagtenseite. Die Klageerwidlungsschrift verhielt sich zur Rechtsträgerschaft für das Versorgungszentrum, in dem sich der Kläger befunden hatte, und zeigte dabei die Rolle der insoweit vom Kläger irrig benannten Person und die der in Wahrheit betroffenen, in ihrem Kernnamen gleichartigen Person auf.

Nach alledem ist das Rechtsmittel mit dem Kostenausspruch gemäß Nr. 1812 GKG-KV und § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Der Wert der Beschwerde richtet sich nach dem mit ihr verfolgten Interesse, nämlich der Belastung des Klägers mit den bisher für die prozessuale Rechtsverteidigung auf Seiten der Beklagten zu 1. entstandenen außergerichtlichen Kosten. Diese Kosten hätte der Kläger nach § 269 Abs 3 Satz 2 ZPO tragen müssen, wenn das Rubrum nicht berichtigt worden wäre und es deshalb eines Parteiwechsels bedurft hätte.

## **27. OLG Köln, Beschluss vom 06.05.2015 – 5 U 181/14 – \* Krankenhaushaftung: Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruch wegen der Fehlplatzierung einer Magensonde in die Luftröhre**

### **Orientierungssatz**

**1. Der Wechsel einer Magensonde wie auch das erstmalige Legen derselben bedeuten einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten, die dessen Einwilligung bedarf. Hat der Patient oder ein für ihn handelnder Bevollmächtigter in eine künstliche Ernährung mittels Sonde eingewilligt, und ist ein Wechsel der Sonde erforderlich, darf das Krankenhaus regelmäßig davon ausgehen, dass der Patient mit dem Wechsel einverstanden ist.**

**2. Die Fehlplatzierung einer Magensonde in die Luftröhre kann schicksalhaft vorkommen und ist nicht immer vermeidbar.**

**3. Dass ein Gutachter bei der zentralen Aufgabe der inhaltlichen Ausarbeitung des Gutachtens selbst mitgewirkt und lediglich die schriftliche Absetzung seinem Oberarzt übertragen hat, begegnet keinen Bedenken.**

**4. Dass der Wechsel der Sonde nicht in den Behandlungsunterlagen vermerkt worden ist, stellt keinen Dokumentationsmangel dar, wenn der Wechsel nicht aus medizinischer Sicht hätte dokumentiert werden müssen.**

### **Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 12.11.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 317/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Die Klägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

### **Gründe**

I.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, weil das angefochtene Urteil weder auf einer Rechtsverletzung beruht noch nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO). Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, denn der Klägerin stehen keine Ansprüche auf Schmerzensgeld oder Ersatz materieller Schäden gegen die Beklagten zu. Hinsichtlich der Beklagten zu 2) bis 4) ist eine Haftungsgrundlage schon vom Ansatz her nicht ersichtlich, denn sie waren in den am 11.04.2013 in dem von der Beklagten zu 1) betriebenen Krankenhaus durchgeführten Wechsel der Magensonde nicht erkennbar eingebunden. Aber auch die Beklagte zu 1) haftet nicht. Weder fehlte es bei dem Wechsel der Magensonde an einer Einwilligung der Klägerin bzw. ihres Vertreters, noch wurden Behandlungsfehler begangen.

1. Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, sie bzw. der sie mit Generalvollmacht vertretene Ehemann habe vor Wechsel der Magensonde, die ihr im Rahmen eines vorherigen stationären Aufenthaltes im St. K Krankenhaus in U gelegt worden war, nicht in den Eingriff eingewilligt. Unstreitig hat der Ehemann der Klägerin bei erstmaligem Legen der Magensonde im Krankenhaus in U in diesen damit verbundenen körperlichen Eingriff eingewilligt. Diese Einwilligung wirkte auch hinsichtlich des infolge einer Verstopfung mit Ernährungsflüssigkeit erforderlich gewordenen Wechsels der Sonde fort. Zwar bedeuten der Wechsel

einer Magensonde wie auch das erstmalige Legen derselben einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten, die dessen Einwilligung bedarf. Hat der Patient oder ein für ihn handelndes Bevollmächtigter jedoch in eine künstliche Ernährung mittels Sonde eingewilligt und ist ein Wechsel der Sonde notwendig, darf das Krankenhaus regelmäßig davon ausgehen, dass der Patient mit dem Wechsel einverstanden ist. Der erneuten Einholung einer Einwilligung bedarf es in diesem Fall nur dann, soweit Anhaltspunkte für einen geänderten Willen des Patienten oder seines Bevollmächtigten vorliegen. Solche Anhaltspunkte lagen hier ersichtlich nicht vor. Die Klägerin behauptet auch nicht, dass sie oder ihr Ehemann bei entsprechender Nachfrage - einem Wechsel der Sonde, die ihre Ernährung sicherstellte, nicht zugestimmt hätte.

2. Nach den auf dem Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens beruhenden Feststellungen des Landgerichts sind weder beim Legen der Sonde noch bei der anschließenden Kontrolle der Sondenslage Fehler begangen worden. Die Berufung zeigt keine Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts begründen.

a) Die Klägerin geht zunächst fehl in der Annahme, aufgrund der unstrittigen Fehllage der Magensonde in der Pleura sei von einer Verletzung medizinischer Standards auszugehen. Sie schließt damit unzulässigerweise von dem Vorliegen des zweifellos misslungenen Eingriffs auf einen Behandlungsfehler. Von dem Eintritt eines Gesundheitsschadens kann nicht zwangsläufig auf die Verletzung medizinischer Standards geschlossen werden, denn auch bei einer standardgerechten Behandlung kann es zu Gesundheitsschäden kommen. Für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers spricht auch nicht der Beweis des ersten Anscheins. Der Beweis des ersten Anscheins greift ein, wenn das Schadensereignis nach allgemeiner Lebenserfahrung eine typische Folge einer Pflichtverletzung darstellt (vgl. hierzu Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, A 160 ff). Die Fehllage einer Sonde in der Pleura ist keine typische Folge einer sorgfaltswidrigen, nicht den medizinischen Standards entsprechenden Anlage der Sonde. Der Sachverständige Prof. Dr. C hat hierzu überzeugend ausgeführt, dass die Fehlplatzierung einer Magensonde in die Luftröhre eine äußerst selten vorkommende, aber verfahrenstypische Komplikation darstelle. Eine solche Fehlplatzierung könne, so der Sachverständige, schicksalhaft vorkommen und sei nicht immer vermeidbar.

Das Gutachten von Prof. Dr. C ist prozessual verwertbar. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung hat der Sachverständige nicht gegen die Pflicht zur persönlichen Gutachtenerstattung verstoßen. Gemäß § 407a Abs. 2 S. 1 ZPO hat der Sachverständige sein Gutachten eigenverantwortlich zu erstatten. Er darf den Auftrag nicht von sich aus an eine andere Person weitergeben. Er ist allerdings gemäß § 407a Abs. 2 S. 2 ZPO grundsätzlich befugt, sich der Mitarbeit anderer Personen zu bedienen, solange der bestellte Gutachter weiterhin die Gesamtverantwortlichkeit trägt und er sich den Inhalt als eigene Ausführungen zu eigen macht. Dass der gerichtlich bestellte Sachverständige Prof. Dr. C seinen Oberarzt Dr. N mit in die gutachterliche Tätigkeit einbezogen hat, ist unschädlich. Denn er hat, wie Dr. N in der mündlichen Verhandlung berichtet hat, den Sachverhalt zusammen mit Dr. N festgestellt, die Sache gemeinsam erörtert und beraten und die Linie für das Gutachten festgelegt. Das insoweit bereits abgestimmte und von Herrn Dr. N anschließend schriftlich entworfene Gutachten hat der Sachverständige eigenverantwortlich überprüft und die darin enthaltenen Feststellungen und Wertungen mit seiner Unterschrift als eigene bestätigt. Der Sachverständige hat nicht etwa, was nicht ausreichend wäre, nur das Gutachten mit dem Zusatz "einverstanden" unterzeichnet (vgl. hierzu OLG Köln, Beschluss vom 20.07.2011, Az. 17 W 129/11, Tz. 18; Beschluss vom 18.11.2013, Az. 167/13, Tz. 8, zitiert nach juris), sondern er hat bei der zentralen Aufgabe der inhaltlichen Ausarbeitung des Gutachtens selbst mitgewirkt und lediglich die schriftliche Absetzung seinem Oberarzt übertragen. Diese Vorgehensweise begegnet keinen Bedenken.

b) Auf der Grundlage der beigezogenen Behandlungsunterlagen haben sich keine Anhaltspunkte für ein nicht dem medizinischen Standard entsprechendes Vorgehen des Pflegepersonals bei Anlage der Sonde ergeben. Die im Hause der Beklagten zu 1) angefertigte Dokumentation enthält keine Eintragungen, die auf Fehler schließen ließen.

Dass der Wechsel der Sonde nicht dokumentiert wurde, begründet keine Beweiserleichterungen für die Klägerin in Bezug auf das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Zum einen sind mit der unterlassenen Dokumentation der Anlage der Magensonde, die nach den Ausführungen des Sachverständigen üblicherweise lediglich mit "MS" vermerkt wird, für die Klägerin keine Aufklärungshindernisse begründet worden, die eine Beweiserleichterung im Hinblick auf das Vorliegen eines Behandlungsfehler rechtfertigen könnten. Zum anderen stellt es aber nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. C auch keinen Dokumentationsmangel dar, dass der Wechsel der Sonde in den Behandlungsunterlagen nicht vermerkt worden ist. Gemäß § 630f Abs. 2 BGB sind nur die für die Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse zu dokumentieren, die aus der fachlichen Sicht des Behandelnden für die derzeitige oder künftige Behandlung wesentlich sind oder sein können (Palandt-Weidenkaff, 74. Auflage 2015, § 630f Rz. 3 unter Hinweis auf BT-Drs 17/10488 S. 26). Eine Dokumentation ist rechtlich nur geboten, soweit sie aus medizinischer Sicht geboten ist (Palandt aaO). Aus medizinischer Sicht war der Wechsel der Magensonde nicht zu dokumentieren. Der Sachverständige Prof. Dr. C hat hierzu ausgeführt, lediglich

zum Teil werde die Erstanlage einer Magensonde in einer Stationskurve und/oder in einem Anästhesieprotokoll festgehalten, wobei lediglich das Kürzel "MS" vermerkt werde. Eine weitergehende Dokumentation sei nicht üblich, solange es nicht zu Komplikationen gekommen sei. Ebenso unüblich sei die Dokumentation des Wechsels einer Magensonde. Hier erfolge eine Dokumentation ausschließlich dann, wenn es zu Komplikationen gekommen sei.

Aus der Behandlungsdokumentation lassen sich Hinweise auf einen Behandlungsfehler nicht entnehmen. Aus dem Fehlen einer Eintragung ist vielmehr zu schließen, dass aus der Sicht des Pflegepersonals im Zeitpunkt des Sondenwechsels keine Komplikationen eingetreten waren. Dies deckt sich auch mit dem Inhalt der später angefertigten Gedächtnisprotokolle der Zeuginnen A und L, denen keine Besonderheiten oder Komplikationen entnommen werden können. Dass die Zeugin A bei der Lagekontrolle mit Frau L eine weitere Pflegekraft hinzugezogen hat, belegt nicht das Auftreten von Komplikationen beim Einführen der Sonde. Auch die von der Zeugin gewählte Formulierung "aspirierten wir vermeintlich Mageninhalt, den wir dann verwerfen" deutet nicht auf Zweifel der Pflegekräfte an einer korrekten Lage hin. Die Zeugin hat mit dem Wort "vermeintlich" lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sie nach damaligem Kenntnisstand Magensaft angesogen hatte, der sich im Nachhinein jedoch nicht als solcher herausstellte.

Zu Unrecht rügt die Klägerin in diesem Zusammenhang, das Landgericht habe das Pflegepersonal als Zeugen vernehmen müssen. Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich eines Behandlungsfehlers obliegt der Klägerin. Substanzieller Parteivortrag der Klägerin, der Gegenstand einer Beweisaufnahme sein könnte und nicht lediglich einer - hier nicht einmal auf ein erkennbares Ziel gerichteten - Ausführung dienen würde; fehlt ebenso wie ein entsprechender Beweisantritt.

Auch für die Vernehmung der Tochter der Klägerin als sachverständige Zeugin bestand und besteht kein Anlass. Die Zeugin Dr. S ist zum Beweis benannt, dass sämtliche klägerseits erhobenen Einwendungen gegen das Sachverständigengutachten zutreffen. Ein solcher Beweisantritt ist unzulässig. Ein sachverständiger Zeuge wird vernommen, wenn er etwas bekunden kann, was er tatsächlich beobachtet hat, jedoch im Wesentlichen aufgrund seiner besonderen Sachkunde erst erfassen konnte. Zu welchen Tatsachen die Zeugin vernommen werden soll, zu denen sie aufgrund eigener Wahrnehmung und Sachkunde eine Aussage machen kann, hat die Klägerin nicht dargelegt.

c) Nach dem Ergebnis des erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachtens bestehen ebenfalls keine Hinweise auf einen Fehler des Pflegepersonals bei der anschließenden Kontrolle der Sondenlage. Die Lagekontrolle durch Auskultation ist, wie der Sachverständige Prof. Dr. C in seinem Gutachten ausgeführt hat, medizinischer Standard. Entgegen der Behauptung der Klägerin bestand im vorliegenden Fall kein Grund, von diesem Standard abzuweichen und von vornherein eine andere Lagekontrolle vorzunehmen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der Schluckbeeinträchtigungen der Klägerin, denn Dr. N hat hierzu nachvollziehbar ausgeführt, das Schlucken des Patienten erleichtere zwar das Einführen der Sonde, sei jedoch für das erfolgreiche Einführen der Sonde nicht unbedingt notwendig. Auch bei künstlich beatmeten und narkotisierten Patienten könne ohne Weiteres eine Magensonde angelegt werden. Diese Ausführungen überzeugen. Schon der Umstand, dass der Klägerin im St. K Krankenhaus offenbar komplikationslos und erfolgreich eine Magensonde gelegt werden konnte, spricht gegen die Annahme der Klägerin im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 27.04.2015 (dort Seite 12), der Schlauch habe nicht eingeführt werden können, weil sie nicht habe schlucken können. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen lagen aufgrund des Gesundheitszustandes der Klägerin keine besonderen Gründe vor, die eine zusätzliche Lagekontrolle beispielsweise durch Röntgenkontrolle oder Ansaugen und Untersuchung von Magensaft erforderlich gemacht hätte. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerin vorgelegten Aufsatz "Ernährungs sonden bei kritisch kranken Patienten" (aus "Der Anästhesist" 2011, S. 352 ff). In diesem Aufsatz wird die Insufflation bei gleichzeitiger Auskultation als medizinischer Standard beschrieben. Eine Röntgenkontrolle werde nicht routinemäßig empfohlen, sondern könne nur bei nach gastral er Auskultation nicht zweifelsfreier Lagekontrolle erwogen werden. Lediglich bei schwieriger bis unmöglicher konventioneller Platzierung von Magensonden könnten alternative Methoden wie die direkte Laryngoskopie zur Anwendung kommen. Dass die ausschließliche Lagekontrolle im Wege der Auskultation bei Patienten mit Schluckbeeinträchtigungen nicht dem medizinischen Standard entsprechen würde, lässt sich dem Aufsatz nicht entnehmen.

Dass bei der Auskultation der Magengegend nicht daran gedacht wurde, dass die wahrzunehmenden "Blubbergeräusche", die normalerweise dem Nachweis einer regelrechten Lage der Sonde dienen, durch die Wasseransammlung in der Pleura und nicht durch Magensaft verursacht sein könnten, kann dem Pflegepersonal nach den nachvollziehbaren und auch den Senat überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. C nicht vorgeworfen werden. Die Fehlplatzierung einer Magensonde in die Luftröhre als Komplikation sei, so der Sachverständige, sehr selten und der Befund, dass die Spitze der Magensonde in einem Pleuraerguss zum Liegen komme, noch einmal deutlich seltener. Dr. N hat hierzu erläuternd darauf hingewiesen, dass es für sich genommen schon ausgesprochen selten sei, dass eine Magensonde in der Pleurahöhle lande. Noch seltener sei es aber, dass die Spitze der Magensonde in einem Pleuraerguss zum Liegen komme, der dazu auch noch mit einer Drainage versehen sei. Der Senat

hält die sachverständigen Ausführungen, mit denen ein Behandlungsfehler verneint wurde, für nachvollziehbar und überzeugend.

Dass keine weitergehende Kontrolle der Sondenlage erfolgte, nachdem die Klägerin am Nachmittag des 11.04.2013 und in den Folgestunden laut der Pflegedokumentation Angst, Luftnot und Unruhe angab, ist nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens ebenfalls nicht als Behandlungsfehler zu bewerten. Nach den Ausführungen von Prof. Dr. C ergab sich erstmals am 12.04.2013 mit einer weiß-cremigen Absonderung über die Pleuradrainage der klinische Verdacht auf eine Fehllage.

Der Senat weist lediglich klarstellend darauf hin, dass es - unabhängig von der Frage eines Behandlungsfehlers - auch an einem schadensursächlichen Zusammenhang zwischen der als behandlungsfehlerhaft gerügten Lagekontrolle und der Verletzung des Lungengewebes und der dadurch erforderlichen Notoperation mit der Folge der Narbenbildung, für die die Klägerin das eingeklagte Schmerzensgeld verlangt, fehlen dürfte. Selbst wenn bei einer weitergehenden Kontrolle durch Ansaugen und Untersuchen des Magensaftes eine Fehllage festgestellt worden wäre, hätte dies die bereits eingetretene Verletzung des Lungengewebes nicht verhindern können. Schmerzensgeld könnte die Klägerin daher allenfalls für solche Beeinträchtigungen verlangen, die durch eine infolge der erst am 12.04.2013 durchgeführten CT-Kontrolle entstandenen zeitlichen Verzögerung der Operation entstanden sind. Diese würden aber nicht ansatzweise ein Schmerzensgeld in der vorgestellten Höhe von 50.000,- EUR rechtfertigen.

d) Zu Unrecht rügt die Klägerin, das Landgericht habe sich nicht mit ihrer Erkrankung Multiple Sklerose auseinandergesetzt. Soweit die Erkrankung für die Frage des Behandlungsfehlers relevant sein konnte, hat das Landgericht diese berücksichtigt. Insbesondere ist es der Frage nachgegangen, ob aufgrund des Krankheitsbildes beim Wechsel der Magensonde ein anderes Vorgehen veranlasst war. Diese Frage hat das Landgericht mit zutreffender Begründung verneint. Der Sachverständige Prof. Dr. C hat auch in Kenntnis der Vorerkrankung der Klägerin keine Hinweise auf ein fehlerhaftes Vorgehen gefunden. Er hat - wie bereits ausgeführt - auch vor dem Hintergrund der Schluckbeeinträchtigungen der Klägerin keine zusätzliche Lagekontrolle für erforderlich gehalten. Hierzu hat Dr. N erläutert, das Schlucken des Patienten erleichtere zwar das Einführen der Sonde, sei jedoch für das erfolgreiche Einführen der Sonde nicht unbedingt notwendig.

Die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob die Verletzung von Lungengewebe Auswirkungen auf die Erkrankung gehabt haben kann, musste das Landgericht nicht untersuchen, da dies die Frage der Kausalität betrifft, auf die es mangels feststellbaren Behandlungsfehlers nicht ankommt.

Lediglich zur Richtigstellung weist der Senat in diesem Zusammenhang darauf hin, dass entgegen der Ausführungen in der Berufungsbegründung weder der Sachverständige noch das Landgericht einen Ursachenzusammenhang zwischen der Fehllage der Sonde und der Verletzung von Lungengewebe verneint haben. An keiner Stelle haben Gericht oder der Sachverständige in Abrede gestellt, dass es durch die Fehllage zu einem Gesundheitsschaden gekommen ist.

II.

Bei dieser Sachlage gibt die Berufung zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils insgesamt keine Veranlassung. Die Rechtssache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO); eine mündliche Verhandlung erscheint unter Berücksichtigung aller weiteren Aspekte des Rechtsstreites auch aus sonstigen Gründen nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO).

## **28. OLG Nürnberg, Urteil vom 30.04.2015 – 5 U 2282/13 – \* Arzt- und Krankenhaushaftung: Notwendige Risikoaufklärung über mögliche Komplikationen vor einer Hüftprothesen-Wechseloperation; Schmerzensgeld bei Verletzung des Nervus ischiadicus**

### **Leitsatz**

Die Angaben in ärztlichen Aufklärungsgesprächen und in standardisierten Aufklärungsbögen zur Wahrscheinlichkeit des Eintritts bestimmter Komplikationen (Komplikationsdichte) haben sich an der Häufigkeitsdefinition des Medical Dictionary for Regulatory Activities (MedDRA), die in Medikamenten-Beipackzetteln Verwendung findet, zu orientieren. Eine hiervon abweichende Verwendung der Risikobeschreibungen (selten, sehr selten etc.) kann eine verharmlosende Risikoaufklärung darstellen.

### **Orientierungssatz**

**1. Sollte bei einer Patientin eine Hüftprothesen-Wechseloperation durchgeführt werden, wurde in einem Vorgespräch aber nur der Wechsel des Hüftkopfes angesprochen und nicht auch ein Wechsel der Hüftgelenkspfanne, dessen Indikation erst intraoperativ festgestellt wurde, und war der Patientin ein standardisierter Aufklärungsbogen für den "Wechsel einer Hüftgelenkendoprothese" übergeben worden, in dem auch "sehr selten Nervenverletzungen, die trotz operativer Behandlung (Nervennaht) dauerhafte Störungen wie z.B. eine Teillähmung des Beines verursachen können", als Komplikationen genannt waren, und kommt es intraoperativ durch einen nicht erkannten Bruch eines Pfannendachfragments zu einer Verletzung des Nervus ischiadicus, die infolge erheblicher**

Schmerzen der Patientin, einer Fußheberschwäche, einer Beinlängenverkürzung und einer Dislokation des künstlichen Hüftgelenks eine Revisionsoperation mit Pfannen- und Kopfwechsel sowie zwei weitere operativen Eingriffe (Tibialis-posterior-Transfer sowie eine Gelenkaustauschoperation nach Klageerhebung) erforderlich macht, war die Risikoaufklärung unzureichend.

2. War die Patientin bei dem eigentlichen Aufklärungsgespräch zur (ersten) Operation auch darüber unterrichtet worden, dass befundabhängig es auch zu einem Auswechseln der Hüftpfanne kommen werde, bestand gerade im Falle dieser fakultativen Operationserweiterung das Risiko einer Verletzung des Nervus ischiadicus. Über diese angesichts der bei ungünstigem Verlauf zu befürchtenden erheblichen und irreversiblen Auswirkungen auf die Lebensführung der Patientin durchaus bedeutsame Änderung des Risikospektrums hätte sie informiert werden müssen.

3. Diese Aufklärungspflichtverletzung führt zu einer Unwirksamkeit der Patienteneinwilligung in die Operation und rechtfertigt im Hinblick auf die erheblichen Folgen die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 25.000 Euro.

Fundstellen

GesR 2015, 534-535 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

ZAP EN-Nr 495/2015 (red. Leitsatz)

MDR 2015, 708 (Leitsatz)

GuP 2015, 157-158 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Inken Kunze, GesR 2015, 535 (Anmerkung)

Helga Strücker-Pitz, GuP 2015, 158-159 (Anmerkung)

#### **Tenor**

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts Amberg abgeändert und wie folgt gefasst:

1.

Die Beklagten zu 1), zu 2) und zu 4) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin Schmerzensgeld in Höhe von 25.000,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 09.05.2012 - soweit der Beklagte zu 1) verurteilt wird - seit 08.08.2012 - soweit der Beklagte zu 2) verurteilt wird - bzw. seit 30.08.2012 - soweit der Beklagte zu 4) verurteilt wird - zu bezahlen, darüber hinaus einen Betrag von 2.772,41 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 30.05.2012 - Beklagter zu 1) - bzw. seit 08.08.2012 - Beklagter zu 2) - bzw. seit 30.08.2012 - Beklagter zu 4) -, sowie einen Betrag von 1.827,84 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 08.08.2012 - Beklagter zu 1) und zu 2) - bzw. seit 30.08.2012 - Beklagter zu 4).

2.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1), zu 2) und zu 4) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren materiellen Schäden zu ersetzen, die dieser in Folge der Operation an der linken Hüfte am 11.04.2011 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

3.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III. Die Gerichtskosten beider Rechtszüge haben die Beklagten zu 1), zu 2) und zu 4) als Gesamtschuldner zu 3/4 zu tragen, im Übrigen trägt sie die Klägerin.

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3). Die Beklagten zu 1), zu 2) und zu 4) tragen die außergerichtlichen Kosten der Klägerin gesamtschuldnerisch zu 3/4.

Im Übrigen werden außergerichtliche Kosten nicht erstattet.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 79.929,09 € festgesetzt.

#### **Gründe**

I. Die Klägerin nimmt die Trägerin der orthopädischen Klinik B. ..., den Chefarzt der orthopädischen Abteilung als Operateur sowie die an der streitgegenständlichen Operation beteiligten Assistenten auf Schadensersatz in Anspruch, weil bei einer am 11.04.2011 durchgeführten Hüftprothesen - Wechseloperation Behandlungsfehler unterlaufen seien und es auch an der erforderlichen Risikoaufklärung gefehlt habe.

Die Klägerin hatte etwa 10 Jahre vor dem streitgegenständlichen Eingriff linksseitig ein künstliches Hüftgelenk (Totalendoprothese) erhalten; etwa 1 1/2 Jahre vor dem streitgegenständlichen Eingriff war entweder das rechte Hüftgelenk ebenfalls durch eine Prothese ersetzt worden oder es war dort ein Prothesenwechsel erfolgt.

Im 03.2011 stellte sich die Klägerin dem Chefarzt der orthopädischen Abteilung der Beklagten zu 1), dem Beklagten zu 2), vor, weil sie seit geraumer Zeit unter Beschwerden im Bereich der linken Hüfte litt; eine klinische Untersuchung ergab zwar eine gute Beweglichkeit ohne wesentliche Schmerzhaftigkeit, jedoch wurde durch Röntgenaufnahmen eine Dezentrierung des Femurkopfes in der Pfanne im Sinne einer Polyäthylenabrieberkrankung festgestellt, weshalb der Klägerin eine Prothesenwechseloperation empfohlen wurde. In dem mit dem Beklagten zu 2) geführten Vorgespräch war allerdings nur von einem Wechsel des Hüftkopfes die Rede. Da die Klägerin unter einer endgradigen Fußheberschwäche rechts litt (möglicherweise auf Grund eines Bandscheibenvorfalles), sprach sie gegenüber dem Beklagten zu 2) die Möglichkeit einer Nervschädigung bei dem beabsichtigten Eingriff an, wurde aber vom Beklagten zu 2) dahin beruhigt, dass die betreffenden Nerven nicht im Operationsgebiet lägen und deshalb nicht gefährdet seien. Am 08.04.2011 erteilte die Klägerin schriftlich ihre Einwilligung in die für den 11.04.2011 vorgesehene Operation auf einem standardisierten Aufklärungsbogen für den „Wechsel einer Hüftgelenkendoprothese“. Dieser Aufklärungsbogen enthält eine Aufzählung möglicher Komplikationen; genannt werden auch „sehr selten Nervenverletzungen, die trotz operativer Behandlung (Nervennaht) dauerhafte Störungen wie z.B. eine Teillähmung des Beines verursachen können“. Das Aufklärungsgespräch, dessen Inhalt im Einzelnen streitig ist, wurde vom Beklagten zu 4) geführt. Dieser vermerkte handschriftlich in dem für „ärztliche Anmerkungen zum Aufklärungsgespräch“ vorgesehenen Feld auf der letzten Seite des insgesamt 5 Seiten umfassenden Bogens „Vorgehen nach Befund“, „BLD (Anmerkung des Senats: Beinlängendifferenz)“, „Beschwerdepersistenz“, „Infektion, Wundheilungsstörung“, „Materialbruch“, „Schmerzen“. Der Eingriff wurde plangemäß am 11.04.2011 vom Beklagten zu 2) als verantwortlichem Operateur unter Mitwirkung der Beklagten zu 3) und zu 4) als Assistenten ausgeführt. Intraoperativ zeigte sich, dass es bereits zu einem Metallabrieb im künstlichen Hüftgelenk gekommen war und dass die (mit Schrauben fixierte) Pfanne eine Instabilität im Sinne einer aseptischen Lockerung zeigte. Deshalb wurde nach entsprechendem Auffräsen des Pfannensitzes eine neue Hüftgelenkspfanne (Größe 52) eingeschlagen; weil der Operateur einen festen Sitz feststellte, verzichtete er auf eine zusätzliche Befestigung mittels Schrauben. Desweiteren wurde der Aufsteckkopf der Femurkopfprothese ausgewechselt. Der Eingriff verlief ohne intraoperativ wahrgenommene Komplikationen, wurde allerdings als „sehr aufwendig“ bezeichnet. Unmittelbar postoperativ fiel bei der Klägerin eine Fußheber- und Kniestreckerschwäche links auf, weshalb der Verdacht einer Neuropraxie der Nervi femoralis und ischiadicus geäußert wurde. Die deswegen geplante neurologische Konsiliaruntersuchung wurde jedoch nicht mehr ausgeführt, weil bei der Klägerin spätestens am 15.04.2011 erhebliche Schmerzen in dem operierten Bein auftraten, am 16.04.2011 eine Beinlängenverkürzung auffiel und bei einer daraufhin durchgeführte Röntgenuntersuchung eine Dislokation des künstlichen Hüftgelenkes festgestellt wurde, woraufhin die Klägerin, ihrem Wunsch entsprechend, zur Durchführung der nun erforderlichen Revisionsoperation in das Krankenhaus F. ... verlegt wurde, wo am 17.04.2011 der Revisionseingriff (Pfannenwechsel sowie Kopfwechsel) erfolgte. In dem Arztbrief vom 27.04.2011 ist im Zusammenhang mit dem Revisionseingriff vermerkt, dass ein Pfannendachfragment im Bereich des Nervus ischiadicus frakturiert und disloziert gewesen sei. Außerdem wurde dort eine „hochgradige/subtotale Axonotmesis des peronealen Anteils des Nervus ischiadicus“ festgestellt mit „langwieriger ungünstiger Prognose“; eine Reinnervation der Fußheber könne, falls überhaupt, in 1 1/2 bis 2 Jahren erwartet werden. In der Folgezeit besserte sich der Nervschaden nicht; durch einen operativen Eingriff am 17.04.2012 (Tibialis-posterior-Transfer) konnte zwar die Auswirkung der Fußheberschwäche verringert, die Bewegungsbeeinträchtigung jedoch nicht gänzlich behoben werden. Nach Klageerhebung traten weitere Komplikationen im Bereich der linken Hüfte auf; die Pfanne hatte sich erneut gelockert, woraufhin am 28.02.2013 die linksseitige Endoprothese vollständig entfernt wurde, wegen eines sogenannten Low-grade-Infekts jedoch nicht sogleich ein neues Gelenk eingebracht werden konnte; dies war erst am 16.05.2013 möglich.

Die Klägerin hat dem Beklagten vorgeworfen, durch behandlungsfehlerhaftes Vorgehen die Schädigung des linksseitigen Nervus ischiadicus verursacht zu haben. Im Zuge der Operation sei eine intraoperativ nicht erkannte Fraktur verursacht worden, die zur Folge gehabt habe, dass die neu eingesetzte Gelenkpfanne nicht ausreichend fest habe verklebmt werden können; sie habe sich demzufolge gelöst; das abgebrochene Knochenfragment habe den bereits durch die Operation selbst geschädigten Ischiadicusnerv zusätzlich beeinträchtigt. Aus dem Operationsbericht des Krankenhauses F. ... vom 17.04.2011 gehe hervor, dass das dislozierte Pfannendachfragment den Ischiadicusnerv geschädigt habe. Diese Entwicklung hätte durch eine postoperative Röntgenkontrolle verhindert werden können. Zudem sei verkannt worden, dass wegen der intraoperativen Fraktur die sogenannte Pressfittechnik nicht mehr anwendbar gewesen sei. Auch hätte die Nervenlähmung bei Durchführung der gebotenen sofortigen neurologischen Untersuchung früher erkannt und dann mit besserer Aussicht auf Erfolg behandelt werden können.

Die Klage ist ferner auf ungenügende Risikoauflärung gestützt worden. Die Klägerin hat beanstandet, nicht hinreichend über das Risiko einer Nervschädigung aufgeklärt worden zu sein. Der sehr allgemein gehaltene Hinweis auf mögliche Nervschäden in dem Aufklärungsformular genüge nicht; ein Patient könne sich allein auf Grund dieses Hinweises kein Bild von der Schwere der möglicherweise eintretenden Schäden machen. In dem mit dem Beklagten zu 4) geführten Aufklärungsgespräch sei über mögliche Nervschäden gar nicht gesprochen worden; dies sei nur in dem Vorgespräch mit dem Beklagten zu 2) geschehen, jedoch mit dem Ergebnis, dass die Klägerin mit einer Nervschädigung nicht habe zu rechnen brauchen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes (bei einer Betragsvorstellung der Klägerin von 50.000,00 €) sowie zur Zahlung eines Betrages von 4.929,09 € wegen bereits entstandener materieller Schäden beantragt; ferner sollte festgestellt werden, dass die Beklagten verpflichtet seien, der Klägerin sämtliche weiteren materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus dem operativen Eingriff am 11.04.2011 entstanden seien oder noch entstünden.

Wegen der Fassung der Klageanträge im Einzelnen wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt; sie haben Behandlungsfehler jeglicher Art in Abrede gestellt und behauptet, die Klägerin sei vor dem Eingriff hinreichend über das Risiko, das sich später verwirklicht habe, aufgeklärt worden. Insbesondere treffe die Behauptung der Klägerin nicht zu, intraoperativ sei es zum Ausbruch eines Knochenstückes im Bereich der Hüftpfanne gekommen; dies widerlegten die unmittelbar postoperativ gefertigten Röntgenbilder. Zudem sei eine Schädigung des Nervus ischiadicus durch ein solches Knochenfragment schon aus anatomischen Gründen nicht vorstellbar. Das Implantat habe postoperativ einen perfekten Sitz aufgewiesen. Die erst einige Tage später eingetretene Dislokation des künstlichen Gelenkes sei eine mögliche Komplikation, die in dem Aufklärungsbogen auch genannt werde; der aufklärende Arzt, der Beklagte zu 4), habe die Klägerin zudem mündlich darauf hingewiesen. Die Verletzung des Peroneusnerven sei schon am 12.04.2011 bemerkt worden; hierauf sei sachgemäß reagiert worden, eine sofortige Vorstellung bei einem Neurologen sei nicht erforderlich gewesen. Sollte entgegen der Darstellung der Beklagten von einem Aufklärungsmangel ausgegangen werden, werde eingewandt, dass die Klägerin sich auch bei zutreffender Aufklärung für die Durchführung des Eingriffs entschieden hätte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat ein fachorthopädisch-unfallchirurgisches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. G. ... eingeholt und den Sachverständigen ergänzend angehört. Danach hat es die Klage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, auf Grund der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. G. ... habe ein Behandlungsfehler der Beklagten nicht festgestellt werden können. Insbesondere sei eine Fraktur im Bereich des knöchernen Pfannenlagers oder ein abgesprengtes Knochenstück weder auf dem intraoperativen Durchleuchtungsbild noch auf dem postoperativ gefertigten Röntgenbild zu sehen; erst auf dem Röntgenbild vom 16.04.2011 sei die Ausbruchsstelle erkennbar, und zwar an einer Stelle, die auch von den zuvor gefertigten Aufnahmen abgebildet werde, woraus zu schließen sei, dass der Ausbruch erst nach der Operation eingetreten sei. Das ausgebrochene Pfannendachfragment könne auch nicht ursächlich für die Nervenläsion geworden sein. Das folge schon aus den anatomischen Gegebenheiten, aber auch daraus, dass unmittelbar postoperativ die Nervenläsion schon vorgelegen habe, nicht aber die Pfannendachfraktur. Vielmehr handele es sich höchwahrscheinlich um einen Traktionsschaden im Zuge der notwendigen Pfannenlagerpräparation, begünstigt durch die Verringerung der Gewebselastizität auf Grund der Voroperation. Entgegen der klägerischen Behauptung sei eine vollständige Durchtrennung des Nerven auszuschließen. Deshalb sei eine Therapie mittels Nervennaht nicht angebracht gewesen. Auch sonstige Behandlungsfehler hätten nicht festgestellt werden können; es hätten sich in Gestalt der eingetretenen Komplikationen typische Operationsrisiken schicksalhaft verwirklicht.

Eine Haftung der Beklagten ergebe sich auch nicht aus einer fehlerhaften Aufklärung. Zur Überzeugung des Gerichts sei nämlich die Klägerin über die Risiken der Nervverletzung und des Knochenbruchs aufgeklärt worden. Hinreichende Aufklärung habe die Klägerin durch den Inhalt des Aufklärungsbogens erfahren. Diesen Bogen habe die Klägerin rechtzeitig erhalten, so dass sie ihn habe durchlesen können. Dass eine Nervschädigung als Folge der Hüftgelenksprothesenimplantation möglich sei, sei der Klägerin zudem deshalb bekannt gewesen, weil sie bereits bei einem früheren vergleichbaren Eingriff eine solche Schädigung erlitten habe. Zudem sei die Klägerin durch den Beklagten zu 4) hinreichend mündlich aufgeklärt worden. Dieser habe sich zwar nicht mehr an das konkrete Gespräch erinnern können, jedoch ausgeführt, dass er vor derartigen Operationen stets bestimmte Risiken anspreche, u.a. diejenigen einer Nervverletzung, einer Prothesenlockerung und eines Knochenbruchs während der Operation oder danach. Dies nehme man auch handschriftlich in den Bogen auf. Zwar habe der Beklagte zu 4) nicht erklären können, weshalb er im Fall der Klägerin das Risiko der Nervverletzung nicht handschriftlich vermerkt habe, doch bestehe keine Notwendigkeit, sämtliche im Aufklärungsbogen erwähnten Risiken auch

in den handschriftlichen Anmerkungen zu wiederholen. Das Vorgespräch im 03.2011 mit dem Beklagten zu 2) ändere nichts daran, dass die Klägerin hinreichend über die Möglichkeit einer Nervschädigung unterrichtet gewesen sei. Maßgeblich sei das Aufklärungsgespräch vom 08.04.2011. Bei dem Vorgespräch im 03.2011 habe zudem noch nicht einmal festgestanden, dass ein Prothesenwechsel erfolgen werde. Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf das Endurteil vom 23.10.2013 verwiesen.

Dieses Urteil ist den Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 25.10.2013 zugestellt worden.

Mit Schriftsatz vom 20.11.2013, der am gleichen Tag bei dem Oberlandesgericht Nürnberg eingegangen ist, hat die Klägerin Berufung eingelegt; mit weiterem Schriftsatz vom 27.1.2014, am gleichen Tag und damit innerhalb der bis zu diesem Tag verlängerten Frist eingegangen, hat sie das Rechtsmittel begründet.

Die Klägerin verfolgt ihre erstinstanzlichen Klageanträge in vollem Umfang weiter. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Einwilligung der Klägerin in den Eingriff vom 11.04.2011 mangels genügender Aufklärung nicht wirksam gewesen. Der Beweis, dass der Beklagte zu 4) auch im Falle der Klägerin die Risikoaufklärung so ausgeführt habe, wie er dies in vergleichbaren Fällen stets zu tun pflege, könne hier nicht schon deshalb als geführt angesehen werden, weil eine solche ständige Aufklärungsbürokratie des Beklagten zu 4) erwiesen sei. Dagegen spreche im Fall der Klägerin der Umstand, dass gerade das Risiko der Nervschädigung nicht in den ärztlichen Anmerkungen zum Aufklärungsgespräch handschriftlich aufgeführt worden sei. Zudem sei die Aufklärung, selbst wenn unterstellt werde, dass Nervschädigungen in allgemeiner Form angesprochen worden seien, nicht hinreichend konkret gewesen, weil der gefährdete (und tatsächlich auch geschädigte) Nerv nicht erwähnt worden sei. Hier müsse auch der Umstand berücksichtigt werden, dass in dem vorhergehenden Gespräch mit dem Beklagten zu 2) der Klägerin erklärt worden sei, sie müsse eine Nervschädigung nicht befürchten, weil der Ischiasnerv von der Operation nicht berührt werde. Zudem könne eine Risikoverwirklichungswahrscheinlichkeit von mehr als 3,5 %, wovon auf Grund eines zwischenzeitlich von der Klägerin eingeholten Gutachtens des Dr. H. ... auszugehen sei, nicht mehr als „sehr selten“ bezeichnet werden, wie aber in dem Aufklärungsbogen angegeben. Des weiteren fehle es an einer Aufklärung über das Fehlschlagsrisiko, das sich hier ebenfalls verwirklicht habe. Der von der Klägerin gestellte Antrag auf Erholung eines radiologischen Zusatzgutachtens sowie eines nervenärztlichen Zusatzgutachtens sei vom Landgericht zu Unrecht abgelehnt worden. Gestützt auf die Aussage des Privatsachverständigen Dr. H. ... sei die Klägerin weiter der Auffassung, dass bei der Durchführung der Operation ein handwerklicher Fehler unterlaufen sei; die künstliche Hüftpfanne sei nicht ausreichend fixiert worden, sonst hätte sie sich nicht alsbald lösen können. Ein weiterer Behandlungsfehler liege darin, dass die mögliche Ursache des schon am 12.04.2011 festgestellten Nervenschadens (erstmal dokumentiert schon am 11.04.2011 um 21.45 Uhr) nicht umgehend untersucht worden sei. Es seien auch Ursachen für den Nervenschaden in Betracht gekommen, die eine sofortige Behandlung unabdingbar gemacht hätten, etwa die Entwicklung eines Hämatoms, das den Nerven unter Druck gesetzt habe. Das schlichte Abwarten seitens der Beklagten sei somit fehlerhaft gewesen.

Die Klägerin beantragt im Berufungsverfahren:

Unter Abänderung des Endurteiles des Landgericht Amberg vom 23.10.2013, Az. 22 O 585/12 werden bzw. wird

1.

die Beklagten zu 1) bis 4) verurteilt, gesamtschuldnerisch an die Klägerin wegen der Folgen einer Hüftgelenkendoprothese links am 11.04.11 ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt und welches für den Fall der Säumnis mit 50.000,00 € beziffert wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 09.05.12 zu bezahlen,

2.

die Beklagten zu 1) bis 4) verurteilt, an die Klägerin 4.929,09 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 30.05.12 zu bezahlen,

3. festgestellt, dass die Beklagten zu 1) bis 4) verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche weiteren materiellen Schäden zu ersetzen, die dieser aus den Folgen der Hüftoperation vom 11.04.11 entstanden sind und noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Dritte, insbesondere öffentlich-rechtliche Versicherungs- und/oder Versorgungsträger übergegangen sind oder übergehen werden,

4.

die Beklagten zu 1) bis 4) verurteilt, an die Klägerin 2.879,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Zustellung der Klage zu bezahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Behandlung der Aufklärungsrüge durch das Landgericht sei nicht zu beanstanden. Auf die Erörterungen der Klägerin mit dem Beklagten zu 2) im 03.2011 komme es nicht an, weil damals noch nicht festgestanden habe, welche konkrete Behandlung erfolgen werde. Maßgeblich sei das Aufklärungsgespräch vom 08.04.2011; der Klägerin sei nicht nur der Aufklärungsbogen überlassen worden, vielmehr habe der

Beklagte zu 4) die Klägerin auch entsprechend mündlich aufgeklärt. Dementsprechend sei die Klägerin nicht nur allgemein über „Nervenverletzungen“ unterrichtet worden, sondern auch darüber, dass ein Lähmungsrisiko bestehe.

Das Gutachten des Dr. H. ... treffe inhaltlich nicht zu. Zudem sei über die Höhe der Komplikationsrate nicht aufzuklären. Wenn ein Patient diese zu erfahren wünsche, sei eine Nachfrage zu erwarten.

Auch die Verneinung eines Behandlungsfehlers sei nicht zu beanstanden. Insbesondere treffe die Auffassung des Dr. H. ... nicht zu, aus der nachträglichen Lockerung der Hüftpfanne könne auf eine ungenügende Fixierung intraoperativ geschlossen werden. Der Einholung der von der Klägerin beantragten Zusatzgutachten habe es nicht bedurft.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat die Klägerin ergänzend angehört und den Sachverständigen Prof. Dr. G. ... erneut befragt. Auf die Sitzungsniederschrift vom 24.10.2014 wird insoweit verwiesen.

II. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere ist sie rechtzeitig eingelegt und begründet worden (§§ 511, 517, 519, 520 ZPO). Das Rechtsmittel hat auch in der Sache überwiegend Erfolg.

1.

Unter dem Gesichtspunkt eines Behandlungsfehlers hat das Landgericht die Klage freilich zu Recht für unbegründet gehalten. Dies gilt auch in Ansehung der vertiefenden und durch das Gutachten des Dr. H. ... gestützten Ausführungen der Klägerin im Berufungsrechtszug.

a)

Auch der Senat kann nicht feststellen, dass im Zuge der Operation vom 11.04.2011 die nach entsprechendem Ausfräsen eingebrachte neue Pfanne in vorwerfbarer Weise nicht hinreichend fest verklebmt worden sei mit der Folge, dass sie sich einige Tage später aus ihrem Sitz im Knochen lösen können und damit den Zweiteingriff erforderlich gemacht habe. Die hier angewendete Methode der zementfreien Implantierung ist, was auch die Klägerin nicht in Zweifel zieht, ein bewährtes Verfahren. Die künstliche Gelenkpfanne wird hierbei in den zuvor entsprechend ausgefrästen Hüftknochen so eingebracht, dass sie mit einer gewissen Spannung sitzt (Pressfitverfahren) und über diesen Klemmsitz eine hinreichende Primärfestigkeit erlangt, bis durch das Einwachsen in den Hüftknochen die endgültige, dann höhere Festigkeit erlangt wird. Voraussetzung für eine hinreichend feste Verklebung ist ein geschlossener Knochenring, der hier ganz offensichtlich gegeben war. Dass bereits bei dem Einsetzen der Pfanne ein Knochenausbruch im Bereich des Pfannenrandes erfolgt ist - mit der Folge, dass der erforderliche Ringschluss nicht mehr gegeben war -, steht nicht fest; nach der Beurteilung des Sachverständigen Prof. Dr. G. ... lässt weder das intraoperativ gefertigte Durchleuchtungsbild noch das Kontrollröntgenbild nach dem Eingriff eine Fraktur in dem Bereich erkennen, in dem später - auf dem Bild vom 16.04.2011 - der Ausbruch gesehen werden konnte. Entgegen der Auffassung des Privatgutachters Dr. H. ... in seinem Gutachten vom 08.01.2014 kann aus dem Umstand, dass es einige Tage nach der Operation zu einer Dislokation der Hüftpfanne gekommen ist, nicht ohne weiteres auf einen operationstechnischen Fehler geschlossen werden. Der Sachverständige Prof. Dr. G. ... hat dem Senat erläutert, dass die mit der sogenannten Pressfitmethode erreichbare Primärfestigkeit einer künstlichen Gelenkpfanne keine vollständige Sicherheit dafür bietet, dass die im Zuge der Mobilisation des Patienten auftretenden Kräfte im Hüftgelenksbereich ohne Auftreten eines Defekts, d.h. einer Dislokation der Pfanne, ertragen werden können. Deshalb darf der Patient anfänglich das operierte Bein nur begrenzt belasten und muss eine Reihe von Verhaltensregeln beachten, die das Entstehen übermäßiger - in bestimmte Richtungen wirkender - Kräfte auf das Gelenk verhindern sollen, bis es zum knöchernen Einwachsen der Prothese kommt. Dennoch kann eine frühzeitige Lockerung, wie sie hier eingetreten ist, nicht sicher vermieden werden. Dieses Risiko beträgt nach Einschätzung des Sachverständigen bei einer Wechseloperation wie im Fall der Klägerin etwas weniger als 1%, ist also keineswegs ganz gering. Wegen des Verbleibens dieser - nicht nur theoretischen - Möglichkeit und des Fehlens konkreter Hinweise darauf, dass bei dem Eingriff vom 11.04.2011 fehlerhaft vorgegangen worden ist, kann aus dem Eintritt der Lockerung der Schluss auf eine ungenügende Verankerung der Gelenkpfanne durch die Operateure nicht gezogen werden. Etwa zusätzlich verwendete Schrauben - auf deren Einsatz im Fall der Klägerin verzichtet worden war - hätten, so der Sachverständige, diese (Primär-)Festigkeit nicht nennenswert erhöht; der Nutzen derartiger Schrauben sei nicht erwiesen. Im Übrigen besteht insoweit kein wirklicher Widerspruch zu den Aussagen des Gutachters Dr. H. ...; dessen Schlussfolgerung, die Pfanne könne nicht korrekt eingesetzt worden sein, weil sie ansonsten nicht alsbald ausgebrochen wäre, stand unter der Prämisse, dass die „erlaubte Teilbelastung“ nicht überschritten worden sei. Das aber kann, wie ausgeführt, gerade nicht vollständig sichergestellt werden, so dass es auch im Fall der Klägerin zu einer ungewollten kurzfristigen Überlastung gekommen sein kann, die bereits genügt haben kann, um die fehlerfrei verankerte Pfanne zur Dislokation zu bringen. Der Einholung eines radiologischen Zusatzgutachtens bedarf es insoweit auch nach Auffassung des Senats nicht. Der Sachverständige war in der Lage, auf Grund seiner Fachkenntnisse die Beweisfrage zu beantworten; es ist nicht ersichtlich, dass ein Radiologe anhand des vorliegenden Bildmaterials zusätzliche Erkenntnisse im Sinne der klägerischen Behauptungen gewinnen könnte. Im Übrigen liegt auf der

Hand, dass die Festigkeit eines Klemmsitzes, also das Maß der Verspannung des Hüftknochens um die eingeschlagene Pfanne, nicht auf Grund eines Röntgenbildes eingeschätzt werden kann. Dass intraoperativ die später festgestellte Fraktur noch nicht eingetreten war, konnte der Sachverständige Prof. Dr. G. ... mit hinreichender Sicherheit anhand der Röntgenbilder feststellen.

b)

Den Beklagten kann auch nicht vorgeworfen werden, nach der Feststellung der Nervschädigung eine erforderliche weitere Diagnostik unterlassen und damit zur Vergrößerung oder Verfestigung des Nervenschadens beigetragen zu haben. Zwar ist dem Privatgutachter Dr. H. ... darin zuzustimmen, dass es auch Schädigungsmechanismen gibt, die eine sofortige operative Intervention erfordern, etwa eine Druckschädigung eines Nerven durch ein Hämatom, weil durch die Entlastung des Hämatoms der fortwährende und den Nerven noch weiter schädigende Druck beseitigt werden kann. Dr. H. ... hat aber nicht berücksichtigt, dass ein derartiger Mechanismus zu einer nur allmählichen Beeinträchtigung der Nervenleitfunktion führen müsste, im Fall der Klägerin aber unmittelbar nach dem Eingriff bereits die Fußheberschwäche festgestellt worden war, was für einen bereits abgeschlossenen Schädigungsmechanismus spricht, der durch operative Intervention nicht mehr beeinflusst werden kann. Dies hat der Sachverständige Prof. Dr. G. ... dem Senat nachvollziehbar und überzeugend erläutert. Hätte man, um ein Hämatom als Schadensursache auszuschließen, eine entsprechende Diagnostik betrieben, also eine Sonographie durchgeführt oder ein Computertomogramm veranlasst, so hätte man mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gerade keinen reaktionspflichtigen Befund erhalten, wie der Sachverständige ausgeführt hat. Selbst wenn man also - entgegen der Meinung des Sachverständigen, der es für vertretbar gehalten hat, auf solche Diagnostik zu verzichten - das Unterlassen dieser weiteren Diagnostik für fehlerhaft hielte, ergäbe sich nach der Rechtsprechung zum sogenannten einfachen Befunderhebungsfehler keine Beweislastumkehr zu Gunsten der Klägerin; den Beweis, dass die hier gegebene Nervschädigung tatsächlich in ihrem Ausmaß durch einen unverzüglichen Eingriff noch hätte beeinflusst werden können und auch vorteilhaft beeinflusst worden wäre, kann die Klägerin auf Grund der Aussage des Sachverständigen keinesfalls erbringen. Ein sogenannter grober Befunderhebungsfehler kommt hier nicht in Betracht. Es war auch nicht fehlerhaft, die neurologische Untersuchung erst einige Tage nach der Feststellung der Nervschädigung vorzusehen, weil unter der Prämisse, dass eine vollständige Durchtrennung des Nerven nicht erfolgt war, eine elektrophysiologische Messung der Nervenleitfunktion erst nach etwa 10 Tagen zu einem aussagekräftigen Ergebnis hätte führen können. Dass eine vollständige Durchtrennung nicht vorgelegen hatte, ergab sich zweifelsfrei aus dem Umstand, dass die Nervenleitfunktion nicht vollständig ausgefallen, sondern nur beeinträchtigt war, wenn auch in erheblichem Umfang. Das von der Klägerin beantragte neurologische Zusatzgutachten braucht nicht erholt zu werden. Eine Durchtrennung des Nervus ischiadicus, etwa durch einen versehentlichen Schnitt mit einem scharfen Werkzeug im Zuge des Eingriffes, hätte, wie im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen auf Seiten 26/27 (Bl. 116/117 d. A.) näher dargestellt, wesentlich schwerer wiegende Funktionsausfälle des betroffenen Beines zur Folge als bei der Klägerin gegeben. Sie kann daher ausgeschlossen werden. Dass ein neurologisches Zusatzgutachten insoweit zu einem anderen Ergebnis käme, schließt der Senat aus, zumal auch die im Krankenhaus F. ... durchgeführte neurologische Untersuchung (vom 21.04.2011) den Befund einer hochgradigen/subtotalen Axonotmesis des peronäalen Anteils des Nervus ischiadicus und nicht eine vollständige Durchtrennung dieses Nerven ergeben hatte.

2.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich jedoch eine Haftung der Beklagten zu 1), zu 2) und zu 4), nicht aber des Beklagten zu 3), aus einer unzureichenden Aufklärung der Klägerin über das Risiko einer schwerwiegenden Nervschädigung im Zuge des Eingriffes. Die Operation am 11.04.2011 war daher rechtswidrig.

a)

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedürfen ärztliche Heileingriffe grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein, und kann diese Einwilligung nur wirksam erteilt werden, wenn der Patient über den Verlauf des Eingriffes, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen, Chancen und Gefahren im großen und ganzen aufgeklärt worden ist, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und sein Recht auf körperliche Unversehrtheit zu wahren (beispielsweise BGHZ 166, 336). Für die Risikoaufklärung im besonderen gilt, dass eine exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken nicht erforderlich ist, dem Patienten aber eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt werden muss (BGHZ 90, 103). Dabei ist auch über sehr seltene Risiken aufzuklären, die im Fall ihrer Verwirklichung die Lebensführung schwer belasten und trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien aber überraschend sind. Hiervon ist auch das Landgericht zutreffend ausgegangen. Dabei genügt die Aushändigung eines Informationsblattes, das mit einem Einwilligungsf formular verbunden sein kann, grundsätzlich nicht; derartige schriftliche Hinweise können das Aufklärungsgespräch vorbereiten, aber nicht ersetzen (so jetzt auch § 630 e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Ein vom Arzt und dem Patienten unterzeichnetes Einwilligungsf formular ist allerdings ein Indiz für den Inhalt

des Aufklärungsgesprächs, und zwar sowie in positiver als auch negativer Hinsicht (BGH NJW 2014, 15, 27). Im vorliegenden Falle enthält das von der Klägerin unterzeichnete Einwilligungsformular neben zahlreichen anderen Hinweisen auf mögliche Komplikationen auch einen Hinweis auf Nervenverletzungen, die dauerhafte Störungen wie beispielsweise eine Teillähmung des Beines verursachen könnten. Die Klägerin hat dagegen bestritten, dass in dem - als solchem nicht streitigen - Aufklärungsgespräch mit dem Beklagten zu 4) das Nervschädigungsrisiko erwähnt worden sei. Der vom Landgericht hierzu angehörte Beklagte zu 4) konnte sich an das konkrete Gespräch nicht mehr erinnern. Dennoch hat das Landgericht - so versteht der Senat die Ausführungen auf Seiten 15 und 16 der Urteilsgründe - die Überzeugung gewonnen, dass die Klägerin seitens des Beklagten zu 4) auch über das Nervverletzungsrisiko unterrichtet worden ist. Maßgeblich hierfür war für das Landgericht, dass der Beklagte zu 4) „nachvollziehbar“ (gemeint wohl: glaubhaft) geschildert hatte, wie er generell Aufklärungsgespräche für vergleichbare Operationen führe; er spreche in solchen Fällen stets das Blutungsrisiko, das Risiko einer Nervenverletzung, das Thromboserisiko, das Infektionsrisiko und die Möglichkeit einer Prothesenlockerung und eines Knochenbruchs an. Diese Beschreibung der ständigen Aufklärungsübung des Beklagten zu 4) hat dem Landgericht die Überzeugung verschafft, auch im konkreten Fall der Klägerin sei das Gespräch in gleicher Weise und damit unter Einschluss der Erwähnung einer möglichen Nervenverletzung geführt worden. Diese Feststellung des Landgerichts bindet den Senat jedoch nicht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nämlich unvollständig. Zwar hat es keineswegs übersehen, dass der Beklagte zu 4) auch geschildert hatte, er nehme unter den „ärztlichen Anmerkungen zum Aufklärungsgespräch“ stets auch die Punkte auf, die er grundsätzlich dem Patienten gegenüber anspreche, im Streitfall jedoch das Risiko einer Nervenverletzung gerade nicht handschriftlich vermerkt worden war. Richtig ist auch, dass der aufklärende Arzt nicht gehalten ist, bei Verwendung derartiger Aufklärungsbögen sämtliche von ihm gegebenen mündlichen Erläuterungen stichwortartig auch noch schriftlich zu vermerken. Nicht erwogen hat das Landgericht jedoch den Umstand, dass der Beklagte zu 4) im Streitfall ersichtlich von der ständigen Aufklärungsübung, die er geschildert hatte, insofern abgewichen war, als er nicht sämtliche der von ihm üblicherweise besonders angesprochenen Punkte auch handschriftlich vermerkt hatte, so dass Zweifel begründet sind, ob das Aufklärungsgespräch am 08.04.2011 vollständig nach dem „üblichen Muster“ abgelaufen ist. Zwar kommt auch in Betracht, dass der Beklagte zu 4) entsprechend seiner ständigen Übung das Nervschädigungsrisiko tatsächlich mündlich erwähnt, die - ebenso übliche - handschriftliche Notiz bei den „Anmerkungen“ aber unterlassen hat, was für die Wirksamkeit der Aufklärung ohne Bedeutung wäre. Ebenso möglich und keineswegs von vornherein weniger wahrscheinlich ist aber auch, dass der Risikohinweis ausnahmsweise unterblieben ist und aus diesem Grund der entsprechende handschriftliche Vermerk fehlt. Aus der Sicht des Senats begründet dieser Umstand durchaus Zweifel daran, ob der Beklagte zu 4) auch gegenüber der Klägerin das Nervschädigungsrisiko angesprochen hat.

b)  
Dem unstreitigen Umstand, dass der Beklagte zu 2) bei dem Vorgespräch im 03.2011 der Klägerin auf deren Nachfrage erklärt hatte, ein Nervverletzungsrisiko bestehe bei der in Aussicht genommenen Operation schon aus anatomischen Gründen nicht, hat das Landgericht keine Bedeutung beigemessen. Darin folgt ihm der Senat nicht. Gegenstand dieses Gesprächs war zumindest ein partieller Prothesenwechsel durch Erneuerung des Hüftkopfes. Auch wenn diese Maßnahme nur eventuell, also befundabhängig, geplant gewesen sein sollte, musste die Klägerin die vom Beklagten zu 2) gegebenen Erläuterungen zum Nervenschädigungsrisiko auch auf diesen Fall beziehen. Fasst man nur einen solchen Hüftkopfwechsel ins Auge, mögen die Ausführungen des Beklagten zu 2) medizinisch durchaus zutreffend gewesen sein. In einem solchen Fall hätte nicht die Notwendigkeit bestanden, zur Ermöglichung des Pfannenwechsels den Hüftkopf beiseite zu schieben und in dieser Position eine Zeitlang zu belassen; gerade dieses Wegdrücken des bei der Pfannenpräparation störenden Hüftkopfes kann aber, wie vom Sachverständigen ausführlich erläutert, zu der hier eingetretenen Nervschädigung führen. Der Beklagte zu 4) hat nach dem insoweit nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten die Klägerin bei dem eigentlichen Aufklärungsgespräch zur Operation am 08.04.2011 darüber unterrichtet, dass befundabhängig es auch zu einem Auswechseln der Hüftpfanne kommen werde. Gerade im Falle dieser fakultativen Operationserweiterung bestand aber das Risiko für den Nervus ischiadicus, das sich im Fall der Klägerin auch verwirklicht hat. Über diese angesichts der bei ungünstigem Verlauf zu befürchtenden erheblichen und irreversiblen Auswirkungen auf die Lebensführung der Klägerin durchaus bedeutsame Änderung des Risikospektrums wurde die Klägerin nicht unterrichtet. Der Beklagte zu 4), der vom Inhalt des von der Klägerin mit dem Beklagten zu 2) geführten Gesprächs keine Kenntnis gehabt haben dürfte, mag keinen Grund gesehen haben, hierauf besonders aufmerksam zu machen. Es liegt aber nahe, dass die Klägerin, der zuvor vom Beklagten zu 2) - immerhin dem Chefarzt der orthopädischen Abteilung des Krankenhauses - beruhigende Erklärungen hinsichtlich des Nervschädigungsrisikos gegeben worden waren, hierauf vertraut hat und die anhand eines Standardformulars erfolgende allgemeine Risikoaufklärung durch den Beklagten zu 4), auch wenn diese einen Hinweis auf ein Nervschädigungsrisiko enthalten haben sollte, insoweit nicht auf ihren besonderen Fall bezogen hat; dass gerade die vom Beklagten zu 4) angesprochene mögliche Operationserweiterung, die zuvor nicht Gegenstand der Unterredung der Klägerin mit dem Beklagten zu 2) gewesen war,

die Richtigkeit der vom Beklagten zu 2) gegebenen Erläuterungen zum Nervschädigungsrisiko in Frage stellte, wenn nicht sogar vollständig entwertete, konnte die Klägerin als Nichtmedizinerin nicht wissen. Unter diesem Gesichtspunkt war zumindest die Einwilligung der Klägerin in die Auswechselung auch der künstlichen Gelenkpfanne nicht wirksam.

c)

Darüber hinaus ist der Senat der Auffassung, dass die in dem verwendeten Einwilligungsförmular gegebenen Hinweise zum Nervschädigungsrisiko, die der Beklagte zu 4) möglicherweise der Klägerin auch mündlich vermittelt hat, inhaltlich keine zutreffende Unterrichtung über die Risiken des beabsichtigten Eingriffs geben konnten. Zwar ist der Hinweis entgegen der Auffassung der Klägerin hinreichend bestimmt im Bezug auf die Art der möglichen Schädigung und die Schwere der Auswirkung einer solchen Komplikation; es ist nicht erforderlich, die Nerven, die bei einem bestimmten Eingriff typischerweise gefährdet sind, anatomisch exakt zu bezeichnen und die Auswirkungen einer etwaigen Nervschädigung in allen Einzelheiten darzulegen; vielmehr kommt es darauf an, dem Patienten einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen zu vermitteln, die für seine körperliche Integrität und Lebensführung auf ihn zukommen können (BGH VersR 2001, 592). Im Streitfall wird auf die Möglichkeit hingewiesen, dass sich eine Nervschädigung als irreversibel, d.h. auch durch eine entsprechende Behandlung nicht zu beseitigen, darstellen kann und dass sie zu einer teilweisen Lähmung des betroffenen Beines führen könne. Eine Fußheberschwäche, wie sie bei der Klägerin eingetreten ist, stellt sich als teilweise Lähmung des Fußes dar und wird deshalb von dem Hinweis auf eine mögliche „Teillähmung des Beines“ umfasst (siehe auch Urteil des Senats vom 07.10.2011, 5 U 410/11, zu einem vergleichbaren Fall, in dem allerdings ein anderer Aufklärungsbogen verwendet worden war). Insoweit unterscheidet sich der Streitfall von dem Sachverhalt, der der Entscheidung des Senats vom 16.07.2004 (NJW-RR 2004, 1543) zu Grunde gelegen hatte; im damals zu beurteilenden Fall hatte der Aufklärungsbogen lediglich eine Auflistung enthalten, die auch - ohne weitere Erläuterung - „Gefäß- und Nervenverletzung“ angesprochen hatte. Dennoch ist die Risikoeklärung in dem hier verwendeten Aufklärungsbogen in zweifacher Hinsicht ungenügend. Zum einen wird der Patient nicht darüber unterrichtet, dass eine Nervenverletzung auch zu einer so erheblichen und dauerhaften Schmerzbeeinträchtigung führen kann, dass die ständige Einnahme von Schmerzmitteln erforderlich wird; so hat es sich im Fall der Klägerin verhalten, wobei der Sachverständige Prof. Dr. G. ... erläutert hat, bei einer Nervschädigung des hier gegebenen Ausmaßes sei ein derartiger Dauerschmerz durchaus typisch. Hierüber war aufzuklären. Dass eine Nervbeschädigung nicht nur - unter Umständen dauerhafte - Funktionsbeeinträchtigungen nach sich ziehen kann, wovon die Klägerin bei Unterstellung einer formblattgemäßen Aufklärung unterrichtet worden ist, sondern auch dauerhafte und erhebliche Schmerzen erzeugen kann, kann nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden; andererseits bedeutet die Chronifizierung von Schmerzen mit der Folge der Notwendigkeit dauernder Medikamenteneinnahme eine erhebliche Belastung des Betroffenen in seiner Lebensführung (BGHZ 166, 336). Unabhängig davon, mit welcher statistischen Häufigkeit eine derartige Komplikation sich verwirklicht, hätte es also eines gesonderten Hinweises auch hierauf bedurft. Der lapidare Hinweis „Schmerzen“, den der Beklagte zu 4) laut seiner handschriftlichen Eintragung der Klägerin gegeben hatte, war in dieser allgemeinen Fassung ungenügend.

Zudem stellte die formularmäßige Aufklärung bezüglich der Risikodichte eine Verharmlosung der tatsächlichen Risikoeintrittswahrscheinlichkeit dar. Zwar kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Frage, ob ein Risiko überhaupt aufklärungspflichtig ist, „nicht allein“ auf die erfahrungsgemäß zu befürchtende Komplikationsdichte an (beispielsweise BGH NJW 1980, 1905; NJW 1994, 793). Die Komplikationsdichte ist aber nicht völlig bedeutungslos, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt einer Verharmlosung eines für sich genommen im Zuge der Aufklärung angesprochenen Risikos. Gerade für die Entscheidung des Patienten, ob er sich, wie im Streitfall, einer nicht vital indizierten Operation unterziehen oder - eventuell nach Einholung einer ärztlichen Zweitmeinung - unter Inkaufnahme gewisser Beschwerden jedenfalls zunächst von dem ihm vorgeschlagenen Eingriff absehen will, wird von erheblicher Bedeutung sein, ob gewisse, im Falle ihrer Realisierung eine erhebliche Beeinträchtigung darstellende Risiken erfahrungsgemäß sich nur sehr selten verwirklichen, so dass der Patient dies als eine eher theoretische Möglichkeit ansehen mag, oder ob ihre Verwirklichung so häufig eintritt, dass der Patient ernsthaft zu erwägen hat, ob er die Möglichkeit des Eintritts eines solchen Falles in der Hoffnung auf eine Verbesserung seines gegenwärtigen Gesundheitszustandes in Kauf nehmen will.

Der Sachverständige hat dazu ausgeführt, in der Literatur werde für das Auftreten von Nervenschäden bei Hüftprothesenoperationen eine Risikowahrscheinlichkeit von bis zu 3,5 % angegeben, und dazu eine Reihe von Quellen zitiert. Gerade bei Wechseloperationen, wie im Fall der Klägerin, ist das Risiko erhöht. Allerdings, so der Sachverständige bei seiner Anhörung, handele es sich bei der genannten Prozentangabe um einen Maximalwert für Wechseloperationen. Die durchschnittliche Komplikationsrate bei Hüftoperationen sei mit 0,8 % zu veranschlagen; dabei seien aber auch weniger schwerwiegende Schädigungen als im Fall der Klägerin gegeben berücksichtigt, weshalb die Wahrscheinlichkeit einer Nervschädigung der Stärke, wie sie bei der Klägerin gegeben sei, mit etwa 0,1 % oder darunter einzuschätzen sei. Dem Senat sind aus einem anderen Verfahren (5 U 410/11), das einen Nervenschaden auf Grund einer

primären Hüfttotalendoprothesenoperation betraf, Literaturangaben aus der damals relevanten Zeit bis zum Jahr 2007 bekannt, die sich ebenfalls zwischen 0,7 % und 3,5 % bewegten. In Bezug auf eine Wahrscheinlichkeit von etwas über 1,0 % hat der Senat in dem damaligen Urteil (veröffentlicht in AHRS 4650/348) erhebliche Zweifel geäußert, ob eine solche Komplikationsdichte die Einstufung als „seltenes Risiko“ rechtfertigt; jedenfalls könne ein solches Risiko nicht als ein „sehr seltenes“, also fast vernachlässigbares Risiko bezeichnet werden. Er hat sich dabei auf die Wahrscheinlichkeitsabstufungen bezogen, wie sie üblicherweise in Medikamentenbeipackzetteln verwendet werden. Die Frage brauchte in der damaligen Entscheidung allerdings nicht abschließend beurteilt zu werden, weil sich die Behandlungsseite mit Erfolg auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung des Patienten berufen konnte. An der in seinem Urteil vom 07.10.2011 geäußerten Einschätzung hält der Senat für den Streitfall fest. Gerade deshalb, weil, wie von den Beklagten zutreffend betont, weitaus häufiger Medikamente verordnet und auch eingenommen werden als operative Eingriffe erfolgen, die in den Beipackzetteln verwendeten Häufigkeitsdefinitionen daher weithin bekannt sind, auch wenn nicht jeder Medikamentenverbraucher den Beipackzettel eingehend lesen wird, muss angenommen werden, dass Häufigkeitsangaben, die in Aufklärungsbögen verwendet werden, mangels gegenteiliger Hinweise ebenso verstanden werden wie sie in den Medikamentenbeipackzetteln ausdrücklich definiert werden. Es ist nicht ersichtlich, was einen Patienten zu der Annahme veranlassen sollte, die in standardisierten Aufklärungsbögen verwendeten Häufigkeitsangaben seien völlig anders zu verstehen als solche in Beipackzetteln für Arzneimittel. Die standardisierten Häufigkeitsangaben nach MedDRA definieren den Begriff „selten“ dahin, dass es sich um Nebenwirkungen handele, die bei einem bis zu 10 Behandelten von 10000 auftreten, das entspricht einer Wahrscheinlichkeit von 0,1 bis 1,0 Promille. Von einer „sehr seltenen“ Nebenwirkung wird danach erst gesprochen, wenn die statistische Wahrscheinlichkeit unter 0,1 Promille liegt. Die durchschnittliche Wahrscheinlichkeit für das Auftreten von Nervenschädigungen nach Hüftgelenks- Wechseloperationen von 0,8 % liegt um ein Vielfaches höher. Unter Zugrundelegung der Häufigkeitsdefinition nach MedDRA wäre schon fast von einer „häufigen“ Komplikation zu sprechen. Auf die geringere Wahrscheinlichkeit einer dauerhaften und ausgesprochen schwerwiegenden Nervenschädigung, wie sie im Fall der Klägerin eingetreten ist, darf nicht abgestellt werden, denn in dem hier verwendeten Aufklärungsbogen werden schon die Nervenverletzungen an sich als „sehr selten“ auftretend bezeichnet, so dass der Leser dieses Aufklärungsbogens annehmen wird, der Fall, dass eine solche Nervenverletzung zu einer dauerhaften Störung wie etwa zu einer Teillähmung des Beines führe, sei noch seltener. Die Darstellung in dem Aufklärungsbogen muss daher als eine unzulässige (BGH NJW 1994, 793 m.w.N.) Verharmlosung des Operationsrisikos gewertet werden. Dass der Beklagte zu 4) die Risikowahrscheinlichkeit im Zuge der mündlichen Aufklärung der Klägerin anders dargestellt hat als im schriftlichen Aufklärungsbogen erläutert, ist nicht behauptet. Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt sich der Senat mit dieser Einschätzung nicht in Widerspruch zu veröffentlichter obergerichtlicher Rechtsprechung. Die in der Berufungsbegründung zitierten Entscheidungen, auf die sich die Beklagten insoweit beziehen, befassen sich teilweise mit der Frage, ob über seltene Risiken überhaupt aufzuklären ist, ohne aber die Frage zu thematisieren, welche konkrete Risikodichte dem Begriff „selten“ zuzuordnen ist, teils sind sie gänzlich unergiebig. Der Senatsentscheidung vom 16.07.2004 (a.a.O.) kann insoweit nichts entnommen werden. Wenn das OLG Brandenburg in der Entscheidung vom 01.09.1999 (NJW-RR 2000, 398) bei einer Risikorate von 0,7 bis 1,7 % von einem „nicht ganz seltenen“ Risiko spricht, weshalb über ein solches Risiko aufzuklären sei, entspricht das der Auffassung des Senats. Wie häufig sich ein bestimmtes Operationsrisiko statistisch verwirklichen darf, um - ohne verharmlosende Wirkung - noch als „sehr selten“ bezeichnet werden zu dürfen, ist, soweit ersichtlich, bislang noch nicht erörtert worden. Dem Senat ist auch nicht bekannt, dass ein Obergericht bislang die Auffassung vertreten hätte, für das Verständnis von Risikoklassifizierungen in ärztlichen Aufklärungsformularen könnten die standardisierten Einstufungen in Medikamentenbeipackzetteln nicht herangezogen werden.

III. Der Aufklärungsmangel bleibt nicht deshalb ohne haftungsrechtliche Folgen, weil anzunehmen wäre, im Falle zutreffender Aufklärung hätte sich die Klägerin gleichwohl für den dann durchgeführten Eingriff entschieden. Der von den Beklagten hilfsweise bereits erstinstanzlich erhobene Einwand, die Klägerin hätte sich dem Eingriff vom 11.04.2011 auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken (das Fehlen einer solchen Aufklärung unterstellt) unterzogen, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich beachtlich (BGHZ 90, 103; BGH NJW 2007, 2771). Die Behandlungsseite trifft insoweit die Behauptungs- und Beweislast; sie ist mit dem Beweis für die Behauptung, der Patient hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung (ebenfalls) in den Eingriff eingewilligt, allerdings nur zu belasten, wenn der Patient zur Überzeugung des Gerichts plausibel macht, er hätte bei rechtzeitiger Verdeutlichung der Behandlungsrisiken vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden, wobei an die Substantiierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konfliktes keine sehr hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da anderenfalls das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterlaufen würde (siehe dazu BGHZ 172, 1). Abzustellen ist dabei auf die persönliche Entscheidungssituation des jeweiligen Patienten, nicht darauf, was aus ärztlicher Sicht sinnvoll und erforderlich gewesen wäre und wie ein „vernünftiger Patient“ sich verhalten hätte. Der Patient braucht auch nicht darzulegen, wie er sich bei richtiger Aufklärung tatsächlich

entschieden hätte (BGH MDR 1993, 516). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin bei ihrer Anhörung durch den Senat glaubhaft geschildert, dass sie auf Grund der damals nicht so ausgeprägten Beschwerdehaftigkeit der linken Hüfte - sie habe vor allem unter sogenannten Anlaufschmerzen gelitten, sei aber durchaus in der Lage gewesen, ihren Haushalt zu führen - eine ärztliche Zweitmeinung habe einholen wollen und dazu bereits andernorts einen Termin vereinbart habe, jedoch auf Grund der Darstellung des Beklagten zu 2) davon abgesehen habe; damit ist hinreichend und plausibel dargelegt, dass die Klägerin bei deutlicherer Darstellung des tatsächlichen Eingriffsrisikos unter Berücksichtigung des Umstandes, dass möglicherweise auch ein Pfannenwechsel erforderlich sein werde und zumindest dann sehr wohl eine Gefahr für den Ischiadicusnerv bestehe, wenigstens in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre. Ob sie sich dann tatsächlich, wie sie erklärt hat, gegen die Durchführung des Eingriffs entschieden hätte, ist nicht maßgeblich und braucht deshalb nach den vorstehenden Grundsätzen nicht von der Klägerin bewiesen zu werden. Die Beklagten haben ihre Behauptung, die Klägerin habe präoperativ unter so erheblichen Schmerzen beim Gehen gelitten, dass nach allgemeiner ärztlicher Erfahrung in eine derartige Operation auch in voller Kenntnis der Risiken eingewilligt werde, nicht in geeigneter Weise unter Beweis gestellt. Ein Sachverständiger könnte heute nicht mehr feststellen, in welchem Umfang die Klägerin präoperativ beschwerdebehaftet war. Der bereits zitierte Arztbrief der Beklagten vom 08.04.2011, gerichtet an die Hausärztin der Klägerin, legt im Gegenteil nahe, dass die Beschwerden der Klägerin damals nur von mäßiger Schwere waren, heißt es doch unter „Anamnese“, dass die Klägerin über Beschwerden von Seiten der linken Hüfte, insbesondere unter Belastung auch mit verändertem Gangbild klagte, jedoch die klinische Untersuchung der linken Hüfte eine gute Beweglichkeit ohne wesentliche Schmerzhaftigkeit ergeben habe. Einen schon damals erheblichen Leidensdruck, der die nunmehrigen Behauptungen der Klägerin als ungläubhaft und lediglich prozesstaktisch bedingt erscheinen ließe, können die Beklagten somit nicht aufzeigen.

IV. Für die Folgen des mangels wirksamer Einwilligung des Patienten rechtswidrigen Eingriffes haftet der verantwortliche Operateur, hier also der Beklagte zu 2), auch dann, wenn er selbst die Aufklärung des Patienten nicht durchgeführt hat, sondern diese Aufgabe an einen anderen Arzt, hier den Beklagten zu 4), delegiert hat. Eine solche Delegation wird zwar grundsätzlich als zulässig angesehen. Der behandelnde - hier: der operierende - Arzt, der nicht selbst aufklärt, hat aber entweder durch entsprechende Organisation dafür zu sorgen, dass die vollständige Aufklärung des Patienten anderweitig sichergestellt ist, oder sich im Einzelfall der vollständigen Aufklärung von anderer Seite zu vergewissern (OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 459; siehe auch BGH VersR 1984, 538). In der orthopädischen Klinik B. ... mag zwar organisatorisch sichergestellt gewesen sein, dass vor einem operativen Eingriff ein Aufklärungsgespräch erfolgte, wenn auch nicht unbedingt durch den späteren Operateur selbst; nicht sichergestellt war aber, dass diese Aufklärung auch mit dem zutreffenden Inhalt erfolgte. Das ergibt sich schon aus der Verwendung von Formblättern, die inhaltlich, wie ausführlich dargelegt, den Anforderungen nicht entsprachen. Gerade dem Beklagten zu 2) als dem Chefarzt der orthopädischen Abteilung hätte es obliegen, die in seiner Klinik verwendeten Aufklärungsformblätter auf ihre medizinische Richtigkeit zu überprüfen. Darüber hinaus hatte der Beklagte zu 2) auf Grund der von ihm selbst der Klägerin erteilten, ein Nervverletzungsrisiko als nicht gegeben darstellenden Hinweise sicherzustellen, dass diese Hinweise vor der Einwilligung der Klägerin in eine mögliche Operationserweiterung, die zu einer Verschiebung des Risikospektrums führen musste, richtig gestellt wurden. Er durfte nicht darauf vertrauen, dass der Beklagte zu 4), der vom Inhalt des im 03.2011 geführten Gespräches keine Kenntnis haben konnte, die notwendigen Verdeutlichungen vornehmen werde. Der Beklagte zu 2) haftet damit der Klägerin sowohl deliktisch wie - auf Grund der getroffenen Wahlleistungsvereinbarung - vertraglich. Die Beklagte zu 1) hat als Trägerin der Klinik für die Folgen der rechtswidrigen Operation durch den Beklagten zu 2), der trotz der getroffenen Wahlleistungsvereinbarung zugleich Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 1) blieb, weil diese auf Grund des abgeschlossenen sogenannten totalen Krankenhausaufnahmevertrages die ärztlichen Leistungen (auch) selbst schuldet, jedenfalls vertraglich einzustehen.

Schließlich haftet auch der Beklagte zu 4) als aufklärender Arzt; da er die ärztliche Aufklärung vor der Operation übernommen hatte, ist er mitverantwortlich dafür, dass die Einwilligung des Patienten in den Eingriff nicht wirksam war (grundlegend BGH NJW 1980, 1905). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist zugleich die Haftung der Beklagten zu 1) begründet (BGH a.a.O.).

Unbegründet ist die Klage, soweit auch der Beklagte zu 3) in Anspruch genommen wird. Ein Behandlungsfehler ist ihm nicht unterlaufen. Als Operationsassistent traf ihn eine eigene Verpflichtung, sich der wirksamen Einwilligung des Patienten zu vergewissern, nicht. Das mag im Einzelfall anders zu beurteilen sein, wenn die Verantwortlichkeit für die Operation auch und sogar in erster Linie einen Oberarzt trifft, der zwar nur als Operationsassistent eingeteilt ist, jedoch einem Assistenzarzt assistiert (zu einer solchen Gestaltung OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 459; ebenso OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 798). Sollte die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 08.12.2004 (NJW-RR 2005, 798) dahin zu verstehen sein, ein bloßer Operationsassistent trage schon als solcher eine Mitverantwortung dafür, dass die Operationseinwilligung des Patienten wirksam sei, könnte der Senat dieser Auffassung allerdings nicht folgen. Er ist

vielmehr der Meinung, dass sich ein Operationsassistent grundsätzlich darauf verlassen darf, dass das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung vom verantwortlichen Operateur geprüft worden ist.

V. Der Antrag der Klägerin, die Beklagten zur Zahlung materiellen Schadensersatzes in Höhe von 4.929,09 Euro nebst Zinsen zu verurteilen, ist, abgesehen davon, dass der Beklagte zu 3) schon dem Grunde nach nicht haftet, teilweise begründet, nämlich in Höhe von 2.772,41 Euro nebst Zinsen.

1.

Der Schadensberechnung der Klägerin liegt eine Kostenaufstellung für das Jahr 2011 (Anlage K 12 b) zugrunde, die zu einer Summe von 4.929,09 Euro gelangt, allerdings ist dieser Betrag wegen eines Rechenfehlers um 100,00 Euro zu hoch. Die dort im Einzelnen genannten Positionen, die sämtlich belegt sind, wobei hinsichtlich des sog. Tens-Gerätes zur Nervenregung inzwischen eine ärztliche Verordnung des Dr. I. ... vorgelegt worden ist, sind im Wesentlichen zuzusprechen. Dies gilt nicht für folgende Positionen:

Die Aufwendungen, die die Klägerin wegen eines massiven, ärztlich bestätigten Haarausfalles geltend macht, nämlich in Höhe von 31,75 Euro für ein Medikament (Pantovigar) sowie in Höhe von 232,00 Euro für eine Perücke, mögen auf die erhebliche seelische Belastung der Klägerin durch die operativen Eingriffe zurückzuführen sein; eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, die unter dem Gesichtspunkt des § 287 ZPO zur Zusprechung erforderlich wäre, kann der Senat jedoch ohne eine aussagekräftige ärztliche Bestätigung nicht feststellen.

Die Klägerin hat eine zweite Peronäusschiene angeschafft und müsste hierfür 301,47 Euro bezahlen; ihre Krankenversicherung hat eine Erstattung mit der Begründung verweigert, die bereits erstattete erste Schiene sei noch brauchbar. Zwar mag zutreffen, dass die Schiene wegen eines beschädigten oder abgenutzten Klettverschlusses einer Reparatur bedurfte. Es ist aber nicht ausreichend dargelegt, dass zur Überbrückung dieses Reparaturzeitraumes keine andere Möglichkeit bestanden habe als die Anschaffung einer zweiten Schiene.

Angesichts der erheblichen Funktionsbeeinträchtigung des linken Beines, insbesondere durch eine Fußheberschwäche, bezweifelt der Senat nicht die Notwendigkeit, das von der Klägerin zuvor genutzte Kraftfahrzeug durch ein solches mit automatischem Getriebe zu ersetzen. Dass die Klägerin ein solches Fahrzeug, nämlich einen nahezu neuwertigen PKW vom Typ Mercedes, angeschafft hat, ist durch Vorlage der entsprechenden Rechnung belegt. Allerdings entspricht der geltend gemachte Betrag von 2.108,30 Euro den Mehrkosten für ein Neufahrzeug mit automatischem Getriebe gem. Aufpreisliste. Da die Klägerin einen Gebrauchtwagen gekauft hat, ist ein Abzug trotz der verhältnismäßig geringen Laufleistung dieses Gebrauchtfahrzeuges vorzunehmen, den der Senat mit 20 % bemisst.

2.

Für den Einzelzimmerzuschlag in Höhe von 390,00 Euro, den die Klägerin für ihren Aufenthalt im Krankenhaus B. ... bezahlt hat, steht der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zu. Zwar war der Eingriff aufgrund eines Aufklärungsmangels rechtswidrig, wenn auch nicht behandlungsfehlerhaft. Dies allein führt nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 08.02.2008, MDR 2008, 554) nicht zum Entfall des ärztlichen Honoraranspruches und - folgerichtig - auch nicht zum Entfall des Anspruches des Krankenhauses auf Zahlung der Unterbringungskosten. Erforderlich wäre für den Wegfall eines Honoraranspruches, dass die ärztliche Leistung im Ergebnis für den Patienten vollständig nutzlos gewesen ist; anderenfalls stünde der Belastung des Vermögens des Patienten mit dem Honoraranspruch des Arztes der Wert der vom Arzt ausgeführten Behandlung gegenüber, so dass kein Schaden angenommen werden kann. Im vorliegenden Falle ist diese Voraussetzung allerdings erfüllt; da die Klägerin sich bereits wenige Tage nach dem streitgegenständlichen Eingriff im Krankenhaus der F. ... eine vollständig neue Totalendoprothese einsetzen lassen musste, war die im Klinikum B. ... vorgenommene Behandlung im Ergebnis für sie ohne jeden Wert und hat sie außerdem zusätzlich geschädigt. Allerdings müsste auch feststehen, dass sich die Klägerin bei ordnungsgemäßer Aufklärung gegen den Eingriff entschieden hätte (OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1579). Das kann hier nicht festgestellt werden.

Aus diesem Grunde kann die Klägerin auch nicht den von ihrer Kasse nicht erstatteten Teil der Honorarrechnung des Beklagten zu 2) in Höhe von 394,85 Euro zurückfordern. Möglicherweise besteht insoweit ein Rückzahlungsanspruch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn nämlich, wie von der Krankenkasse anscheinend angenommen, die Honorarrechnung um den genannten Betrag überhöht ausgefallen ist. Dazu ist von der Klägerin aber nichts vorgetragen worden.

3. Hinsichtlich des Betrages von 150 Euro, den die Klägerin als Selbstbeteiligung trotz Bestehens einer Rechtsschutzversicherung aufwenden musste, soll die Klage nicht weiter verfolgt werden, wie dem Schriftsatz vom 11.4.2015 zu entnehmen ist.

4. Der Zinsanspruch folgt aus Verzug und beginnt hinsichtlich der einzelnen Beklagten deshalb zu unterschiedlichen Zeitpunkten.

5. Das pauschale Bestreiten der Beklagten mit einem erst im Verhandlungstermin am 27.03.2015 überreichten Schriftsatz wird, soweit es infolge seiner Pauschalität überhaupt zu beachten wäre, nicht mehr berücksichtigt. Die Klägerin war mit Beschluss vom 19.12.2014 darauf hingewiesen worden, dass ihre materiellen Schäden teilweise noch der näheren Darlegung bedürften; hierauf hat die Klägerin innerhalb

der ihr hierfür gesetzten Frist mit Schriftsatz vom 14.01.2015, der umgehend den Beklagten übermittelt worden ist, näher vorgetragen. Auch wenn den Beklagten zur etwaigen Erwidern keine Frist gesetzt war, entsprach ein erst im Verhandlungstermin erfolgtes Bestreiten nicht mehr der Prozessförderungspflicht nach § 282 Abs. 1 ZPO; da insoweit nach Auffassung des Senats grobe Nachlässigkeit vorliegt, wird das Bestreiten der Beklagten nach §§ 296 Abs. 2, 525 ZPO zurückgewiesen.

VI. Der Klägerin steht auch ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten aufgrund eines entsprechenden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruches zu; dieser erstreckt sich insbesondere auf die anwaltliche Geschäftsgebühren gem. Nr. 2300 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG. Gegen den Ansatz einer 2,0 Gebühr bestehen keine Bedenken, erstattungsfähig ist diese Gebühr aber nur insoweit, als die Klage im Ergebnis Erfolg hatte, also in der sich bei Ansatz eines Gegenstandswertes von bis zu 30.000,00 Euro errechnenden Höhe, das sind 1.827,84 Euro aufgrund der bis zum 31.07.2013 geltenden Fassung des § 13 Abs. 1 RVG. Da die Prozessbevollmächtigte der Klägerin, wie mit Schriftsatz vom 14.01.2015 dargelegt, von der Rechtsschutzversicherung der Klägerin bereits 1.880,20 Euro erhalten haben und die Klägerin zur Geltendmachung ermächtigt ist (Schreiben der Rechtsschutzversicherung vom 30.8.2011), besteht in voller Höhe des soeben dargelegten Betrages ein Zahlungsanspruch; auf die mit dem genannten Schriftsatz angekündigte, wohl versehentlich jedoch in der mündlichen Verhandlung unterlassene geänderte Antragstellung kommt es deshalb nicht an.

VII. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 100 Abs. 1, Abs. 4, 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht erfüllt sind.

**29. \*\*Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 30.04.2015 – 12 U 165/13 – \* Arzthaftung: Umfang der Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit einer Operation am rechten Arm; hypothetische Einwilligung des Patienten; Schmerzensgeldanspruch aufgrund verspäteter Schmerzbehandlung**

**Orientierungssatz**

**1. Waren im Rahmen der Behandlung bestehender Schmerzen am rechten Ellenbogen nach durchgeführter Infiltrationstherapie weitere konservative Möglichkeiten einem operativen Eingriff nicht gleichwertig, ist dem Arzt diesbezüglich kein Aufklärungsfehler vorzuwerfen, der nur in Betracht käme, wenn verschiedene gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden mit unterschiedlichen Risiken und Erfolgchancen bestanden hätten.**

**2. Ist seitens des Arztes ein Beweis für die ständige Praxis einer gewissenhaften Aufklärung erbracht, sollte ihm im Zweifelsfall geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8.01.1985, VI ZR 15/83; VersR 1985, 361).**

**3. Der Patient hat in dem Fall, dass der Arzt sich auf dessen hypothetische Einwilligung beruft, glaubhaft zu machen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, wobei die Darlegung des Konflikts plausibel sein muss (vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2005, VI ZR 313/03; VersR 2005, 836).**

**4. Ein schuldhafter Behandlungsfehler kann darin liegen, dass der Arzt dem Patienten keine hinreichende Behandlung mit Schmerzmitteln zukommen lässt.**

**5. Ist lediglich eine unzureichende Versorgung des Patienten mit Schmerzmitteln für neun Tage zu berücksichtigen, kann ein Schmerzensgeld in Höhe von 500,00 € angemessen, aber auch ausreichend sein.**

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BGH, 15.03.2005, Az: VI ZR 313/03

Vergleiche BGH, 8.01.1985, Az: VI ZR 15/83

**Tenor**

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 25.09.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam, Az.: 11 O 76/12, teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 500,00 € nebst Zinsen in Höhe 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.06.2012 sowie außergerichtliche Kosten in Höhe von 96,39 € zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin und die weitergehende Berufung des Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Jede Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Zahlung von Schmerzensgeld, materiellen Schadensersatz und die Feststellung einer Haftung des Beklagten für sämtliche weiteren materiellen und immateriellen Schäden im Zusammenhang mit einer Operation vom 15.01.2009 am Epicondylus radialis des rechten Oberarmknochens nach der Methode von Hohmann/Wilhelm wegen jedenfalls seit 2005 bestehender Schmerzen der Klägerin am rechten Ellenbogen. Die Parteien streiten in erster Linie darüber, ob eine Indikation für die Operation vorgelegen hat und die Klägerin hinreichend über Risiken der Operation und Behandlungsalternativen aufgeklärt wurde sowie über Behandlungsfehler des Beklagten in der Nachbehandlung der Klägerin, wobei der Beklagte bei einem Nachsorgetermin am 09.02.2009 eine leichte Schwellung des Handgelenks feststellte und der Klägerin auch wegen des Verdachts auf einen beginnenden Morbus Sudeck das Medikament Prednisolon verordnete. Diesbezüglich streiten die Parteien darüber, ob der Beklagte darüber hinaus der Klägerin Schmerzmittel hätte verordnen müssen, und inwieweit von der Klägerin dem Beklagten gegenüber Schmerzen angegeben wurden. Die Parteien streiten weiterhin über die Folgen eines etwaigen Behandlungsfehlers sowie über den von der Klägerin geltend gemachten Haushaltsführungs- sowie Erwerbsschaden und die Höhe eines gegebenenfalls zu zahlenden Schmerzensgeldes. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachverhalts wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Mit am 25.09.2013 verkündetem Urteil hat das Landgericht den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 2.100,00 € nebst Zinsen sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 316,17 € zu zahlen und die weitergehende Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Klägerin stehe gegen den Beklagten lediglich ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen einer Verzögerung der Schmerzbehandlung um zwei Wochen im 02.2009 aus §§ 280, 253 BGB in Verbindung mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Behandlungsvertrag sowie aus §§ 823 Abs. 1, 253 BGB zu. Im Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die vom Beklagten am 15.01.2009 vorgenommene Operation fehlerhaft gewesen sei. Die Operation sei indiziert gewesen, nachdem nach den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen die konservativen Therapiemöglichkeiten ausgeschöpft gewesen seien. Es sei auch die zutreffende Operationstechnik verwendet und nach dem Inhalt der Behandlungsunterlagen fehlerfrei ausgeführt worden. Auch eine fehlerhafte bzw. unzureichende Aufklärung sei nicht festzustellen. Die Klägerin habe im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung bestätigt, dass mehrere Aufklärungsgespräche erfolgt seien und mit ihr auch über die Risiken der Operation und die Möglichkeit gesprochen worden sei, dass die Schmerzen auch nach der Operation wiederkommen könnten. Sie habe nicht der Darstellung des Beklagten zum üblichen Ablauf der Operationsaufklärung und Operationsvorbereitung widersprochen. Der gerichtlich bestellte Sachverständige habe die dargestellte Aufklärung als praxis- und standardgerecht sowie völlig ausreichend bewertet. Zudem sei eine hypothetische Einwilligung anzunehmen, da die Klägerin im Rahmen ihrer Anhörung angegeben habe, wegen der anhaltenden Schmerzen trotz der dargestellten Risiken zu der Operation entschlossen gewesen zu sein. Der Beklagte habe aber im Rahmen der Nachbehandlung in der Zeit vom 09. bis 24.02.2009 nicht ausreichend auf die Beschwerden der Beklagten durch eine gezielte Schmerzmedikation reagiert. Es sei davon auszugehen, dass die Wunde am 09.02.2009 - wie die Klägerin glaubhaft und für den Sachverständigen medizinisch nachvollziehbar versichert habe - stark schmerzhaft gewesen sei, dass die Klägerin dies dem Beklagten auch mitgeteilt habe und sich insoweit eine Behandlungsbedürftigkeit entwickelt habe. Dem Beklagten sei daher vorzuwerfen, sich trotz des Hinweises der Klägerin auf ihre stärker werdenden Schmerzen nur auf die Verordnung von Prednisolon beschränkt und weder schmerzstillende Mittel noch Physiotherapie verordnet zu haben. Nach den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen seien die verordneten Medikamente keine hinreichende Schmerzmedikation, auch stelle das Unterlassen der Verordnung von Physiotherapie einen einfachen Behandlungsfehler dar. Der Sachverständige habe allerdings nicht bestätigen können, dass sich bei früherer Behandlung mit Schmerzmitteln und Krankengymnastik das nunmehr behauptete Schadensbild anders entwickelt hätte. Für die um zwei Wochen verspätete Reaktion auf die Schmerzen sei ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.100,00 € angemessen, aber auch ausreichend. Die Klägerin habe dementsprechend einen Anspruch auf Ersatz ihrer außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 316,17 €. Weitergehende Ansprüche stünden ihr nicht zu. Wegen der weitergehenden Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 02.10.2013 zugestellte Urteil mit am 24.10.2013 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel mit am 28.11.2013 eingegangenen Schriftsatz begründet. Der Beklagte hat gegen das ihm am 01.10.2013 zugestellte Urteil mit am 30.10.2013 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz ebenfalls Berufung eingelegt und das Rechtsmittel nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 02.01.2014 mit am 30.12.2013 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Klägerin vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ist weiterhin der Ansicht, die Operation am 15.01.2009 sei nicht indiziert gewesen, da die konservativen Behandlungsmöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt noch nicht erschöpft gewesen seien. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Verordnung von

manueller Therapie und Fangopackungen im Jahre 2005 wegen eines HWS-Syndroms erfolgt seien und nicht die Epicondylitis betrafen. Die Feststellungen des Landgerichts, die konservativen Behandlungsmöglichkeiten seien ausgeschöpft gewesen, stünden insoweit in Widerspruch zu den festgestellten Tatsachen. Zudem sei auch nach den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen die Therapie durch Injektionen mit Kortison das erste Mittel der Wahl gewesen, so dass nach Ausschöpfen dieses Mittels allenfalls eine relative Indikation zur Operation vorgelegen habe, da die weiteren konservativen Behandlungsmöglichkeiten als zweite Mittel der Wahl gleichwertig zur Operationsmöglichkeit gestanden hätten. Auch eine hinreichende Aufklärung durch den Beklagten sei nicht erfolgt. Der Beklagte habe sich nicht konkret an das Aufklärungsgespräch erinnern können. Er habe sein übliches Vorgehen dargestellt, ohne hierbei konkret zu werden. In Anbetracht der erheblichen Schwere der möglichen Komplikationen sei er jedoch verpflichtet gewesen, konkret auf deren einzelne Risikowahrscheinlichkeit und auf mögliche Auswirkungen hinzuweisen. Zudem habe er nur unvollständig aufgeklärt. So seien etwaige Auswirkungen auf die Gebrauchsfähigkeit des Armes wegen einer Beeinträchtigung der Hand ganz offensichtlich überhaupt nicht angesprochen worden. Der Beklagte habe sie über die Möglichkeit des Entstehens eines Morbus Sudeck aufklären und ihr hierzu erläutern müssen, dass neben den anderen Gefahren auch erhebliche Funktionsstörungen des Armes und der Hand mögliche Folgen seien. Sie habe der Operation in der Fehlvorstellung zugestimmt, entweder eine Besserung der Schmerzen realisieren zu können oder - bei einem Fehlschlag der Operation - die ihr bekannten Schmerzen und Beeinträchtigungen weiter erleiden zu müssen. Keinesfalls habe sie jedoch darüber hinausgehend die Gefahr in Betracht ziehen können, folgenschwere Komplikationen an der Hand zu erleiden, die ihr das Greifen, Tragen, Heben und auch jegliche andere Beanspruchung der rechten Gebrauchshand nahezu unmöglich machen und die erhebliche weitere Schmerzen verursachen würden. Insoweit sei auch eine hypothetische Einwilligung nicht gegeben. Ihr Entschluss zur Operation habe in der Aufklärung durch den Beklagten gefußt. Wäre ihr das volle Risiko der Operation bekannt gewesen, insbesondere die Gefahr der Funktionsstörung in ihrer Hand, hätte sie in die Operation keinesfalls eingewilligt. Hilfsweise macht die Klägerin geltend, dass auch über alternative konservative Behandlungsmethoden hätte aufgeklärt werden müssen. Auch insoweit sei die Aufklärung unzureichend erfolgt. Die Berufung des Beklagten sei hingegen unbegründet. Sie habe dem Kläger gegenüber Schmerzen geäußert. Dieser habe die Schmerzen lediglich nicht dokumentiert.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

unter Abänderung des am 25.09.2013 verkündeten Urteils der 11. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam, Az.: 11 O 76/12,

1.

den Beklagten zu verurteilen, an sie ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes weiteres Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 22.900,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.01.2009 sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.654,33 € zu zahlen,

2.

den Beklagten zu verurteilen, an sie 43.941,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen sowie

3.

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche entstehenden materiellen und immateriellen Schäden aufgrund der sorgfaltswidrigen ärztlichen Behandlung im Zusammenhang mit der Operation vom 15.01.2009 zu ersetzen, soweit die Forderungen nicht auf Dritte übergegangen sind oder übergehen, und die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Der Beklagte wendet sich gegen die Annahme eines Behandlungsfehlers für die verzögerte Schmerzbehandlung der Klägerin um einen Zeitraum von zwei Wochen. Er trägt vor, er habe bestritten, dass die Klägerin ihm gegenüber Schmerzen angegeben habe. Nicht hinreichend sei insoweit, dass der Sachverständige es für nachvollziehbar halte, dass die Klägerin nach der Operation im Bereich der Hand unter Schmerzen gelitten habe. Tatsächlich habe die Klägerin bei jeder Konsultation in erster Linie eine weitere Fortführung der Krankschreibung begehrt. Eine weitere Verlängerung der Krankschreibung sei am 24.02.2009 schließlich von ihm abgelehnt worden. Hätte die Klägerin in dieser Zeit Schmerzen geäußert, so hätte er dies sowohl dokumentiert als auch die Arbeitsunfähigkeit verlängert. Den Patienten werde zudem immer gesagt, dass sie sich jederzeit auch außerhalb der vereinbarten Termine vorstellen könnten, falls Besonderheiten bei der Behandlung oder gar Schmerzen auftreten würden. Operierte Patienten erhielten regelmäßig eine Handynummer des sogenannten Notfalltelefons der Praxis. Nicht nachvollziehbar sei es auch, dass die Klägerin die Behandlung abgebrochen und erst zwei Wochen später einen anderen Arzt bzw. das Krankenhaus aufgesucht habe, wenn sie unter starken Schmerzen gelitten hätte. Zudem sei das verordnete Medikament Prednisolon ein stark entzündungshemmendes Medikament, das aufgrund seiner guten Wirksamkeit bei Behandlungen von Entzündungen auch eine entsprechend starke

schmerzlindernde Wirkung habe. Zu Unrecht sei es als Behandlungsfehler gewertet worden, dass keine Physiotherapie verordnet worden sei. Eine solche Behandlung sei in diesem Stadium des Morbus Sudeck kontraindiziert gewesen. Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Klägerin im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung angegeben habe, sich selbst Schmerztabletten besorgt zu haben, die sie eingenommen habe. Auch habe der gerichtlich bestellte Sachverständige ausgeführt, dass ein Schmerzmittel zusätzlich erst nach Ablauf einer Woche nach dem 09.02.2009 hätte verordnet werden müssen, wenn bis dahin eine Besserung nicht eingetreten wäre. Auch der Höhe nach sei das zugesprochene Schmerzensgeld übersetzt.

Im Übrigen nimmt der Beklagte auf seinen erstinstanzlichen Vortrag nebst Beweisangeboten Bezug. Zutreffend habe das Landgericht eine Indikation der Operation nach Ausschöpfen der konservativen Therapiemöglichkeiten sowie eine hinreichende Aufklärung angenommen. Insoweit macht sich der Beklagte die Entscheidungsgründe des Urteils zu Eigen. Die Klägerin habe ihren Vortrag zur Aufklärung abgeändert. Nachdem sie schriftsätzlich eine Aufklärung in Abrede gestellt habe, habe sie im Rahmen ihrer Anhörung eingeräumt, dass es entsprechende Gespräche gegeben habe. Ferner sei zu bestreiten, dass es eine erhebliche Funktionsstörung des Armes gegeben habe bzw. noch gebe. Auch sonst werde der Vortrag der Klägerin bestritten. Etwaige fehlerhafte Vorstellungen der Klägerin im Hinblick auf eine mögliche Beeinträchtigung durch die Operation seien nicht durch Informationen seinerseits verursacht worden. Zudem sei der Vortrag der Klägerin neu und verspätet, sie hätte keinesfalls in die Operation eingewilligt, wäre ihr das volle Risiko der Operation bekannt gewesen, insbesondere die Gefahr von Funktionsstörungen in ihrer Hand. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die von der Klägerin behaupteten Beschwerden nicht Folge der Operation, sondern Folge der Erkrankung infolge des Überlastungssyndroms im Ellenbogen seien. Aufrechterhalten werde der Einwand der hypothetischen Einwilligung.

II.

1.

Die Berufungen sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO. Die Berufungsbegründungen genügen den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO. Die Klägerin stützt ihr Rechtsmittel unter anderem darauf, das Landgericht habe zu Unrecht eine Indikation der Operation angenommen, obwohl nach den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen weitere konservative Behandlungsmöglichkeiten gleichwertig neben der Möglichkeit der Operation bestanden hätten. Der Beklagte stützt sein Rechtsmittel darauf, das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Angabe von Schmerzen durch die Klägerin bei den Behandlungsterminen im 02.2009 streitig gewesen und von der Klägerin nicht bewiesen worden sei. Schon deshalb sei ihm ein Behandlungsfehler im Hinblick auf die Nichtverordnung von Schmerzmitteln nicht vorzuwerfen. Beide Parteien zeigen damit Rechtsfehler auf, auf denen das Urteil beruhen kann, §§ 513, 546 ZPO.

2.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel der Klägerin erfolglos. Die Berufung des Beklagten hat lediglich teilweise Erfolg.

a)

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 500,00 € wegen der fehlerhaften Behandlung ihrer Schmerzen in der Zeit nach dem 09.02.2009 durch den Beklagten aus §§ 280 Abs. 1, 253 BGB in Verbindung mit dem Behandlungsvertrag betreffend die Operation am Epicondylus radialis des rechten Oberarmknochens am 15.01.2009 bzw. aus §§ 823 Abs. 1, Abs. 2, 253 BGB, § 229 StGB. Hingegen rechtfertigen die genannten Anspruchsgrundlagen eine Schadensersatzforderung wegen der Durchführung der Operation bzw. der Aufklärung der Klägerin in Zusammenhang mit der Operation nicht.

aa)

Dem Beklagten ist hinsichtlich der Durchführung der Operation vom 15.01.2009 am Epicondylus radialis des rechten Oberarmknochens der Klägerin nach der Methode von Hohmann/Wilhelm weder ein Behandlungsfehler noch ein Aufklärungsfehler anzulasten.

Grundsätzlich liegt ein Behandlungsfehler dann vor, wenn die gewählte Therapie bereits nicht indiziert ist (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Teil B, Rn. 34). Im Übrigen ist es im Regelfall Sache des Arztes, die Behandlungsmethode auszuwählen; bei mehreren medizinisch gleichermaßen indizierten und üblichen Behandlungsmethoden, die unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen haben, also beim Bestehen einer echten Wahlmöglichkeit für den Patienten, muss es allerdings dem Patienten nach entsprechender vollständiger ärztlicher Belehrung überlassen bleiben, zu bestimmen, auf welchem Weg die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will, anderenfalls ist insoweit ein Aufklärungsfehler anzunehmen (BGH VersR 1988, S. 190; Geiß/Greiner, a. a. O., Teil C, Rn. 21).

Vorliegend folgt der Senat der Beweiswürdigung des Landgerichts, das im Anschluss an die überzeugenden Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen Privatdozent Dr. med. Sc... eine Operation der Epicondylitis als indiziert angesehen und insoweit einen Behandlungsfehler verneint hat. Der Sachverständige hat sowohl in seinem schriftlichen Gutachten vom 06.01.2013 als auch im Rahmen seiner Anhörung durch das Landgericht ausgeführt, dass das Mittel der ersten Wahl zur Behandlung einer

Epicondylitis die lokale Injektion mit Kortison begleitet von der Gabe von Schmerzmitteln ist. Diese Behandlung hat bei der Klägerin nicht zu einem längerfristigen Erfolg geführt. So hat es im 11. und 12. 2008 an sieben Behandlungsterminen Infiltrationen gegeben, ohne dass es zu einer dauerhaften Besserung der Schmerzen der Klägerin gekommen ist. Der Sachverständige hat vor dem Hintergrund dieser wiederholten und ohne dauerhaften Erfolg gebliebenen Infiltrationstherapien sowohl im Jahre 2005 als auch im Jahre 2008 den vom Beklagten durchgeführten operativen Eingriff für indiziert gehalten. Der Senat folgt den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen. Der Sachverständige hat sich ausdrücklich mit der Möglichkeit der Nutzung weiterer konservativer Behandlungsmethoden auseinandergesetzt und diese als Mittel zweiter Wahl angesehen. Dies hat der Sachverständige nachvollziehbar damit begründet, dass der Erfolg dieser Methoden medizinisch teilweise nicht nachweisbar sei. Zwar hat der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten auch die Operation als Therapie der zweiten Linie und insofern die Infiltrationstherapie als vorrangig bezeichnet, gleichwohl folgt aus diesen Ausführungen nicht, dass die weiteren konservativen Behandlungsmethoden dem operativen Eingriff gleichwertig sind. Vielmehr hat der Sachverständige sowohl in seinem schriftlichen Gutachten als auch im Rahmen von dessen Erläuterung die Vorrangstellung der Operation als Mittel der Wahl herausgestrichen. Dabei ist dem Sachverständigen auch vorgehalten worden, aus den Behandlungsunterlagen ergäbe sich nicht eindeutig, dass die Verordnungen von manueller Therapie und Fango im Jahre 2005 den Ellenbogen der Klägerin betrafen und nicht die gleichzeitig festgestellten und behandelten Beeinträchtigungen der HWS. Auf diesen Vorhalt hat der Sachverständige sich dahingehend festgelegt, dass sich hierdurch an seiner Feststellung nichts ändere. Bei der Klägerin sei nach dem Fehlschlagen der Infiltrationstherapie eine Operation indiziert gewesen und nicht eine weitere konservative Behandlung. Dass die entsprechenden Feststellungen des Sachverständigen unrichtig sind, zeigt die Klägerin nicht auf. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beeinträchtigungen der Klägerin nicht von nur untergeordneter Bedeutung gewesen sind, so dass schon deshalb der Einsatz schonender aber auch weit weniger wirksamer Behandlungsmethoden wie Physiotherapie oder Fangopackungen nicht geboten erscheint. Wie ausgeführt hat es im 11. und 12. 2008 an sieben Behandlungsterminen Infiltrationen gegeben, ohne dass eine dauerhafte Besserung der Schmerzen der Klägerin aufgetreten ist. Zugleich hat die Klägerin die Schmerzen im Rahmen ihrer Anhörung durch das Landgericht als so gravierend beschrieben, dass sie entschlossen gewesen sei, sich operieren zu lassen. Hinsichtlich anderer konservativer Methoden wie der Stoßwellentherapie oder der pulsierenden Signaltherapie weist der Sachverständige darüber hinaus darauf hin, dass hinreichende Wirksamkeitsnachweise dieser Therapien nicht gegeben sind und diese deshalb auch von den Krankenkassen nicht übernommen werden. Waren weitere konservative Möglichkeiten einem operativen Eingriff jedoch nicht gleichwertig, ist dem Beklagten zugleich auch eine fehlerhafte Aufklärung unter diesem Gesichtspunkt nicht vorzuwerfen. Ein Aufklärungsfehler käme vielmehr nur dann in Betracht, wenn verschiedene gleichermäßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden mit unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bestanden hätten.

Dem Beklagten ist ein Aufklärungsfehler auch nicht deshalb vorzuwerfen, weil die Risikoaufklärung hinsichtlich des Eingriffs nicht ausreichend gewesen ist. Ist über einen medizinischen Eingriff nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden, ist eine Einwilligung des Patienten in die Behandlung nicht wirksam, zugleich stellt der Eingriff eine Verletzung des Behandlungsvertrages und eine rechtswidrige Körperverletzung dar (BGH VersR 1990, S. 1010; VersR 1989, S. 251; Geiß/Greiner, a. a. O., Teil C, Rn. 1 f). Der Patient ist vor Durchführung eines Eingriffs über die mit diesem verbundenen Risiken aufzuklären, um unter Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit wirksam in den Eingriff einwilligen zu können. Die Aufklärung hat den Patienten einen zutreffenden allgemeinen Eindruck von der Schwere des Eingriffs und der Art der Belastung zu vermitteln, die sich für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung aus dem Eingriff ergeben können (Brandenburgisches OLG - 1. Zivilsenat-, VersR 2000, S. 1283; Geiß/Greiner, a. a. O., Teil C, Rn. 5). Im Rahmen der Aufklärung ist auch das Risiko zu erörtern, inwieweit trotz fehlerfreier medizinischer Behandlung Schadensrisiken bestehen, seien es mögliche Komplikationen während des Eingriffs oder sonstige schädliche Nebenfolgen (BGH VersR 2005, S. 1238; Geiß/Greiner, a. a. O., Rn. 41; vgl. auch BGH VersR 1982, S. 147; OLG Oldenburg VersR 1986, S. 69). Nicht erforderlich ist die exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken, es genügt eine Aufklärung „im Großen und Ganzen“ über Chancen und Risiken der Behandlung (BGH VersR 2006, S. 838; Brandenburgisches OLG - 1. Zivilsenat - a. a. O.). Für die ärztliche Hinweispflicht auf ein bestimmtes Risiko ist dabei nicht der statistische Grad der Risikodichte entscheidend; maßgebend ist vielmehr, ob das Risiko sich im Fall der Verwirklichung für die Lebensführung des Patienten als schwer belastend darstellt und trotz seiner Seltenheit für den Eingriff spezifisch und für den Laien überraschend ist (BGH VersR 2000, S. 725; BGH MDR 2005, S. 159; VersR 2006, a. a. O.; VersR 2007, S. 66; OLG Stuttgart VersR 1999, S. 1500; Brandenburgisches OLG - 1. Zivilsenat -, a. a. O.). **Darlegungs- und beweispflichtig für eine richtige und vollständige Aufklärung ist der behandelnde Arzt (BGH VersR 1992, S. 960 und 747).** Dabei sind an den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Patienten keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen zu stellen, zumal das vertrauensvolle Gespräch zur Aufklärung zwischen Arzt und Patienten möglichst von bürokratischem Formalismus frei bleiben soll; ist daher ein Beweis für die ständige Praxis

einer gewissenhaften Aufklärung erbracht, sollte dem Arzt im Zweifelsfall geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist (BGH VersR 1985, S. 361; Geiß/Greiner, a. a. O., Rn. 134).

Vorliegend ist zur Überzeugung des Senats eine hinreichende Aufklärung der Klägerin über die Risiken des operativen Eingriffs erfolgt. Zwar konnte sich der Beklagte an das Gespräch mit der Klägerin nicht mehr konkret erinnern, der Senat ist indes davon überzeugt, dass der Beklagte entsprechend der von ihm geschilderten üblichen Vorgehensweise die Klägerin über die Risiken einer Verschlechterung der Nutzbarkeit des Armes und der Zunahme der Schmerzen durch die Operation informiert hat. Der Beklagte hat geschildert, er teile den Patienten mit, dass man nicht immer von einem hundertprozentigen Erfolg des operativen Eingriffs ausgehen könne und er weise auf zusätzliche Komplikationen hin, z. B. dass das Ellenbogengelenk nach der Operation unter Umständen nicht mehr voll gestreckt werden oder, dass es zu weiteren Komplikationen bis hin zur Versteifung der Hand kommen könne. Er werde zwar nicht allzu konkret, weise jedoch den Patienten auf die Möglichkeit hin, dass nach dem Eingriff keine vollständige Besserung oder Beschwerdefreiheit erreicht werde und sich möglicherweise Rezidive bildeten. Damit wird den Patienten hinreichend verdeutlicht, dass durch die Operation eine Schmerzfreiheit nicht garantiert werden kann und dass Komplikationen auftreten können, die auch zu einer Verschlechterung der Situation führen können. Wie oben ausgeführt ist es hingegen nicht erforderlich, dass das Risiko eines Morbus Sudeck oder einer anderen Komplikation in Prozentzahlen angegeben wird. Auch ist vom Arzt nicht zu verlangen, dass er den Begriff der Sudeck-Erkrankung gegenüber dem Patienten verwendet, zumal es sich nicht um eine geläufige Erkrankung handelt, bei der die Nennung des Namens bereits dem Patienten eine geeignete Vorstellung von der Bedeutung der Komplikation vermitteln würde. Insoweit war vielmehr der Hinweis im Aufklärungsgespräch hinreichend, dass sich die Schmerzen durch eine Operation noch verstärken könnten (vgl. auch BGH VersR 1994, S. 1235). Ebenso war die vom Beklagten geschilderte Darstellung hinreichend, weil durch die aufgezeigten Komplikationsmöglichkeiten – insbesondere der Verweis auf das Risiko der Versteifung der Hand - dem Patienten vermittelt wird, dass es zu einer Verschlechterung der Situation kommen kann, was sich auch auf die Schmerzentwicklung bezieht.

Der Senat ist auch davon überzeugt, dass die Aufklärung der Klägerin der üblichen Aufklärungspraxis des Beklagten entsprochen hat. So ergibt sich aus der von der Klägerin unterzeichneten schriftlichen Operationseinwilligung, dass über Komplikationsmöglichkeiten aufgeklärt worden ist, wobei die Gefahr einer Thrombose, Embolie sowie einer Gefäß- bzw. Nervenverletzung ausdrücklich benannt werden. Es ist bei dem lediglich drei Sätze umfassenden Schriftstück auch nicht anzunehmen, dass dieses von der Klägerin insoweit inhaltlich nicht zur Kenntnis genommen worden ist.

**Auch die Klägerin behauptet nicht, es sei keinerlei Aufklärung erfolgt. Vielmehr ist zwischen den Parteien unstreitig, dass es ein Aufklärungsgespräch gegeben hat.**

Die Klägerin hat eingeräumt, es habe einige Tage vor der Operation einen Termin gegeben, der jedenfalls die Narkose zum Gegenstand hatte. Sie hat weiter angegeben, ihrer Erinnerung nach sei damals auch über Risiken gesprochen worden und sie sei ihrer Meinung nach darauf hingewiesen worden, es bestehe die Möglichkeit, dass auch nach der Operation die Schmerzen wiederkommen könnten. Eine genauere Erinnerung an das Aufklärungsgespräch hatte die Klägerin allerdings nicht. Gleichwohl kann vor dem Hintergrund des eingeräumten Gesprächs über Operationsrisiken und die in der Operation aufgeführten möglichen Folgen der Vortrag der Klägerin nicht nachvollzogen werden, sie habe der Operation in der Fehlvorstellung zugestimmt, entweder werde eine Besserung der Schmerzen eintreten oder - bei einem Fehlschlag der Operation - werde sie weiter an den zuvor bestehenden Schmerzen und Beeinträchtigungen leiden, zu einer Verschlechterung werde es jedoch nicht kommen. Eine entsprechende Fehlvorstellung der Klägerin lässt sich nach den vorstehenden Feststellungen jedenfalls nicht auf eine unzureichende Aufklärung durch den Beklagten zurückführen. Ohne Auswirkung bleibt der – zutreffende – Hinweis der Klägerin, dass es sich bei der Problematik der ordnungsgemäßen Aufklärung um eine Rechtsfrage handelt. Hieraus folgt jedoch nicht, dass das Landgericht gehindert war, den gerichtlich bestellten Sachverständigen zu befragen, ob aus medizinischer Sicht eine entsprechende Aufklärung erforderlich war und das Ergebnis der Beweiserhebung in die anschließende rechtliche Bewertung der Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung im vorliegenden Fall einfließen zu lassen.

Der Senat folgt zudem der Auffassung des Landgerichts, dass der operative Eingriff vom 15.01.2009 aufgrund einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin gerechtfertigt gewesen wäre. Berufte sich der Arzt - wie vorliegend der Beklagte - auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung, hat der Patient glaubhaft zu machen, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden, wobei die Darlegung des Konfliktes plausibel, also nachvollziehbar sein muss, hingegen kommt es nicht darauf an, wie sich der Patient entschieden haben würde (BGH VersR 2005, S. 836; Brandenburgisches OLG - 1. Zivilsenat -, VersR 2000, S. 1283; Geiß/Greiner, a. a. O., Teil C, Rn. 138 ff). An die Darlegungspflicht des Patienten sind dabei allzu hohen Anforderungen zu stellen, es genügt, wenn er einsichtig macht, dass ihn die ordnungsgemäße Aufklärung über das Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er diesem zustimmen sollte (BGH NJW 1998, S. 2734;

Brandenburgisches OLG – 1. Zivilsenat -, a. a. O.). Maßgeblich ist dabei, in welcher persönlichen Entscheidungssituation der Patient bei ordnungsgemäßer und vollständiger Aufklärung gestanden hätte und ob ihn die Aufklärung ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er seine Einwilligung erteilen solle oder nicht (OLG Oldenburg VersR 2006, S. 517; vgl. auch OLG Koblenz GesR 2005, S. 15). Dabei sind bei einem nicht zwingend erforderlichen Eingriff besonders strenge Anforderungen zu stellen (OLG Koblenz VersR 2003, S. 1313). Keinesfalls darf der Tatrichter seine eigene Beurteilung des Konflikts an die Stelle derjenigen des Patienten setzen (BGH VersR 2005, S. 694). Kann der Patient schließlich seinen Entscheidungskonflikt plausibel machen, ist es Sache des Arztes, zu beweisen, dass gleichwohl eine Einwilligung zu der vorgenommenen Behandlung erteilt worden wäre (BGH VersR 2005, a. a. O.).

Vorliegend hat die Klägerin bereits nicht dargelegt, dass sie bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt betreffend die Durchführung der Operation geraten wäre. Sie hat lediglich schriftsätzlich ausgeführt, sie sei nicht hinreichend aufgeklärt worden und habe sich deshalb zur Operation entschieden. Hätte sie das volle Risiko der Operation gekannt, insbesondere die Gefahr der Funktionsstörung in ihrer Hand, hätte sie in die Operation keinesfalls eingewilligt. Zugleich hat die Klägerin im Rahmen ihrer Anhörung angegeben, sie sei im damaligen Zeitpunkt entschlossen gewesen, sich operieren zu lassen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin über das Risiko des Eintritts bestimmter Komplikationen auch nach ihrer Einlassung im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht unterrichtet war. Schon von daher ist dem Senat nicht nachvollziehbar, dass die Klägerin bei einer weitgehenden Umschreibung der möglicherweise auftretenden Komplikationen trotz der angegebenen Schmerzen und dem hieraus resultierenden Willen zur Operation in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre.

bb)

**Ein schuldhafter Behandlungsfehler ist dem Beklagten jedoch deshalb vorzuwerfen, weil er der Klägerin im Zeitraum vom 09. bis 24.02.2009 keine hinreichende Behandlung mit Schmerzmitteln zukommen ließ.**

**Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Klägerin in dem genannten Zeitraum unter Schmerzen gelitten und dies dem Beklagten auch gegenüber geäußert hat.** So ergibt sich aus den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen, dass die Wunde der Klägerin und der beginnende Morbus Sudeck / das beginnende Schmerzsyndrom starke Schmerzen nach sich ziehen können, die behandlungsbedürftig sind. Weiterhin hat die Klägerin im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung durch das Landgericht glaubhaft geschildert, sie habe bereits nach dem operativen Eingriff am 15.01.2009 und dann auch in der Folge nach Abnahme des Gipses Schmerzen gehabt, sie habe sich zeitweise deshalb sogar selbst Schmerzmittel besorgt und diese eingenommen. Für die Richtigkeit der Angaben der Klägerin sprechen die Aufzeichnungen der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. A. Se..., bei der sich die Klägerin im Jahre 2009 ebenfalls in Behandlung befand. So ist in den Behandlungsunterlagen der Dr. med. Se... vom 13.02.2009 vermerkt, dass die Klägerin ihr gegenüber an diesem Tag starke Schmerzen an der Hand angegeben hat und darüber geklagt habe, der Beklagte gehe hierauf nicht ein. Auch hinsichtlich des Folgetermins bei Frau Dr. med. A. Se... am 19.02.2009 ist festgehalten, dass die Klägerin unter großen Schmerzen leide und sie Schmerzen in der Hand auch gegenüber dem Beklagten geäußert habe. Im Termin vom 25.02.2009 hat die Klägerin gegenüber Frau Dr. Se..., wie in den Behandlungsunterlagen vermerkt, wiederum geäußert, sie habe Schmerzen in der Hand. Hierauf soll der Beklagte geäußert haben, die Klägerin solle sich nicht so auf die Hand fixieren. Dies weist darauf hin, dass es um Schmerzen und Probleme bei der Hand der Klägerin auch bei den letzten Untersuchungsterminen der Klägerin beim Beklagten am 09., 16. und 24.02.2009 gegangen ist. Der Senat verkennt nicht, dass die Behandlungsunterlagen der Dr. med. A. Se... lediglich die Schilderung der Klägerin vom Ablauf der Termine beim Beklagten wiedergeben, gleichwohl sind sie als zeitnahe Schilderung der Sicht der Klägerin von nicht unerheblicher indizieller Bedeutung, zumal keine Anhaltspunkte für ein Interesse der Klägerin bestehen, im damaligen Zeitpunkt die Gespräche mit dem Beklagten unrichtig zu schildern.

Für die Richtigkeit der Angaben der Klägerin spricht auch deren weiteres Verhalten nach der Beendigung der Behandlung beim Beklagten. Anders als der Beklagte dargestellt hat, hat sich die Klägerin bereits am 02.03.2009 in die Behandlung bei Dr. med. L... begeben, also wenige Werktage nach der letzten Behandlung bei dem Beklagten. Auch hat Dr. med. L... Schmerzen der Klägerin festgestellt und dokumentiert (dolenter Handrücken). Weiterhin hat die Klägerin sich am 10.03.2009 in die Behandlung im Klinikum ... begeben und auch dort Schmerzen im Handgelenk und schmerzhafte Fingergelenke angegeben. Auch dies spricht für die Richtigkeit der Darstellung der Klägerin, sie habe über den gesamten Zeitraum unter Schmerzen gelitten, wobei es dem Senat unwahrscheinlich erscheint, dass sie diesen Zustand dann nicht auch gegenüber dem Beklagten geäußert haben sollte. Gegen die Richtigkeit der Darstellung der Klägerin sprechen auch nicht die Behandlungsunterlagen des Beklagten. Zwar sind in diesen Unterlagen Schmerzen der Klägerin nicht festgehalten. Andererseits ist dort auch nicht der Befund „reizlos“ dokumentiert, der sich in den ersten Behandlungsterminen nach der Operation findet. Zudem enthalten auch die Aufzeichnungen des Beklagten über die Untersuchungstermine von 11. und 12.2008/2009 keine Dokumentation

von Schmerzen der Klägerin. Dort sind lediglich Beschwerden der Klägerin festgehalten, obwohl zwischen den Parteien unstreitig ist, dass die Ellenbogen der Klägerin schmerzten.

Die Ausführungen des Beklagten in der Berufungsinstanz, die Klägerin habe keine Schmerzen beschrieben bzw. dies sei dem Beklagten nicht erinnerlich, sind hingegen bereits widersprüchlich. Der Beklagte führt nunmehr Einzelheiten der Untersuchung der Klägerin an. Diese habe ihm gegenüber keine Schmerzen angegeben; es sei der Klägerin vielmehr allein darum gegangen, weiter krankgeschrieben zu werden. Im Rahmen seiner Anhörung in erster Instanz hat der Beklagte einen solchen Ablauf hingegen nicht geschildert. Vielmehr ergibt sich aus seinen Angaben, dass er - im Hinblick auf die Vielzahl der von einem Arzt üblicherweise behandelten Patienten verständlich - an die Behandlung der Klägerin eine konkrete Erinnerung nicht hat, denn vor dem Landgericht hat sich der Beklagte lediglich allgemein zu seinem Vorgehen bei der Angabe von Schmerzen seitens eines Patienten geäußert. Auch im Rahmen des Termins zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Beklagte keine Tatsachen vorgebracht, die eine andere Bewertung rechtfertigen würden und insbesondere nicht mit der Möglichkeit zu erklären sind, der Beklagte habe eine Behandlung der Klägerin mit weiteren Schmerzmitteln schon im Hinblick auf die Wirkungen des von ihm verschriebenen Medikaments Prednisolon nicht für erforderlich gehalten. Nach allem hat die Klägerin den Nachweis geführt, dass sie unter Schmerzen des geschwollenen Bereichs des Armes litt und dies auch dem Beklagten gegenüber angegeben hat.

Ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen ist dem Beklagten allerdings erst für die Zeit ab dem 16.02.2009 vorzuwerfen. Nicht zu beanstanden ist, dass der Beklagte der Klägerin nicht bereits am 09.02.2009 ein weiteres Schmerzmittel verordnet hat. Insoweit hat der gerichtlich bestellte Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass unter den vorliegenden Umständen zunächst zu prüfen war, ob die Behandlung mit Kortison ausreichend war, wozu die Klägerin in kurzen Zeitabständen einzubestellen war, um das entsprechende Behandlungsergebnis zu klären. Entgegen den Feststellungen des Landgerichts hat der Sachverständige mithin nicht festgestellt, dass das Fehlen des Verschreibens eines Schmerzmittels am 09.02.2009 bereits behandlungsfehlerhaft gewesen ist. Vielmehr ist dem Beklagten erst vorzuwerfen, die Klägerin auch am 16.02.2009 nicht mit einem Schmerzmittel versorgt zu haben, als diese wiederum beim Beklagten erschien und über Schmerzen klagte. Insoweit kann auch dahinstehen, ob Prednisolon wegen seiner entzündungsbekämpfenden Wirkung letztlich auch schmerzlindernd wirkt. Denn nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen, denen der Senat folgt, ist es dem Beklagten nicht vorzuwerfen, zunächst nur dieses Medikament verwendet zu haben. Ein Behandlungsfehler liegt erst darin, dass der Beklagte trotz der fortbestehenden Schmerzen der Klägerin und der damit zum Ausdruck kommenden unzureichenden Wirkung des Prednisolon kein zusätzliches Schmerzmittel verschrieben zu hat. Dahinstehen kann, ob in dem fehlenden Verschreiben von Physiotherapie in der Zeit nach dem 09.02.2009 ebenfalls ein Behandlungsfehler zu sehen ist, wie es das Landgericht im Anschluss an die Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen angenommen hat. Auch nach den Feststellungen des Sachverständigen ergeben sich weder für die Fortentwicklung des Morbus Sudeck / des Schmerzsyndroms noch für die Schmerzen im Behandlungszeitraum Auswirkungen.

Das der Klägerin zuzurechnende Schmerzensgeld war mit 500,00 € zu bemessen. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist in erster Linie dessen Ausgleichsfunktion zu beachten. Insoweit kommt es auf die Höhe und das Maß der Lebensbeeinträchtigung an. Maßgeblich sind Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden, Entstellungen und psychischen Beeinträchtigungen, wobei Leiden und Schmerzen wiederum durch die Art der Primärverletzung, die Zahl und Schwere der Operationen, die Dauer der stationären und der ambulanten Heilbehandlungen, den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit und die Höhe des Dauerschadens bestimmt werden (BGH VersR 1955, S. 615; Küppersbusch/Höher, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 11. Aufl., Rn. 274 ff). Dabei muss die Entschädigung zu Art und Dauer der erlittenen Schäden in eine angemessene Beziehung gesetzt werden (BGH VersR 1976, S. 968; OLG Hamm MDR 2003, S. 1249). Im Rahmen der Genugtuungsfunktion ist insbesondere die Schwere des Verschuldens des Schädigers in Ansatz zu bringen (BGH NJW 1955, S. 1675; NJW 1982, S. 985; VersR 1982, S. 1410). Vorliegend ist lediglich eine unzureichende Versorgung der Klägerin mit Schmerzmitteln im Zeitraum vom 16. bis 24.02.2009, also für neun Tage, zu berücksichtigen. Insoweit kann sich der Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Klägerin sich anderweitig Schmerzmittel besorgt hat. Die entsprechenden Angaben der Klägerin betreffen den Zeitraum vor Entfernung des Gipses. Im Ergebnis erscheint dem Senat hierfür ein Schmerzensgeld von 500,00 € angemessen, aber auch ausreichend (vgl. auch die Entscheidung des Senats vom 24.03.2011, Az.: 12 U 75/08; veröffentlicht in juris: Schmerzensgeld von 200,00 € im Fall einer verzögerten Kopfoperation um zweieinhalb Tage bei - sehr starken - postspinalen Kopfschmerzen).

b)

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Einen weitergehenden Zinsanspruch – etwa aufgrund eines vorgerichtlich eingetretenen Verzugs des Beklagten – hat die Klägerin nicht dargelegt.

c)

Weiterhin besteht ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der ihr vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten ausgehend von einer berechtigten Forderung von 500,00 € sowie dem vom Landgericht berücksichtigten Gebührensatz von 1,5 Gebühren und unter Einbeziehung der Auslagenpauschale und der Mehrwertsteuer in Höhe von 96,39 €.

d)

Ohne Erfolg bleibt schließlich der Feststellungsantrag der Klägerin. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist nach den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht mit weiteren Schadensfolgen allein durch die verspätete Schmerzbehandlung zu rechnen. Hiergegen hat die Klägerin in der Berufungsinstanz Einwendungen auch nicht vorgetragen.

3.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 91 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2 ZPO.

Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 110.470,92 € festgesetzt, §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 GKG, §§ 3, 9 ZPO [Berufung Klägerin: 108.370,92 € (Schmerzensgeldforderung: 22.900,00 €; Zahlungsantrag: 43.941,80 €; Feststellungsantrag: 41.529,12 € - Kosten zukünftiger Behandlungsmaßnahmen und Medikamente sowie Hilfsmittel: 3.000,00 €; weiterer Haushaltsführungsschaden: 8.648,64 € (6,0 h x 4,29 Wochen x 10,00 € x 42 Monate x 80 %); weiterer Erwerbsschaden: 29.880,48 € (889,30 € x 42 Monate x 80 %)); Berufung Beklagter: 2.100,00 €].

Wert der Beschwer für die Klägerin: 109.970,92 €,

Wert der Beschwer für den Beklagten: 500,00 €.

**30. Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 30.04.2015 – 4 U 893/13 – \* Die Tätigkeit eines Durchgangsarztes ist jedoch nicht ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen. Bei der gemäß § 34 Abs. 1 SGB VII zu treffenden Entscheidung, ob es erforderlich ist, eine besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Versorgung einzuleiten, erfüllt der Durchgangsarzt nämlich eine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht. Deshalb ist diese Entscheidung als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten (BGHZ 179, 115, 120 m.w.N. Urteil vom 09.03.2010 – VI ZR 131/09 – Rn. 8). Insoweit stellen die Berufsgenossenschaften die Heilverfahrensarten "allgemeine Heilbehandlung" und "besondere Heilbehandlung" zur Verfügung (vgl. Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 34 Rn. 4).**

MedR 2015, 669-670 (Kurzwiedergabe)

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Gera vom 24.10.2013, Az. 2 O 596/11, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens und die in der Berufungsinstanz entstandenen Kosten der Streithelferin zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Gera ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagten Sicherheit in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags leisten.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

#### Gründe

I.

Der Kläger verlangt mit der Klage Schmerzensgeld und Schadensersatz wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers im Rahmen eines Arbeitsunfalls.

Am 7.08.2009 rutschte der Kläger beim Einstellen der Bremsen an einem Lkw ab und schlug sich einen rostigen Metallsplint in die rechte Hohlhand. Dabei zog er sich eine Stichverletzung am rechten Handteller zu. Er wurde wegen dieser Verletzung in die Klinik der Beklagten zu 1) gebracht und von dem Beklagten zu 2) behandelt, der dort Chefarzt ist und daneben als Durchgangsarzt tätig ist. Die Wunde wurde gespült und desinfiziert sowie ein Salbenverband angelegt und der Kläger als arbeitsfähig entlassen. Am 9.08.2009 wurden die Schmerzen des Klägers immer heftiger. Er rief in der Klinik der Beklagten zu 1) an, von deren Mitarbeitern er gefragt wurde, ob sich die Hand verfärben würde, was er daraufhin verneinte. Die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) teilten ihm daraufhin mit, er solle Schmerzmittel nehmen und sich am 10.08.2009 wieder bei dem Beklagten zu 2) vorstellen. An diesem Tag begab sich der Kläger zum Beklagten zu 2) und klagte über starke Schmerzen. Dieser diagnostizierte eine Rötung und eine ödematöse Schwellung des Daumenballens, aber keinen Klopfeschmerz und keine eindeutigen Infektionsanzeichen. Der Beklagte zu 2) schrieb den Kläger bis zum 14.08.2009 arbeitsunfähig. Danach sollte sich der Kläger

nochmals bei Ihm vorstellen. Am 13.08.2009 schwoll die rechte Hand des Klägers weiterhin an und die Schmerzen nahmen weiter zu. Am Folgetag stellte er sich erneut bei dem Beklagten zu 2) vor. Dieser diagnostizierte eine Rötung und verordnete zur Ruhigstellung eine Handgelenkorthese und begann flankierend eine Verordnung des Medikaments Ciprofloxacin 500. Mit der Diagnose einer beginnenden Phlegmone wurde der Kläger in der Universitätsklinik Jena überwiesen. Dort wurde die eingeleitete Therapie fortgesetzt und am 18.08.2009 die Wunde operativ revidiert. Die stationäre Behandlung in der Universität Jena dauerte bis zum 7.09.2009. Danach wurde der Kläger von dem Beklagten zu 2) weiterverhandelt. Bei der nachfolgenden Wiedereingliederung des Klägers und der Physiotherapie wurde festgestellt, dass die rechte Hand des Klägers instabil ist. Daraufhin begab sich der Kläger zu weiteren Ärzten, die umfangreiche Untersuchungen durchführten. Im Zuge dessen wurde der Kläger arbeitsunfähig geschrieben und die rechte Hand und das Handgelenk wurden ruhig gestellt. Am 11.01.2010 erfolgte eine dritte Operation. Dennoch blieb die Beweglichkeit der rechten Hand des Klägers stark eingeschränkt. Nach der Operation durfte der Kläger drei Monate keine Autofahren. Er hatte körperliche Schmerzen und war dadurch psychisch belastet.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte zu 2) habe nicht als Durchgangsarzt gehandelt. Er sei bei der Erstbehandlung im Rahmen eines Notdienstes tätig geworden, weshalb sich die Beklagten zu 1) das Verhalten des Beklagten zu 2) zurechnen lassen müsse. Für die Weiterbehandlung haftet der Beklagte zu 2) wie ein niedergelassener Arzt. Die Behandlung sei fehlerhaft erfolgt, weil die gebotene prophylaktische Antibiose unterblieben sei. Die antibiotische Behandlung mit Penicillin sei bei Biss- und Stichverletzungen unabdingbarer medizinischer Standard und hätte so früh wie möglich, jedenfalls innerhalb von 2 Stunden nach der Exposition stattfinden müssen. Das gelte umso mehr, als die Verletzung von einem rostigen Splint verursacht worden und der Lkw mit Keimen aus der Landwirtschaft kontaminiert gewesen sei. Auf Letzteren Umstand habe der Kläger den Beklagten zu 2) im Rahmen der Behandlung auch hingewiesen. Im weiteren Verlauf hätten zusätzlich erhebliche Infektanzeichen vorgelegen, die eine Antibiotikagabe zwingend geboten hätten. Das Unterlassen der Antibiotikagabe stelle einen groben Behandlungsfehler dar.

Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 11.10.2013 die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe in dem angefochtenen Urteil verwiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt, mit der er sein Klagebegehren in der Berufungsinstanz weiterverfolgt.

Er ist der Ansicht, die Tatsachenfeststellungen des Landgerichts seien unvollständig und unrichtig. Der Sachverständige Dr. D sei unzutreffend davon ausgegangen, dass eine antibiotische Behandlung mit Penicillin keine unabdingbarer medizinischer Standard gewesen sei und nicht innerhalb von 2 Stunden nach der Exposition hätte eingeleitet werden müssen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Gera vom 11.10.2013 - Az. 2 O 596/11 - die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger als Gesamtschuldner ein angemessenes Schmerzensgeld, welches in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 35.000 € betragen soll, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8.08.2009 zu zahlen;

festzustellen dass die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger als Gesamtschuldner sämtliche weiteren künftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der Behandlung der Beklagten vom 7.08.2009, aus telefonischem Rat vom 9.08.2009, aus der Behandlung vom 9.08.2009 entstanden sind oder noch entstehen werden, sofern die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen oder übergehen werden;

die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner eine volle 1,3 Geschäftsgebühr nebst Auslagenpauschale in Höhe von 20 € nebst 19 % Umsatzsteuer aus dem Gegenstandswert zu bezahlen; hilfsweise die Feststellung.

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil als richtig. Wegen der Einzelheiten Ihres Vorbringens wird auf die Berufungserwiderung verwiesen.

Der Senat hat Beweis durch ergänzende Vernehmung des Sachverständigen Dr. med. C D erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16.04.2015 (Bl. 233 ff. d.A.) verwiesen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

Das Landgericht hat nach ordnungsgemäßer Beweisaufnahme die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Die dagegen mit der Berufung geltend gemachten Einwände greifen im Ergebnis nicht durch. Auch nach Auffassung des Senats kommen Schadensersatzansprüche weder unter dem

Gesichtspunkt der Verletzung von Pflichten aus dem Behandlungsvertrag noch aus §§ 823 Abs. 1, 831 BGB. eines ärztlichen Behandlungsfehlers in Betracht.

1. Der Passivlegitimation der Beklagten steht nicht entgegen, dass der Beklagte zu 2) als Durchgangsarzt gehandelt hat.

Nach Art. 34 Satz 1 GG haftet anstelle eines Bediensteten, soweit dieser in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat, der Staat oder die Körperschaft, in dessen Dienst er steht. Die persönliche Haftung des Bediensteten ist in diesem Fall ausgeschlossen. Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, das heißt auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 22.06.2006 - III ZR 270/05 - VersR 2006, 1684 m.w.N. Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 7). Allerdings ist die ärztliche Heilbehandlung von Kranken regelmäßig nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 34 GG (BGHZ 63, 265, 270 f. BGH Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 8). Auch ist die ärztliche Behandlung nach einem Arbeitsunfall keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe (BGHZ 179, 115, 119 Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 8). Der Arzt, der die Heilbehandlung durchführt, übt deshalb kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler persönlich (BGH Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 8).

Die Tätigkeit eines Durchgangsarztes ist jedoch nicht ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen. Bei der gemäß § 34 Abs. 1 SGB VII zu treffenden Entscheidung, ob es erforderlich ist, eine besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Versorgung einzuleiten, erfüllt der Durchgangsarzt nämlich eine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht. Deshalb ist diese Entscheidung als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten (BGHZ 179, 115, 120 m.w.N. Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 8). Insoweit stellen die Berufsgenossenschaften die Heilverfahrensarten "allgemeine Heilbehandlung" und "besondere Heilbehandlung" zur Verfügung (vgl. Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 34 Rn. 4). Das ergibt sich aus dem von dem Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, dem Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften, dem Bundesverband der Unfallkassen einerseits und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung andererseits über die Durchführung der Heilbehandlung, die Vergütung der Ärzte sowie die Art und Weise der Abrechnung der ärztlichen Leistungen gemäß § 34 Abs. 3 SGB VII abgeschlossenen Vertrag in der - hier maßgeblichen - ab 1.05.2001 gültigen alten Fassung (künftig: Vertrag 2001). Gemäß § 12 Abs. 1 Vertrag 2001 wird Heilbehandlung grundsätzlich als allgemeine Heilbehandlung gewährt. Das ist gemäß § 10 Vertrag 2001 "die ärztliche Versorgung einer Unfallverletzung, die nach Art oder Schwere weder eines besonderen personellen, apparativ-technischen Aufwandes noch einer spezifischen unfallmedizinischen Qualifikation des Arztes bedarf". Sie darf nach § 6 Abs. 3 Nr. 1 Vertrag 2001 von allen Ärzten geleistet werden, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen oder von den Unfallversicherungsträgern zugelassen sind. Dagegen ist besondere Heilbehandlung gemäß § 11 Satz 1 Vertrag 2001 die "fachärztliche Behandlung einer Unfallverletzung, die wegen Art oder Schwere besondere unfallmedizinische Qualifikation verlangt". Sie darf nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 Vertrag 2001 nur durch von den Unfallversicherungsträgern zugelassene oder besonders beauftragte Ärzte geleistet werden; die freie Arztwahl ist eingeschränkt (§ 28 Abs. 4 Satz 2 SGB VII; vgl. Wannagat/Jung, Sozialgesetzbuch, § 34 SGB VII, Rn. 14 und § 28 SGB VII, Rn. 5).

Bei der Entscheidung, ob eine besondere Heilbehandlung erforderlich ist, erfüllt der Durchgangsarzt eine dem Unfallversicherungsträger obliegende Pflicht. Deshalb ist diese Entscheidung sowohl bei der Erstbeurteilung als auch bei der Nachschau als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu betrachten (BGHZ 179, 115. VersR 2010, 768. BGH VI ZR 101/07 vom 04.03.2003 - juris. BGHZ 63, 265). Ist seine Entscheidung über die Art der Heilbehandlung fehlerhaft und wird der Verletzte dadurch geschädigt, so haftet für die Schäden nicht der Durchgangsarzt persönlich, sondern der Unfallversicherungsträger (BGH VersR 2010, 768). Gleiches gilt, wenn der Durchgangsarzt den Verletzten bei einer die Entscheidung vorbereitenden Untersuchung schädigt (BGHZ 63, 265). Ordnet der Durchgangsarzt hingegen die besondere Heilbehandlung an und schädigt den Patienten bei deren Durchführung aufgrund eines Behandlungsfehlers, so haftet er persönlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen.

Ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist, entscheidet grundsätzlich der Durchgangsarzt (§ 27 Abs. 1 Vertrag 2001) nach Art und Schwere der Verletzung (vgl. § 28 Abs. 4 SGB VII). Bei dieser Entscheidung erfüllt er eine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe und übt damit ein öffentliches Amt aus (vgl. BGH Beschluss vom 4.03.2008 - VI ZR 101/07 - juris Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 9). Ist seine Entscheidung über die Art der Heilbehandlung fehlerhaft und wird der Verletzte dadurch geschädigt, haftet in diesem Fall für Schäden nicht der Durchgangsarzt persönlich, sondern die Berufsgenossenschaft (Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB; BGH Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 131/09 - Rn. 7).

Streit besteht lediglich hinsichtlich der Frage, ob der D-Arzt auch bei Untersuchung zur Diagnosestellung, bei der Diagnosestellung und bei Überwachung des Heilerfolges ein öffentliches Amt ausübt (HK AKM/Lissel, Nr. 1540 Rn. 28; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 40 Rn. 33; Ratzel/Luxenburger/Lissel, Medizinrecht, § 36 Rn. 27; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., Rn. 7; Benz in Hauck, SGB VII, K § 26 Rn. 51 und K § 28 Rn. 15; Bereiter-Hahn/Mehrtens, SGB VII, § 28 Rn. 6 und § 34 Rn. 8.1; Brackmann/Krasney, SGB VII, § 34 Rn. 7; Noeske/Franz, Erläuterungen zum Vertrag Ärzte/Unfallversicherungsträger, Zu § 27 Rn. 1.1; Plagemann/Radtke-Schwenzer, Unfallversicherung, 2. Aufl., Kap. 5 Rn. 18; Schmitt, SGB VII, 3. Aufl., § 34 Rn. 13).

Teilweise wird eine Haftung der BG für die Folgen eines Diagnosefehlers dann bejaht, wenn die Diagnose der Entscheidung des Arztes dient, ob die besondere Heilbehandlung einzuleiten sei, weil eine einheitliche Aufgabe nicht in haftungsrechtlich unterschiedlich zu beurteilende Tätigkeitsbereiche aufgespalten werden dürfe (HK AKM/Lissel, Nr. 2370 Rn. 29; das wird auch in Bezug auf den D-Arzt vertreten: HK AKM/Lissel, Nr. 1540 Rn. 28; Olzen, aaO, 135; Ratzel/Luxenburger/Lissel, aaO, § 36 Rn. 27; Wank, SGB 1995, 316, 317; dem folgend OLG Schleswig, GesR 2007, 207; LG Karlsruhe, MedR 2006, 728). Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor.

Soweit nach einer in Teilen der Literatur und der Rechtsprechung vertretenen Ansicht noch weitergehend die gesamte Tätigkeit eines D-Arztes bis zur Entscheidung über das "Ob und Wie", also etwa auch die Erstversorgung (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII) und die Diagnosestellung, als Ausübung eines öffentlichen Amtes angesehen wird (vgl. Kreft in LM Art. 34 GG Nr. 99a Bl. 71 f.; K. Müller SGB 1975, 511 f.; Stein/Itzel/Schwall, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, Rn. 618) hat der Bundesgerichtshof (Urteil vom 09.03.2010 – VI ZR 131/09 –) Bezug auf seinen Beschluss vom 4.03.2008 (- VI ZR 101/07 - juris) genommen. Darin hat er ausgeführt:

"Wenn in BGHZ 126, 297, 301 von einer Zäsur durch die Entscheidung über das "Ob und Wie" die Rede ist, durch welche die (anschließende) ärztliche Behandlung dem Privatrecht unterfällt, versteht sich dies als inhaltliches Abgrenzungskriterium, nicht als zeitliches; ein Nebeneinander der Pflichtenkreise bei der Erstbehandlung und möglicherweise auch bei der Diagnosestellung ist daher nicht ausgeschlossen."

Die vom Durchgangsarzt vor seiner Entscheidung durchgeführten Untersuchungen haben eine doppelte Zielrichtung. Die dabei erhobenen Befunde sind einerseits Grundlage seiner in Ausübung eines öffentlichen Amtes zu treffenden Entscheidung, ob eine allgemeine vertragsärztliche Behandlung ausreicht oder eine besondere unfallmedizinische Behandlung erforderlich ist. Sie sind andererseits aber auch Grundlage seiner weiteren ärztlichen Entscheidungen, soweit er die Heilbehandlung selbst durchführt, und dabei gegenüber dem Patienten nach den zivilrechtlichen Regeln eines Dienstvertrages handelt. Entscheidend für die Frage der Haftung ist, in welchem Bereich sich der Fehler bei der Untersuchung auswirkt. Kommt es aufgrund dessen zu einer fehlerhaften Entscheidung der Frage, ob eine besondere Heilbehandlung einzuleiten ist, und wird der Patient dadurch geschädigt, so haftet der Unfallversicherungsträger. Wirkt sich der Diagnosefehler hingegen so aus, dass es zu einer unsachgemäßen Heilbehandlung durch den Durchgangsarzt kommt, so haftet er persönlich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.

Nach dem Vorbringen in der Klageschrift greift der Kläger nicht die Entscheidung des Beklagten zu 2) an, ob eine allgemeine vertragsärztliche Behandlung ausreicht oder eine besondere unfallmedizinische Behandlung erforderlich ist. Sie rügt vielmehr, dass es aufgrund von Diagnose- und Befunderhebungsfehler zu einer unsachgemäßen Heilbehandlung gekommen ist. In einem solchen Fall haftet der Durchgangsarzt persönlich, so dass von der Passivlegitimation auszugehen ist.

2. Der Kläger hat indes nicht den Beweis geführt dass dem Beklagten zu 2) ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist.

Das Landgericht ist aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens zu Recht davon ausgegangen, dass die Wunde des Klägers ordnungsgemäß versorgt worden ist. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen Bezug genommen, die nicht zu beanstanden sind.

Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich aus Fehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (BGH Urteile vom 8.06.2004 - VI ZR 230/03 – juris; vom 12.03.2004 - V ZR 257/03 - WM 2004, 845, 846). Zweifel im Sinne dieser Vorschrift liegen schon dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse - nicht notwendig überwiegende - Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (BGH Urteil vom 15.07.2003 - VI ZR 361/02 - NJW 2003, 3480, 3481 Begründung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/6036 S. 124). Dies gilt grundsätzlich auch für Tatsachenfeststellungen, die auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens getroffen worden sind. In diesem Fall kann unter anderem die - hier von der Berufung gerügte -

Unvollständigkeit des Gutachtens Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen wecken (BGH Urteil vom 15.07.2003 - VI ZR 361/02 – juris).

Die Berufung hat in der Berufungsinstanz das Gutachten des Sachverständigen Dr. med. D angegriffen und ausgeführt, dass nach dem ärztlichen Facharztstandard die Gabe eines Antibiotikums für die Versorgung der Wunde erforderlich gewesen sei. Der Senat hat wegen dieser Rüge den Sachverständigen Dr. D ergänzend mündlich vernommen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Kläger nicht bewiesen, dass die Gabe eines Antibiotikums für die ordnungsgemäße Versorgung der Wunde erforderlich war.

Der Senat folgt den Ausführungen des Sachverständigen, der überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt hat, dass die Versorgung der Wunde des Klägers behandlungsfehlerfrei erfolgt ist. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass es keine Leitlinien zur Behandlung von Wunden gäbe. Es seien zwar Empfehlungen vorhanden, auf welche Weise Wunden zu behandeln seien. Es würden aber keine Leitlinien im eigentlichen rechtlichen Sinne vorliegen. Die Gabe von Antibiotika könne zwar bei Bissverletzungen angezeigt sein. Dies hänge mit dem Erregerspektrum bei Bissverletzungen zusammen. Bei der Behandlung von Wunden werde indes nicht primär die Gabe von Antibiotika empfohlen. Die Therapie der Wunde erfolge durch eine Desinfektion. Unter Umständen müsse eine Ausschneidung erfolgen und/oder die Wunde genäht werden. Das sei das normale Prozedere bei der Behandlung von Wunden. Nur bei Wundinfektionen werde empfohlen, eine Antibiotikatherapie mit durchzuführen. Diese Therapie stelle aber nur eine Begleitmaßnahme dar. Sie erfasse zudem nur die häufigsten Erreger. 80 bis 90 Prozent der Wunden seien mit bestimmten Erregern, d.h. Streptokokken oder Pseudomonas infiziert. Im vorliegenden Fall des Klägers habe der Verdacht auf einen Mykoplasmenerreger bestanden. Das seien Keime, die überall in der Umgebung vorhanden seien. Im Nachhinein müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger mit diesem Erreger auch infiziert gewesen sei. Dies erkläre den katastrophalen Verlauf. Gegen einen solchen Erreger hätte ein Antibiotikum nicht gewirkt. Dies betreffe sowohl das Penicillin als auch das Cephalo. Solche Infektionen würden nur chirurgisch behandelt. Da es sich um eine sehr kleine Wunde gehandelt habe, sei es nicht erforderlich gewesen, die Wunde sofort auszuschneiden. Auch der Umstand, dass der Kläger in der Landwirtschaft tätig sei, habe keinen Anlass dafür begründet, ein Antibiotikum zu geben. Mit hoher Sicherheit hätten durch die Gabe eines Antibiotikums die Gesundheitsschäden bei dem Kläger nicht verhindert werden können. Es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Entzündung von den oben beschriebenen Bakterien verursacht worden sei. Deswegen hätte die Entzündung überhaupt nicht mit einem Antibiotikum behandelt werden können.

Der Senat schließt sich den nachvollziehbaren in sich schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen an und geht mit ihm davon aus, dass die Gabe eines Antibiotikums für die Versorgung der Wunde nicht erforderlich war. Die Einholung eines Obergutachtens (§ 412 ZPO) war nicht angezeigt. Das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen beantwortet nach Auffassung des Senats die Beweisfragen vollständig, frei von Widersprüchen und überzeugend. Auch bestehen keine Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen (vgl. Zöller-Greger, 30. Aufl., Rn. 1 zu § 412 ZPO). Das negative Beweisergebnis geht zu Lasten des Klägers, so dass die Klage abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat; auch erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

### **31. LG Heidelberg, Urteil vom 22.04.2015 – 4 O 221/13 – \* Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes**

#### **Orientierungssatz**

Ein Arzt hat vor der Durchführung einer Operation zur Entfernung von Osteosynthesematerial im Hinblick auf mögliche Schwierigkeiten bei der Entfernung von Schrauben aufgrund einer sog. Kaltverschweißung von Titanschrauben und -platten den Patienten auch darüber aufzuklären, dass der Eingriff ggf. nicht vollständig durchgeführt werden kann, wenn er nicht alle notwendigen medizinischen Werkzeuge zur Sicherstellung der Entfernung der Schrauben für solche Fälle vorhält.

Fundstellen

RDG 2014, 239-241 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Joachim LauxPR-MedizinR 10/2015 Anm 3 (Anmerkung)

Praxisreporte

Joachim LauxPR-MedizinR 10/2015 Anm 3 (Anmerkung)

**Tenor**

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 5.000,00 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 17.01.2014 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche aus der Behandlung vom 09.05.2012 resultierenden weiteren materiellen Schäden für Vergangenheit und Zukunft, sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen und übergegangen sind.
3. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, die Klägerin von der Gebührenforderung ihrer Prozessbevollmächtigten in Höhe von 1.108,72 Euro inkl. USt. nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 17.01.2014 freizustellen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 23% und die Beklagten als Gesamtschuldner 77% zu tragen.
6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

Beschluss

Der Streitwert wird gemäß § 63 Abs. 2 GKG auf 110.000,00 € festgesetzt.

#### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche wegen vorgeblich fehlerhaft durchgeführter Nachsorgebehandlung nach einer Operation wegen einer Radiusfraktur.

Die am 29.04.1953 geborene Klägerin war bei einem Wanderausflug gestürzt und zog sich dabei eine distale Radiusfraktur des rechten Handgelenks zu. In der Folge befand sich die Klägerin vom 01.12. bis 02.12.2011 in der X-Klinik in E., wo am 02.12.2011 eine offene Reposition und osteosynthetische Versorgung mittels winkelstabiler Radiusplatte erfolgte.

Die Nachsorge sollte in der Praxis der Beklagten zu 1 erfolgen. Dort stellte sich die Klägerin erstmals am 05.12.2011 beim Beklagten zu 2 vor. Weitere Untersuchungstermine erfolgten am 27.03.2012 und am 24.04.2012. Die Entfernung des Osteosynthesematerials wurde für den 09.05.2012 vorgesehen. An diesem Tag wurden 5 der 6 eingesetzten Schrauben bei der Klägerin durch den Beklagten zu 2 operativ entfernt. Die sechste Schraube ließ sich nicht lösen, worauf der Beklagte zu 2 die Operation abbrach und die Metallplatte sowie die sechste Schraube in situ beließ (Operationsbericht, Anl. B 2). Die Klägerin unterzeichnete mit diesem Datum auch eine schriftliche Operationseinwilligung, auf der handschriftlich vermerkt ist, dass der Inhalt bereits vor 2 Wochen besprochen worden sei (Anl. B1).

Es wurde darauf ein erneuter Operationstermin für den 16.05.2012 in der GRN-Klinik in E. vereinbart, wo an diesem Tag die sechste Schraube sowie die Metallplatte in einem ambulanten Eingriff entfernt wurden (Operationsbericht, Anl. K3).

Die Klägerin behauptet,

dass zwar die Operation zur Materialentfernung durch den Beklagten zu 2 indiziert gewesen sei, dass diese Operation jedoch nicht lege artis durchgeführt worden sei. Unmittelbar postoperativ habe die Klägerin unter Nervenschmerzen und einem Taubheitsgefühl in Daumen, Zeigefinger, Mittelfinger und Ringfinger der rechten Hand gelitten. Die Schmerzen würden seither andauern und seien so stark, dass die Klägerin nachts nicht durchschlafen könne. Sie sei auf die Einnahme von Schmerzmitteln angewiesen. Die rechte Hand der Klägerin sei dauerhaft nicht mehr gebrauchsfähig. Es stehe derzeit nicht fest, ob die Klägerin jemals wieder beschwerdefrei sein werde. Der Beklagte zu 2 habe bei dem Versuch, die festsitzende Schraube zu entfernen, unter Verstoß gegen den fachärztlichen Standard eine Nervenschädigung bei der Klägerin verursacht. Dies dürfe bei einer distalen Radiusfraktur, bei der es sich um den häufigsten Knochenbruch überhaupt beim Menschen handele, einem Unfallchirurgen nicht passieren, da der Eingriff absolute Routine darstelle. Einem gewissenhaft vorgehenden Arzt dürfe daher ein derartiger Nervenschaden bei einem solchen Eingriff schlechterdings nicht unterlaufen.

Die Klägerin habe zudem während des gesamten Eingriffs vom 09.05.2012 unter starken Schmerzen trotz lokaler Betäubung gelitten. Es liege daher der Verdacht nahe, dass bei der Betreuung ein Fehler gemacht worden sei.

Die Klägerin erhebt zudem die Rüge fehlerhafter Aufklärung.

Die Klägerin sei vor der Operation nicht über die mit dem Eingriff verbundenen typischen oder spezifischen Risiken aufgeklärt worden. Ihr sei weder über den Ablauf noch über die möglichen Risiken der Operation etwas erklärt worden. Der Klägerin sei lediglich erklärt worden, dass sie 2 Wochen postoperativ nicht in den Urlaub fahren dürfe, da zu dieser Zeit Wundkontrollen und die Entfernung des Nahtmaterials vorgenommen werden müssten. Auch am Operationstag selbst sei keine Aufklärung erfolgt. Der Klägerin sei lediglich auf dem Weg zum Operationssaal ein Dokument vorgelegt worden, welches sie ausgefüllt und unterschrieben habe. An den Inhalt könne sie sich nicht erinnern. Die Klägerin hätte aber vor der

Operation über das Risiko einer festsitzenden Schraube aufgeklärt werden müssen. Zudem hätte die Klägerin durch die Ärzte der Beklagten darauf hingewiesen werden müssen, dass es diesen nicht möglich sei, das Material ambulant zu entfernen. Die Klägerin hätte dann unmittelbar auf eine Behandlung im Krankenhaus bestanden, da sie nicht freiwillig ein doppeltes Operationsrisiko eingegangen wäre.

Die Klägerin macht für die erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen ein Schmerzensgeld i.H.v. 30.000,00 € geltend. Außerdem verlangt sie die Feststellung der weiteren Haftung der Beklagten auch für künftige materielle und immaterielle Schäden.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Festsetzung der Höhe nach in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit nach §§ 288 Abs. 1, 291 S. 1, 1. HS BGB.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin sämtliche aus der fehlerhaften Behandlung resultierenden weiteren materiellen Schäden für Vergangenheit und Zukunft sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen und übergegangen sind.

3. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, der Klägerin gegenüber die nach dem RVG nicht konsumierten außergerichtlichen Kosten der Klägerin bei den Prozessbevollmächtigten in Höhe von 2.037,88 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit nach §§ 288 Abs. 1, 291 S. 1, 1. HS BGB im Wege der Nebenforderung freizustellen.

Die Beklagten beantragen

Klagabweisung.

Die Beklagten behaupten,

die Klägerin sei am 24.04.2012 durch den Beklagten zu 2 eingehend aufgeklärt worden und ihr seien sowohl die technische Vorgehensweise der Materialentfernung in Lokalanästhesie und Blutsperre als auch die damit verbundenen Risiken und Komplikationsmöglichkeiten erläutert worden. Dabei sei auch explizit die Gefahr einer operationsbedingten Nervenschädigung mit daraus resultierenden, möglicherweise sogar bleibenden Gefühlsstörungen mit angesprochen worden. Die Klägerin habe diese Hinweise verstanden und habe sich mit der Durchführung des Eingriffes grundsätzlich einverstanden erklärt. Die schriftliche Operationseinwilligung sei dann erst unter Bezugnahme auf das am 24.04.2012 geführte ausführliche Aufklärungsgespräch auf Bitten des Beklagten zu 2 unterzeichnet worden. Es bestehe keine Verpflichtung, über die Möglichkeit aufzuklären, dass sich eine Schraube nicht lösen lasse und der Eingriff gegebenenfalls nicht beendet werden könne, da es sich hierbei nicht um typischerweise dem Eingriff anhaftende Risiken handele.

Es seien zudem durch die Klägerin keine Umstände dargetan, aus denen sich darauf schließen ließe, dass sie die Zustimmung zu der Streitgegenständlichen Metallentfernung bei einer irgendwie anders gearteten Aufklärung tatsächlich verweigert hätte.

Der Eingriff vom 09.05.2012 sei vollständig lege artis in Lokalanästhesie unter Blutsperre durchgeführt worden. Dass die sechste, proximalste von sechs Schrauben sich trotz Verwendung eines neuen und passenden Schraubendrehers nicht habe lösen lassen, da dieser ständig gerutscht sei, könne dem Beklagten zu 2 nicht zum Vorwurf gemacht werden. Dieser sei technisch korrekt vorgegangen. Es sei fachgerecht gewesen, in dieser Situation nicht weiter zu versuchen, die letzte Schraube doch noch zu entfernen.

Es treffe zu, dass die Klägerin während der Durchführung des Eingriffes über eine zunehmende Schmerzhaftigkeit unter der Blutsperre berichtet habe, weshalb es ebenfalls sinnvoll gewesen sei, den Eingriff abbrechen. Unzutreffend sei jedoch, dass die Klägerin während des gesamten Eingriffes unter außergewöhnlich starken Schmerzen gelitten habe.

Die von der Klägerin geklagten Beschwerden an der rechten Hand würden bestritten. Von einer Gebrauchsunfähigkeit sei keine Rede gewesen. Die von der Klägerin behaupteten Beschwerden stünden im evidenten Widerspruch zu den späteren neurologischen Befunden aus dem Konsiliarbericht des X-Klinikums E. (Anl. B3). Demnach seien nur Sensibilitätsausfälle, nicht aber motorische Ausfälle festzustellen gewesen.

Sollte es im sachlichen Zusammenhang mit der vom Beklagten zu 2 am 09.05.2012 durchgeführten Operation tatsächlich zu neurologischen Beeinträchtigungen bei der Klägerin gekommen sein, würde es sich dabei um ein schicksalhaftes Geschehens handeln, für dessen Eintritt der Beklagte zu 2 nicht verantwortlich gemacht werden könne. Eine Verletzung von Nerven sei bei einem solchen Eingriff nicht völlig ausgeschlossen, auch wenn sorgfältig vorgegangen werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen in den Akten Bezug genommen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Sachverständigenutachtens. Der Sachverständige Prof. Dr. F. legte sein schriftliches Gutachten mit Datum vom 03.11.2014 vor (As. 137).

Der Sachverständige wurde ergänzend mündlich angehört. Zudem wurden die Klägerin und der Beklagte zu 2 informatorisch persönlich angehört. Auf die Sitzungsniederschrift vom 25.03.2015 (As. 243) wird Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Klage hat teilweise Erfolg. Der Klägerin stehen wegen unzureichender Aufklärung vor dem Eingriff durch den Beklagten zu 2 vom 09.05.2012 Schadensersatzansprüche und Ansprüche auf Zahlung von Schmerzensgeld zu. Behandlungsfehler bei der Durchführung der Operation zur Entfernung der Schrauben und der Metallplatte konnte die Klägerin indes nicht nachweisen (1.). Der Beklagte hat jedoch eine ausreichende Risikoaufklärung der Klägerin vor diesem Eingriff nicht bewiesen (2.).

1. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sind Behandlungsfehler des Beklagten zu 2 bei der Durchführung des Eingriffs vom 09.05.2012 nicht nachgewiesen.

Ein Behandlungsfehler ist zu bejahen, wenn im Rahmen der ärztlichen Behandlung gegen die anerkannten Regeln ärztlicher Kunst und damit gegen die beruflichen Verkehrspflichten verstoßen wird. Kommt es in diesem Zusammenhang zu Beeinträchtigungen der absolut geschützten Rechtsgüter des Patienten, stellt der Behandlungsfehler eine Pflichtverletzung respektive eine Rechtsgutsverletzung dar.

Im Arzthaftungsprozess trägt der Patient die Beweislast für den behaupteten Behandlungsfehler, also eine Abweichung der ärztlichen Behandlung vom medizinischen Standard (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rn. B 200 m.w.N.; BGH VersR 1999, 716). Auch den Beweis für die ursächliche Verknüpfung zwischen Behandlungsfehler und dem behaupteten Schaden hat gemäß § 286 ZPO der Patient zu führen. Hier trifft diese Darlegungs- und Beweislast mithin die Klägerin.

Der Sachverständige Prof. Dr. F. vermochte in seinem Sachverständigengutachten Behandlungsfehler des Beklagten zu 2 nicht zu erkennen.

Der Sachverständige ist als Oberarzt der orthopädischen Universitäts- und Poliklinik des Universitätsklinikums S. fachlich zur Gutachtenerstattung hervorragend qualifiziert. Bei der Erstattung des Gutachtens ist der Sachverständige von den zutreffenden Anknüpfungstatsachen ausgegangen. Nach Überprüfung des Gutachtens auf Widerspruchsfreiheit und Plausibilität macht sich die Kammer die Ausführungen des Sachverständigen ausdrücklich zu Eigen.

Der Sachverständige hat nach umfangreicher Würdigung der gesamten Umstände ausgeführt, dass keine Hinweise vorhanden seien, dass bei dem Eingriff vom 09.05.2012 fehlerhaft gearbeitet worden sei. Es liege nahe, dass das bekannte Phänomen einer Kaltverschweißung zwischen der eingebrachten Platte und der letzten Schraube aufgetreten sei (As. 185). Der Sachverständige hat dieses Phänomen ausführlich, anschaulich und nachvollziehbar beschrieben (vgl. As. 183/ 261). Kurz gefasst geht es darum, dass die Oberflächen der mit Titanoxid hauchdünn beschichteten Außen- und Innengewinde von Schraube und Platte aufgrund von kleinen Defekten der Struktur sich so inniglich verbinden, dass sie nur schwer und mit erhöhtem Aufwand gelöst werden können.

Nach den Ausführungen des Sachverständigen spricht dagegen auch nicht, dass am 16.05.2012 im Krankenhaus in E. die festsitzende Schraube ohne weitere Mühe entfernt werden konnte, da sich die nicht mehr gänzlich fixierte Platte durch nunmehr mögliche Bewegungen die Schraube in dem verstrichenen Zeitraum gelockert haben könne (As. 185). Verläufe wie der vorliegende seien in der Praxis durchaus zu beobachten (As. 187).

Der Sachverständige hat weiter dargelegt, dass, wenn es nicht gelinge, die Schraube herauszudrehen, spezielle Zangen, mit denen die Schraube am Schraubenkopf rausgedreht werden könne oder auch ein Linksgewinde, das beim Eindrehen dafür Sorge, dass die Schraube herauskomme sowie spezielle maschinelle Werkzeuge mit entsprechenden Aufsätze zur Verwendung kommen könnten. Solche speziellen Werkzeuge wie insbesondere ein Hochtourenschrauber seien jedoch nur in Zentren oder in Krankenhäusern vorhanden, da diese in der Anschaffung sehr teuer seien. Selbst die besonderen Werkzeuge mit Linksgewinde seien nicht in jedem Krankenhaus vorhanden (As. 263). Dem Beklagten zu 2 kann daher auch daraus, dass er entsprechendes Werkzeug für den Fall, eine Schraube ließe sich nicht lösen, nicht vorgehalten hat, kein Behandlungsfehlervorwurf gemacht werden.

Hinsichtlich der Verletzung des Nervus medianus hat der Sachverständige Prof. F. ausgeführt, dass im Operationsbericht beschrieben sei, der Operateur habe den Nerven identifiziert, dargestellt und unter Schutz eines Muskels bzw. einer Sehne beiseite gehalten. Insofern sei der Operateur sehr sorgfältig und mit entsprechender Dokumentation mit dem Nerven umgegangen. Es sei bei dem vorliegenden Verfahren der volaren Plattenosteosynthese unmöglich, den Nervus medianus nicht in irgendeiner Art und Weise auf die Seite zu halten, was jedoch nur selten zu Komplikationen führe. Es könne auch festgehalten werden, dass eine Verletzung des Nervens mit Teil- oder vollständiger Durchtrennung nicht stattgefunden habe, da sich der Nerv sonst nicht erholt hätte und auch die motorischen Qualitäten beeinträchtigt gewesen wären, während bei der Klägerin lediglich Störungen der Sensibilität in den Fingern aufgetreten seien. Es sei daher davon auszugehen, dass im Rahmen der Operation schicksalhaft eine geringe Kompromittierung des Nervens aufgetreten sei, was im Hinblick auf die beschriebenen Schwierigkeiten der Metallentfernung letztlich auch als nicht vermeidbar angesehen werden müsse (As. 187).

Die Kammer hält diese Ausführungen für wohl begründet und gut nachvollziehbar. Das Risiko einer Nervverletzung gehört häufig zu den möglichen Komplikationen einer Operation. Dies ist auch bei dem vorliegenden Eingriff der Fall, weshalb das Risiko auch in dem Aufklärungsbogen der Beklagten genannt ist. Dass der Beklagte zu 2 bei dem Eingriff fehlerhaft vorging und dadurch den Nerv verletzte, ist nicht belegbar, zumal er in dem Operationsbericht beschrieben hat, dass er besonders sorgfältig auf den Schutz des Nerven achtete, der aber bei dem Eingriff zwingend beiseite gehalten werden muss.

2. Eine Verletzung der Pflicht zur Aufklärung der Patientin ist indes anzunehmen. Der Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist den Beklagten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht hinreichend gelungen und es kann auch von einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin nicht ausgegangen werden.

Der Arzt trägt dabei die Beweislast dafür, dass er die Aufklärungspflicht erfüllt, der Patient daher wirksam eingewilligt hat und sein Eingriff infolgedessen gerechtfertigt ist (vgl. Geiß/Greiner, a.a.O., Rn. C 131). Der Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist den Beklagten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht gelungen.

a) Jeder ärztliche Eingriff bedarf der Einwilligung des Patienten. Die Einwilligung ist nur wirksam und schließt die Rechtswidrigkeit des körperlichen Eingriffs nur aus, wenn der Patient das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite in seinen Grundzügen erkannt hat. Dies setzt eine diagnostisch abgesicherte Aufklärung durch den Arzt voraus, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen muss (st. Rspr. BGH NJW 1981, 633; OLG Naumburg GesR 2011, 560).

Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen an den von dem Arzt zu führenden Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Danach hat das erkennende Gericht die besondere Situation, in der sich der Arzt während der Behandlung des Patienten befindet, ebenso zu berücksichtigen wie die Gefahr, die sich aus dem Missbrauch seiner Beweislast durch den Patienten zu haftungsrechtlichen Zwecken ergeben kann. Sofern einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht ist, sollte daher dem Arzt im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist; dies auch mit Rücksicht darauf, dass aus vielerlei verständlichen Gründen Patienten sich im Nachhinein an den genauen Inhalt solcher Gespräche, die für sie etwa vor allem von therapeutischer Bedeutung waren, nicht mehr erinnern (BGH NJW 1985, 1399; OLG Köln VersR 1995, 967, 968). Schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über die Durchführung des Aufklärungsgesprächs und seinen wesentlichen Inhalt sind hierbei ein wichtiges Indiz, wobei ihr Fehlen andererseits nicht dazu führen darf, dass der Arzt regelmäßig beweisfällig für die behauptete Aufklärung bleibt. Es ist eine verständnisvolle und sorgfältige Abwägung der tatsächlichen Umstände erforderlich, für die der Tatrichter einen erheblichen Freiraum hat (BGH NJW 1985, 1399).

b) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass eine ausreichende Aufklärung über die Risiken der Entfernung der Schrauben und der Metallplatte stattgefunden hat.

Der Sachverständige Prof. F. hat zu der Aufklärung über die Risiken des Eingriffs ausgeführt, dass in der schriftlichen Einwilligungserklärung zur Operation neben dem Risiko einer Wundheilungsstörung und Verletzung insbesondere auf das Risiko einer Nervenverletzung und Gefäßverletzung aufgeklärt werde, was aus medizinischer Sicht ausreichend sei (As. 191).

Der Sachverständige hat weiter dargelegt, dass das Belassen der Metallplatte keine ernsthafte Behandlungsalternative darstelle. Eine Osteosynthesevorrichtung, wie die hier verwendete winkelstabile Platte, störe die Krafteinleitung auf den Knochen und verändere diesen dadurch, was als sogenanntes Stress Shielding bezeichnet werde. Bei der dadurch erzeugten Abnahme der Belastung des Knochens schwäche sich dieser ab. Im Laufe der Zeit könne es dann zu einer Ermüdung des Materials der Platte kommen, woraus Ermüdungsbrüche herrühren würden. Wenn dadurch die Stabilisierung des Knochens verloren gehe und dieser durch die Auswirkungen der Platte ermüdet sei, träten sofort erneut Knochenbrüche auf. Osteosynthesematerial könne daher nur dauerhaft im Körper verbleiben, wenn dieses sozusagen spannungsfrei einliege, wie z.B. bei erfolgter Spondylodese an der Wirbelsäule. Unter diesen Gesichtspunkten dürfe daher das Material nicht im Körper verbleiben und sei die Indikation zur Entfernung des Metalls nicht zu beanstanden (As. 189).

Nach den Ausführungen des Sachverständigen ist daher bei Erwähnung der in dem Bogen zur Einwilligungserklärung genannten Risiken von einer ausreichenden Risikoaufklärung vor der Metallentfernung auszugehen. Aufgrund der vorliegenden Behandlungsunterlagen, insbesondere dem unterzeichneten Einwilligungsbogen und der Behandlungsdokumentation des Beklagten zu 2 hält die Kammer im Lichte der Äußerungen der Parteien ein Aufklärungsgespräch zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 am 24.04.2012 mit hinreichenden Erläuterungen zu den genannten Risiken für bewiesen.

Zwar wurde der Einwilligungsbogen unstreitig erst am Operationstag von der Klägerin unterzeichnet, doch wurde vom Beklagten zu 2 schon auf dem Bogen vermerkt, dass die in dem Bogen genannten Dinge bereits 2 Wochen vorher besprochen worden waren. Dies wiederum korrespondiert mit der elektronischen Behandlungsdokumentation des Beklagten zu 2, wonach die Klägerin am 27.03.2012 und am 24.04.2012 in der Praxis der Beklagten gewesen ist. Dort wurde auch vermerkt, dass die Operationsaufklärung erst

am Operationstag im gegenseitigen Einverständnis unterzeichnet werde. Der Operationstermin habe telefonisch noch vergeben werden sollen, sei aber voraussichtlich der 9.05.2012.

Zwar hat die Klägerin durchgehend bestritten, dass sie am 24.04.2012 in der Praxis der Beklagten gewesen sei und dafür ins Feld geführt, dass sie die Überweisung ihres Hausarztes Dr. S. für das 2. Quartal des Jahres 2012 erst am 07.05.2012 erhalten habe. Auch wenn dies in der elektronischen Behandlungskartei des Dr. S. unter dem 07.05.2012 ausgewiesen ist, hält die Kammer es dennoch nicht für zwingend, dass die Klägerin deshalb am 24.04.2012 nicht in der Praxis der Beklagten gewesen sein kann. Der Beklagte zu 2 hat informatorisch angegeben, dass Patienten auch ohne Überweisung erschienen wären und diese nachgereicht oder eben die Praxisgebühr, die damals noch zu entrichten gewesen wäre, gezahlt hätten. Entsprechend sind hier verschiedene Umstände denkbar, warum die Überweisung erst nach dem Untersuchungstermin vom 24.04.2012 der Klägerin übergeben wurde. Für die Richtigkeit des Inhalts der Dokumentation der Beklagten spricht jedenfalls, dass das Osteosynthesematerial zunächst erst im 06.2012 entfernt werden sollte, wie es mit der Klägerin am 27.03.2012 besprochen war. Auch die Klinik in E. hatte in ihrem Entlassbrief vom 02.12.2011 empfohlen, das Osteosynthesematerial frühestens nach 6 Monaten zu entfernen. Der Operationstermin am 09.05.2012 war daher früher als mit den Beklagten zunächst besprochen und der frühest mögliche Termin nach der Empfehlung der Operateure im Klinikum in E. Dass dies seine Ursache in einem weiteren Untersuchungstermin am 24.04.2012, bei dem der Operationstag und das Vorgehen besprochen wurden, hatte, erscheint plausibel. Der Beklagte zu 2 hat dazu informatorisch angegeben, dass die Klägerin bereits am 24.04.2012 sich wieder vorgestellt habe, da sie die Platte doch früher habe heraus haben wollen. Dies korrespondiert jedenfalls damit, dass die Klägerin nach dem Eingriff, bei dem eine Schraube mit der Platte verblieben war, ebenfalls nicht die vom Beklagten zu 2 empfohlene Zeitspanne von ca. 5 Wochen abwarten wollte und eine baldige Entfernung der Platte und der letzten Schraube bevorzugte. Die Kammer ist daher im Ergebnis letztlich überzeugt, dass ein entsprechendes Aufklärungsgespräch mit den in dem Einwilligungsbogen genannten und markierten Risiken geführt wurde und zudem vom Beklagten zu 2 anhand der handschriftlichen Zeichnung bezüglich der Platte erläutert wurde, wie bei der Entfernung der Schrauben bzw. der Metallplatte vorgegangen würde.

Über ein mittel- oder langfristiges Belassen der Metallplatte in situ musste der Beklagte zu 2 nicht aufklären, da dies keine ernsthafte Behandlungsalternative darstellte. Nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen wäre dadurch eine erhebliche Schwächung des Knochens verursacht worden, die nach einiger Zeit zu einem erneuten Bruch bei Ermüdung der Metallplatte geführt hätte, so dass diese Vorgehensweise keine echte Alternative zur Wiederherstellung der knöchernen Durchbauung gewesen wäre.

c) Die Risikoaufklärung durch den Beklagten zu 2 ist jedoch im Hinblick auf das bei der Entfernung der Metallplatte bestehende Misserfolgsrisiko unvollständig gewesen.

Der Sachverständige Prof. F. hat insoweit ausgeführt, dass üblicherweise von Medizinern das Problem, könnten die Schrauben nicht herausgehen, bei der Aufklärung nicht erwähnt würde. Diese Schwierigkeit beim Herausdrehen sei auch nicht als medizinische Komplikation zu bezeichnen. Letztlich werde das Metall im Ergebnis entfernt. Selbst wenn dabei ein Stück der Schraube im Knochen verbleibe, sei das keine Komplikation. Auch hier sei letztlich die Metallplatte entfernt worden und nicht im Arm verblieben. Es könne aber, wie im vorliegenden Fall, erforderlich sein, eine weitere Operation durchzuführen, wenn das spezielle Instrumentarium nicht vorgehalten werde. Allerdings seien die Fälle eher selten. Nach der persönlichen Erfahrung des Sachverständigen bestehe eine Wahrscheinlichkeit von 1:3000-1:4000, dass eine Schraube nicht ohne weiteres gelöst werden könne. In seiner eigenen beruflichen Laufbahn habe er in 2-3 Fällen das besondere Instrumentarium anwenden müssen, um festsitzende Schrauben herauszudrehen. Letztlich sei es richtig gewesen, dass der Beklagte zu 2 nach dem Einsatz dosierter Gewalt die Operation abgebrochen habe (As. 263-267).

Die Risikoaufklärung muss nach herrschender Meinung dem Patienten einen Überblick über die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren verschaffen. Damit sind dauerhafte oder vorübergehende nachteilige Folgen eines Eingriffs gemeint, die sich auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht mit Gewissheit ausschließen lassen. Ohne entsprechende Nachfragen muss der Arzt gegenüber dem Patienten die statistische Häufigkeit von Komplikationen bzw. genaue Prozentzahlen über die Möglichkeit der Verwirklichung des Behandlungsrisikos grundsätzlich nicht angeben. Allerdings hat der Arzt den Patienten auch über seltene Risiken aufzuklären, wenn sie bei ihrer Realisierung die Lebensführung des Patienten schwer belasten würden und das entsprechende Risiko trotz der Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien aber überraschend ist (Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. A 554 ff.). Nach diesen Grundsätzen hat der Arzt daher auch über ein Misserfolgsrisiko des geplanten Eingriffs im Sinne einer eingriffsspezifischen Risikoerhöhung aufzuklären (Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. A 1060ff.). Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass der Eingriff nicht primär der Heilung des Knochenbruchs diene, sondern der Entfernung des Osteosynthesematerials, welches aber entfernt werden muss, um den Heilungserfolg langfristig sicherzustellen. Als konkret angestrebtes Ziel des Eingriffs ist daher die vollständige

Entfernung der Metallplatte sowie der Schrauben anzusehen. Wenn dieses in einer nicht zu vernachlässigenden Zahl der Fälle aufgrund des verwendeten Titanmaterials und der vom Sachverständigen beschriebenen Kaltverschweißung auftreten kann, ist der Patient hierüber als typisches Risiko des Eingriffs aufzuklären, zumal auch die Folgen für den Patienten nicht vollkommen unerheblich sind. Wie im vorliegenden Fall ersichtlich muss der Eingriff dann, wenn er nicht in einem entsprechend ausgerüsteten Zentrum stattfindet, abgebrochen und ein weiterer Eingriff mit entsprechenden Risiken durchgeführt werden. Es ist mithin davon auszugehen, dass die Klägerin insoweit unzureichend aufgeklärt wurde und der Eingriff vom 09.05.2012 ohne wirksame Einwilligung der Klägerin erfolgte und daher rechtswidrig war.

Zwar haben die Beklagten eine hypothetische Einwilligung der Klägerin bei einer weitergehenden Aufklärung eingewandt, doch hat die Klägerin plausibel dargelegt, dass sie sich jedenfalls in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, indem sie sich jedenfalls eher für eine Klinik mit entsprechender Ausrüstung auch für Probleme bei der Entfernung der Schrauben entschieden hätte und den Eingriff dort hätte durchführen lassen (As. 251). Die Kammer hält dies für plausibel und nachvollziehbar. Auch wenn Probleme bei der Entfernung dieser Schrauben eher selten auftreten, so kommen sie doch nach den Ausführungen des Sachverständigen immer wieder vor, so dass dann zur Vermeidung einer zweiten Operation entsprechend spezialisiertes Operationswerkzeug vorhanden sein muss. Dass ein Patient in Kenntnis dieser Umstände sich dafür entscheidet, den Eingriff dann in einer Einrichtung durchführen zu lassen, die auch für diese Eventualitäten gerüstet ist, um einen zweiten Eingriff oder weitere Komplikationen aufgrund der Schwierigkeiten bei der Entfernung von Schrauben zu vermeiden, erscheint ohne weiteres einleuchtend. Die Beklagten können auch nicht einwenden, dass bei Durchführung der Operation in einer Klinik dieselbe Problematik aufgetreten wäre. Auch wenn der Beklagte zu 2 den Eingriff ohne Behandlungsfehler ausgeführt haben sollte, trägt das Argument nicht. Selbst bei ordnungsgemäß durchgeführter Operation können die Auswirkungen des Eingriffs auf den Patienten aufgrund unterschiedlicher Übung und Fähigkeiten der Ärzte sowie unterschiedlicher sachlicher Ausstattung der Klinik unterschiedlich ausfallen. Solange nicht bei gleicher Vorgehensweise stets dasselbe Ergebnis zu erwarten ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Eingriff, den der Beklagte zu 2 bei der Klägerin durchgeführt hat, auch einem anderen Arzt in gleicher Weise misslungen wäre (vgl. BGH NJW 1996, 3074). Dass derselbe Schaden auch bei Durchführung des Eingriffs in einem entsprechend ausgerüsteten Krankenhaus aufgetreten wäre, müsste die Beklagtenseite beweisen (Geiß/Greiner, a.a.O., Rn. C 152 f.). Dies wird von Beklagtenseite jedoch nicht behauptet und auch nicht unter Beweis gestellt. Eine solche Annahme wäre auch im Hinblick auf die Ausführungen des Sachverständigen, wonach die Problematik in einem entsprechend technisch ausgerüsteten Krankenhaus vermeidbar wäre, nicht möglich.

3. Da der Eingriff vom 09.05.2012 mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig war, stellt dieser selbst schon einen Schaden der Klägerin dar (Geiß/Greiner, a.a.O., Rn. C 147).

Zum Schaden gehören aber auch die Verschlechterungen, die durch den Eingriff verursacht wurden.

Prof. F. hat als Sachverständiger ausgeführt, dass bei dem Eingriff vom 09.05.2012 ein sensibles Karpaltunnelsyndrom, das bedeute eine Irritation des Nervus medianus mit einer fast vollständigen Erholung der Nervenfunktion und nur extrem geringen - nach Aussage der Klägerin mittlerweile nicht mehr störenden - verbliebenen Sensibilitätsstörungen aufgetreten sei. Dieses Karpaltunnelsyndrom bzw. die sensible Medianusschädigung sei schicksalhaft eingetreten und nicht auf ein behandlungsfehlerhaftes Verhalten durch des Beklagten zu 2 zurückzuführen (As. 193). Die Klägerin hatte bei der Erhebung der Anamnese gegenüber dem Sachverständigen erklärt, dass man ihr mitgeteilt habe, der Nerv würde sich wieder erholen, was letztendlich auch so eingetreten sei. Zum Untersuchungszeitpunkt beim Sachverständigen am 24.10.2014 sei die betroffene Hand vollkommen beschwerdefrei gewesen, wobei das Gefühl, dass die Sensibilität rechts in den Fingerspitzen etwas anders sei als links, noch verblieben sei. Dies störe jedoch nicht. Die Klägerin hat weiter angegeben, dass sie sonst keine Probleme mit der Hand habe und kraftvoll zugreifen könne und auch die Feinmotorik nicht eingeschränkt sein. Das fehlende oder reduzierte Gefühl in der Hand, welches insbesondere auch beim Bedienen der Computermaus gestört habe, habe etwa 5 Monate lang angehalten (As. 171). Auch bei ihrer informatorischen Anhörung hat die Klägerin bestätigt, dass das Problem mit dem Taubheitsgefühl erst nach Monaten langsam besser geworden sei. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung habe sie kaum noch etwas gespürt. In den Fingerspitzen seien Unterschiede feststellbar, was die Klägerin aber im Alltag nicht behindere (As. 249).

Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin aufgrund der Operation etwa 5 Monate deutliche Taubheitsgefühle in den Fingern der rechten Hand hatte, die danach innerhalb weiterer weniger Wochen weitgehend abgeklungen sind und einen nicht im Alltag störenden Residualzustand erreicht haben.

Die Kammer hält im Hinblick auf diese Umstände und das geringe Verschulden des Beklagten zu 2, der einen behandlungsfehlerfreien Eingriff durchführte, einen Schmerzensgeldbetrag von insgesamt 5.000,00 Euro für angemessen und ausreichend.

Die Klägerin kann zudem im Hinblick auf den nicht abgeschlossenen Schadensverlauf der materiellen Schäden sowie mögliche, aber noch nicht medizinisch absehbare immaterielle Schäden die Feststellung der Haftung der Beklagten verlangen.

Die Haftung der Beklagten zu 1 ergibt sich aus § 128 HGB analog.

## II.

Der Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen folgt aus §§ 286, 288 Abs. 1 BGB.

Der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit der Klägerin gegenüber ihren Prozessbevollmächtigten für die vorgerichtliche Vertretung folgt aus §§ 280, 288 Abs. 4 BGB. Die Klägerin kann jedoch lediglich Befreiung von einer Gebühr i.H.v. 1,3 und nicht i.H.v. 2,0 verlangen, da nur insoweit eine Gebühr angefallen ist. Die Beklagten haben die Angemessenheit der Gebühr von 2,0 bestritten. Die Klägerin hat keine Ausführungen dazu gemacht, warum hier eine erhöhte Gebühr gerechtfertigt sein soll. Auf dieser Grundlage ist ein Gutachten der Rechtsanwaltskammer gemäß § 14 Abs. 2 RVG nicht einzuholen. Dieses wäre im Übrigen ohnehin nur zwingend im Rechtsstreit zwischen Rechtsanwalt und Mandant bei der Rechtsanwaltskammer einzuholen (Mayer/Kroiß-Winkler, RVG, 6. Auflage, § 14 Rn. 67 ff., m.w.N.). Die Gebühr ist auch nur aus dem Gegenstandswert entsprechend dem Obsiegen im vorliegenden Rechtsstreit zu rechnen.

Die Kostenscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

### **32. OLG Köln, Urteil vom 22.04.2015 – 5 U 108/14 – \* Arzthaftungsprozess: Indikation für eine Arthroskopie; Befragung des Klägers bei einer Untersuchung durch den medizinischen Sachverständigen**

#### **Orientierungssatz**

1. Das Vorliegen eines hochgradig schmerzhaften Kniegelenks bei unbekannter Ursache, eine hochgradige Bewegungsschmerzhaftigkeit und eine erfolglose Behandlung der Symptomatik über fünf Tage begründen die Indikation für eine sofortige Durchführung einer Arthroskopie.

2. Untersucht ein medizinischer Sachverständiger in einem Arzthaftungsprozess den klagenden Patienten, so ist eine gleichzeitige Befragung des Patienten zu Umständen der Behandlung, insbesondere zu der früheren klinischen Symptomatik, zulässig.

#### **Tenor**

Die Berufung der Klägerin zu 1) und die Berufung des Klägers zu 2) gegen das am 5.06.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 494/12 - werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 1) zu 40 % und dem Kläger zu 2) zu 60 % auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägern wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Gründe**

## I.

Der am X.X.1963 geborene Kläger zu 2) ist bei der Klägerin zu 1) gesetzlich krankenversichert. In der Nacht zum 26.5.2007 traten starke Schmerzen im rechten Knie auf. Am Morgen des 26.5.2007 suchte der Kläger zu 2) die Ambulanz des Kreiskrankenhauses X auf und berichtete, ohne Trauma mit Knieschmerzen aufgewacht zu sein. Die körperliche Untersuchung ergab keinen Erguss, keine Schwellung, stabile Bandstrukturen und eine Extension/Flexion von 0/0/40 bei Beugeschmerz. Eine Röntgenaufnahme zeigte ein unauffälliges Ergebnis. Die Ärzte legten einen Voltarensalbenverband an und rieten zur Hochlagerung, Kühlung und Schonung.

Am 29.5.2007 und 31.5.2007 stellte sich der Kläger zu 2) bei seinem Hausarzt Dr. L vor, der ihn am 31.5.2007 mit dem Vermerk "Knieschwellung rechts, Rö. Krankenhaus X alles o.B." in das Krankenhaus der ehemaligen Beklagten zu 1) überwies.

In der Ambulanzkarte der ehemaligen Beklagten zu 1) ist unter dem 31.5.2007 als Anamnese vermerkt "Pfingsten Schmerzen rechtes Knie ohne Trauma." Ein klinischer Untersuchungsbefund ist nicht eingetragen. Der Beklagte zu 2) erklärte dem Kläger, dass zur weiteren Diagnostik eine MRT-Untersuchung oder eine ambulante Spiegelung durchgeführt werden könnten. Die Wartezeit bis zu einer MRT-Untersuchung betrage mindestens zwei Wochen. Der Kläger zu 2) entschied sich für eine ambulante Kniespiegelung. Nach einem mit dem Beklagten zu 2) geführten Aufklärungsgespräch unterzeichnete er einen DIOMed-Aufklärungsbogen.

Am 1.6.2007 führte der Beklagte zu 3), dem der Beklagte zu 2) assistierte, die Arthroskopie durch. Dabei stellte er eine Synovitis und einen zweitgradigen Knorpelschaden an der lateralen Femurkondyle fest. Es erfolgten eine partielle Synovektomie und eine Glättung des Knorpels. Gegen Ende der Operation legte der Beklagte zu 3) eine Drainage ein.

Bei der Kontrolluntersuchung vom 2.6.2007 bestanden ausweislich der Behandlungsunterlagen der ehemaligen Beklagten zu 1) weder Beschwerden noch ein Erguss. Die Drainage wurde entfernt. Am 4.6.2007 führte der Beklagte zu 2) die Kontrolluntersuchung durch. Er vermerkte "kein Erguss, Feuchverband" in den Behandlungsunterlagen. Am 6.6.2007 zeigte sich eine reichliche Sekretion über dem lateralen Stichkanal, die flockig gelb war.

Die Beklagten nahmen den Kläger zu 2) stationär auf. Bei der am gleichen Tag durchgeführten Rearthro-skopie erfolgten eine ausgiebige Spülung, eine Synovektomie und die Anlage einer Spül-Saug-Drainage. Der entnommene Abstrich ergab eine Infektion mit dem Keim staphylococcus aureus. Weitere Rearthro-skopien erfolgten am 20.6.2007, 28.6.2007 und 3.7.2007. Am 10.7.2007 wurde der Kläger zu 2) entlas-sen.

Eine am 20.7.2007 durchgeführte Magnetresonanztomografie zeigte einen weitgehenden Knorpelverlust im medialen und lateralen Gelenkkompartiment. Am 8.10.2008 wurde dem Kläger zu 2) im St. Josef Hos-pital Troisdorf eine Knie totalendoprothese implantiert.

Die Klägerin zu 1) hat die ehemalige Beklagte zu 1) sowie die Beklagten zu 2) und 3) aus übergege-nem Recht des Klägers zu 2) auf Erstattung von geleistetem Krankengeld und von Behandlungskosten in Höhe von 34.836,89 EUR sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht in Anspruch genommen. Dabei hat sie sich auf eine Begutachtung des Behandlungsgeschehens durch Prof. Dr. M/Dr. R gestützt (Anlage K 1, K 2 und Bl. 155 ff. d.A.). Der Kläger zu 2) hat von der ehemaligen Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) die Zahlung eines Schmerzensgeldes von mindestens 30.000 EUR, eine mit entstehendem Verdienst-ausfall begründete Rente ab dem 1.8.2007 von monatlich 200 EUR, die Erstattung von Fahrt- und Re-zeptkosten von 3.129,89 EUR und den Ersatz eines Haushaltsführungsschadens von 1.240 EUR ver-langt. Die Kläger haben den Beklagten vorgeworfen, dass am 31.5.2007 die erforderliche klinische Un-tersuchung nicht dokumentiert worden und unterblieben sei. Am 1.6.2007 sei eine Spiegelung des Knies nicht indiziert gewesen sei. Zunächst habe eine MRT-Untersuchung als nicht invasive diagnostische Maß-nahme vorgenommen werden müssen. Die Drainage sei fehlerhaft ohne Sog eingelegt worden. Das Auf-treten der Infektion sei - so allein der Kläger zu 2) - auf unzureichende Desinfektion und Sauberkeit bei der Operation zurückzuführen. Die sich entwickelnde Infektion sei verspätet erkannt und behandelt wor-den. Bereits am 2.6.2007 hätten die Beschwerden des Klägers zu 2) zugenommen. Bei der Kontrollun-tersuchung vom 4.6.2007 habe er sich über starke Schmerzen im Knie beschwert. Es sei dick und heiß und die Beweglichkeit sei eingeschränkt gewesen. Auf Nachfrage, weshalb Eiter bzw. soviel trübe stin-kende Flüssigkeit herauskomme, habe der Beklagte zu 2) lediglich erklärt, dass dies normal sei. Über mögliche Behandlungsalternativen sei der Kläger zu 2) nicht aufgeklärt worden.

Die Klägerin zu 1) hat beantragt,

1. die ehemalige Beklagte zu 1) sowie die Beklagten zu 2) und 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 34.836,89 EUR zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,

2. festzustellen, dass die ehemalige Beklagte zu 1) sowie die Beklagten zu 2) und 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr sämtliche weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden aus übergege-nem Recht zu erstatten, die ihr infolge der fehlerhaften Behandlung des Mitgliedes B S, geboren am X.X.1963, ab 05.2007 entstanden sind bzw. noch entstehen werden.

Der Kläger zu 2) hat beantragt,

die ehemalige Beklagte zu 1) und den Beklagten zu 2) zu verurteilen, an ihn ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes, angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit in einer Größenordnung von 30.000 EUR zu zahlen,

die ehemalige Beklagte zu 1) und den Beklagten zu 2) zu verurteilen, eine angemessene Schmerzens-geldrente ab dem 1.8.2007 in Höhe von monatlich 200 EUR lebenslang zu zahlen,

die ehemalige Beklagte zu 1) und den Beklagten zu 2) zu verurteilen, Fahrtkosten und Parkgebühren sowie Rezeptauslagen in Höhe von insgesamt 3.129,89 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunk-ten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

die ehemalige Beklagte zu 1) und den Beklagten zu 2) zu verurteilen, den Haushaltsführungsschaden in Höhe von 1.240 EUR (1.7.2007 bis 1.11.2007 = 124 Tage x 10 EUR) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die ehemalige Beklagte zu 1) sowie die Beklagten zu 2) und 3) haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie sind dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers und einer mangelhaften Aufklärung entgegen getreten.

Das Landgericht hat die getrennt erhobenen Klagen zunächst zum Zwecke der gemeinsamen Beweisauf-nahme verbunden und ein orthopädisches Gutachten von Prof. Dr. L2 eingeholt (Bl. 348 ff. d.A.). Der Sachverständige hat den Kläger zu 2) am 23.8.2013 untersucht und zum Behandlungsgeschehen befragt. In der mündlichen Verhandlung vom 5.5.2014 hat das Landgericht die beiden ursprünglichen Verfahren zum Zwecke der gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Sodann hat es den Sachver-ständigen angehört (Bl. 447 ff. d.A.).

Daraufhin hat es die Klage abgewiesen. Behandlungsfehler seien nicht erwiesen. Angesichts der über fünf Tage erfolglos behandelten starken Schmerzen im rechten Kniegelenk sei die Arthroscopie, obwohl es sich um eine invasive diagnostische Maßnahme gehandelt habe, indiziert gewesen. Ein Aufklärungs-mangel liege nicht vor. Die Option des Zuwartens auf eine MRT-Untersuchung sei mit dem Kläger zu 2) besprochen worden. Die Anlage einer Redondrainage ohne Sog sei nicht fehlerhaft gewesen. Weder am

2.6.2007 noch am 4.6.2007 habe es abklärungsbedürftige Hinweise auf das Vorliegen eines Infekts gegeben. Aus der Behandlungsdokumentation gingen keine Auffälligkeiten hervor. Die Erklärungen des Klägers zu 2) im Verhandlungstermin zu den seinerzeit bestehenden Symptomen seien unergiebig. Dies gelte unter Berücksichtigung des im Übrigen kargen Vorbringens des Klägers zu 2) auch für die Angabe, dass das austretende Sekret übelriechend gewesen sei. Eine Vernehmung der Ehefrau des Klägers zu 2) als Zeugin sei daher nicht veranlasst gewesen.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit der Berufung. Die Klägerin zu 1), deren Berufungsrügen der Kläger zu 2) teils wiederholt und sich im Übrigen zu Eigen macht, vertieft ihren Vortrag dazu, dass eine Indikation zu einer Arthroskopie nicht bestanden habe. Der Sachverständige Prof. Dr. L2 habe, ohne dazu ermächtigt oder befugt zu sein, eine Zeugeneinvernahme des Klägers zu 2) durchgeführt und hierauf sein Gutachten gestützt. Den Vortrag der Kläger, insbesondere die der Klageschrift der Klägerin zu 1) beigefügte schriftliche Aussage des Klägers zu 2) (Anlage K 5), habe der Sachverständige dagegen ignoriert. Hierdurch habe er versucht, die nicht vorhandene präoperative ärztliche Dokumentation und Befunderhebung zu heilen. Er habe unterstellt, dass das Knie am 31.5.2007 stark schmerzhaft, nicht belastbar, berührungsempfindlich, dick, gerötet und heiß gewesen sei. Dem Antrag auf Vernehmung oder Anhörung des Klägers zu 2) und seiner Ehefrau sei das Landgericht nur teils nachgekommen. Der Kläger zu 2) habe die von Prof. Dr. L2 unterstellten Umstände im Rahmen seiner Anhörung gerade nicht bestätigt. Im vorliegenden Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass die Erklärung des Beklagten zu 2), auf ein MRT müsse der Kläger zu 2) zwei Wochen lang warten, unzutreffend gewesen sei. Ein MRT hätte umgehend durchgeführt werden können, wenn dies als zwingend notwendig eingestuft worden wäre.

Darüber hinaus habe der Kläger zu 2) über die Behandlungsalternativen und die Risiken des Eingriffs aufgeklärt werden müssen, was unterblieben sei. Ihm sei nicht angeboten worden, sich konservativ per Schmerztherapie behandeln zu lassen, was eine vertretbare Behandlungsalternative gewesen sei. Ebenso habe eine MRT-Untersuchung in einem vernünftigen Zeitrahmen angeboten werden müssen. Die weitreichenden Folgen einer Kniegelenksinfektion bis hin zu einem vollständigen Bewegungsverlust und der Implantation einer Totalendoprothese seien dem Kläger nicht aufgezeigt worden.

Präoperativ sei eine Befunderhebung weder dokumentiert worden noch habe sie stattgefunden. Postoperativ sei eine weitere Befunderhebung vor dem 6.6.2007 erforderlich gewesen. Hierzu bezieht sich die Klägerin zu 1) auf die in erster Instanz für den 2.6.2007 und 4.6.2007 vorgetragene Symptome.

Mit Beschluss vom 24.11.2014 hat das Amtsgericht Bonn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ehemaligen Beklagten zu 1) eröffnet. Daraufhin hat der Senat das Verfahren in der mündlichen Verhandlung vom 9.3.2015, soweit es sich gegen die ehemalige Beklagte zu 1) richtet, im Hinblick auf die insoweit eingetretene Unterbrechung abgetrennt.

Die Klägerin zu 1) beantragt nunmehr,

1. die Beklagte zu 2) und 3) nach den in erster Instanz zuletzt gestellten Anträgen der Klägerin zu 1) zu verurteilen,
2. hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger zu 2) beantragt nunmehr,

1. den Beklagte zu 2) nach den in erster Instanz zuletzt gestellten Anträgen des Klägers zu 2) zu verurteilen,
2. hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagten zu 2) und 3) beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat den Kläger zu 2) und den Beklagten zu 2) zu der nach der Operation vom 1.6.2007 bestehenden klinischen Symptomatik angehört und die Ehefrau des Klägers zu 2) Grit S hierzu als Zeugin vernommen. Wegen des Inhalts der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 9.3.2015 verwiesen (Bl. 562 ff. d.A.).

II.

Die Berufung, die nach Verfahrenstrennung noch die Klage der Klägerin zu 1) gegen die Beklagten zu 2) und 3) sowie die Klage des Klägers zu 2) gegen den Beklagten zu 2) betrifft, ist unbegründet.

Die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) können von dem Beklagten zu 2), der an allen als Anknüpfungspunkt für eine Haftung in Betracht kommenden Behandlungen beteiligt war, weder die Zahlung eines Schmerzensgeldes noch materiellen Schadensersatz verlangen. Ersatzansprüche der Klägerin zu 1) gegen den Beklagten zu 3) bestehen ebenfalls nicht.

1. Es lässt sich nicht feststellen, dass den Beklagten zu 2) und 3) ein schadensursächlicher Behandlungsfehler zur Last fällt.
  - a) Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass die am 1.6.2007 durchgeführte Arthroskopie des rechten Knies indiziert war.

Eine nicht invasive bildgebende Diagnostik, insbesondere eine Magnetresonanztomografie, war vor der Kniespiegelung nicht zwingend erforderlich. Zu dieser Beurteilung ist der Sachverständige Prof. Dr. L2 auf der Grundlage der Angaben gelangt, die der Kläger zu 2) ihm gegenüber im Rahmen der Untersuchung und Befragung am 23.8.2013 gemacht hat. Ausweislich des Gutachtens hat der Kläger zu 2) berichtet, am 26.5.2007 in der Nacht mit starken Schmerzen im Bereich des rechten Kniegelenks aufgewacht zu sein. Er sei aufgrund der massivsten Schmerzen aufgestanden und dann umgekippt. Trotz der im Kreiskrankenhaus X eingeleiteten und vom Hausarzt Dr. L fortgeführten Therapie mit einem Voltaren-salbenverband und mit Schmerzmitteln hätten die Beschwerden angehalten. Bei der Vorstellung beim Beklagten zu 2) am 31.5.2007 habe er erhebliche Schmerzen in der Form gehabt, dass er das Knie nicht habe belasten können und dass das Knie sehr berührungsempfindlich gewesen sei (dick/gerötet/heiß). Der Beklagte zu 2) habe versucht, das Knie zu bewegen, was aufgrund der starken Schmerzen jedoch kaum möglich gewesen sei (Bl. 357 f. d.A.).

Ausschlaggebend dafür, eine sofortige invasive Spiegelung des Knies als indiziert und nach fachärztlichem Standard zulässig anzusehen, waren für Prof. Dr. L2 das Vorliegen eines hochgradig schmerzhaften Kniegelenks bei unbekannter Ursache, die hochgradige Bewegungsschmerzhaftigkeit und der Umstand, dass die Symptomatik bereits fünf Tage ohne Erfolg anbehandelt worden war (Bl. 382 f., 384, 449 d.A.). Insbesondere bestehe - so der Sachverständige - bei den genannten Beschwerden der Verdacht auf einen eingeklemmten Meniskus. Dieser führte zu einer hochgradig schmerzhaften Bewegungseinschränkung, zu einem Gelenkerguss, zu starken Schmerzen und sei konservativen Therapien nicht zugänglich (Bl. 384 f. d.A.). Dass die von Prof. Dr. L2 zugrunde gelegten Tatsachen die Indikation für eine sofortige Durchführung der Arthroskopie begründeten, räumen die von der Klägerin zu 1) beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. M und Dr. R in ihrem Ergänzungsgutachten ein (Bl. 160 f. d.A.). Es leuchtet auch ein, dass massive Schmerzen es einem Arzt erlauben, dem Patienten selbst die Entscheidung zwischen einer sofort möglichen, nicht völlig risikofreien invasiven Diagnostik mit therapeutischer Option und einer mit einer gewissen Zeitverzögerung verbundenen bildgebenden Diagnostik zu überlassen, an die sich ein aus therapeutischen Gründen gegebenenfalls notwendiger invasiver Eingriff erst mit einer weiteren Zeitverzögerung anschließen lassen kann.

Der von den Klägern gerügte Umstand, dass der Sachverständige Prof. Dr. L2 den Kläger zu 2) im Rahmen der klinischen Untersuchung zum Behandlungsgeschehen befragt hat, begründet keinen Mangel des Gutachtens. Die ursprünglich getrennt erhobenen Klagen waren im Zeitpunkt der Erstellung des schriftlichen Gutachtens zum Zwecke der gemeinsamen Beweiserhebung verbunden. Zu Beginn der mündlichen Verhandlung und vor Anhörung des Sachverständigen hat das Landgericht sie sodann zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Sofern ein medizinischer Sachverständiger in einem Arzthaftungsprozess den klagenden Patienten untersucht, ist eine gleichzeitige Befragung des Patienten zu Umständen der Behandlung, insbesondere zu der früheren klinischen Symptomatik, üblich. Soweit ersichtlich, wird sie weder in veröffentlichten Gerichtsentscheidungen noch in der Literatur als unzulässig angesehen. Im Rahmen des im Arzthaftungsprozess teils geltenden Amtsermittlungsgrundsatz ist es sinnvoll, zugängliche Erkenntnisquellen zu nutzen.

Auch wenn eine Befragung des klagenden Patienten durch den Sachverständigen danach keinen Bedenken unterliegt, ändert dies nichts daran, dass streitige und für die medizinische und rechtliche Beurteilung erhebliche Anknüpfungstatsachen nicht durch den Sachverständigen, sondern durch das Gericht festzustellen sind. Der von den Klägern bereits in erster Instanz beantragten Anhörung bzw. Vernehmung des Klägers zu 2) und seiner Ehefrau bedurfte und bedarf es im vorliegenden Zusammenhang gleichwohl nicht. Denn der für die Beurteilung maßgebliche Tatsachenkern, das heißt das Ende05.2007 vorliegende Bild eines schmerzgeplagten Patienten, ist nach den gesamten Umständen unstrittig. Soweit die Klägerin zu 1) die vom Sachverständigen Prof. Dr. L2 nach Befragung des Klägers zu 2) zugrunde gelegten Umstände in ihrer Stellungnahme zum schriftlichen Gutachten pauschal bestritten hat, ist ihr Vorbringen mangels jeglicher Substanz unbeachtlich.

Zunächst hat der Kläger zu 2) weder in seinen Schriftsätzen noch in der Verhandlung vor dem Landgericht, in der er persönlich anwesend war, geltend gemacht, die von Prof. Dr. L2 in seinem Gutachten wiedergegebenen Äußerungen im Rahmen der Untersuchung vom 23.8.2013 nicht getätigt zu haben. In seiner Klageschrift vom 20.12.2012 hat er vorgetragen, sich am 26.5.2007 mit unerträglichen Schmerzen in der Notaufnahme des Kreiskrankenhauses X vorgestellt zu haben (Bl. 246 d.A.). Eine Besserung des Beschwerdebildes in den nächsten Tagen hat er nicht dargelegt. In seiner Schilderung des Geschehens, die in der Klageschrift der Klägerin zu 1) vom 5.12.2012 zitiert ist (Anlage K 5), hat er angeführt, dass er am 31.5.2007 sehr starke Schmerzen gehabt und sich deshalb für eine ambulante Spiegelung entschieden habe. Dies deckt sich mit dem ersten anwaltlichen Schreiben des Klägers zu 2) vom 8.11.2007, in dem für den 26.5.2007 und den 31.5.2007 nochmals erhebliche bzw. sehr starke Schmerzen angeführt werden (Bl. 46 d.A.). In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 5.5.2014, in der sich der Kläger zu 2) zu einigen Gesichtspunkten geäußert hat, hat dieser bekundet, dass er in der Nacht zum 26.5.2007 plötzlich starke Schmerzen am rechten Knie empfunden habe. Die starken Schmerzen hielten nach den weiteren Bekundungen des Klägers zu 2) am 31.5.2007 bei der Vorstellung beim Beklagten zu

2) an. Die mit den Schmerzen einhergehende Bewegungseinschränkung ist im Bericht des Kreiskrankenhauses X vom 26.5.2007 festgehalten worden (Bl. 115 d.A.).

b) Ob die klinische Untersuchung des Klägers zu 2) durch den Beklagten zu 2) am 31.5.2007 unzureichend und fehlerhaft war, kann dahinstehen. Wie aus den vorstehenden Ausführungen folgt, kann nicht angenommen werden, dass sich ein einer Arthroskopie entgegen stehender Befund ergeben hätte.

c) Anhaltspunkte für eine hygienisch mangelhafte Durchführung des Eingriffs vom 1.6.2007 haben weder Prof. Dr. L2 noch ein sonst mit dem Fall befasster Sachverständiger gesehen. Auf diesen Gesichtspunkt stützen sich die Kläger folgerichtig im Berufungsverfahren nicht mehr.

d) Soweit die Beklagten am 1.6.2007 den Drainageschlauch ohne Sog in die Wunde eingelegt oder diesen ohne Sog belassen haben, haben Prof. Dr. L2 und ihm folgend das Landgericht einen Behandlungsfehler verneint. Der Sachverständige hat darauf hingewiesen, dass beide Verfahrensweisen üblich und zulässig seien (Bl. 387 d.A.), wogegen sich die Kläger im Berufungsverfahren nicht wenden.

e) Es kann nicht angenommen werden, dass der Beklagte zu 2) den sich im Kniegelenk entwickelnden Infekt verspätet erkannt und nicht rechtzeitig durch diagnostische Maßnahmen abgeklärt hat. Eine Beteiligung des Beklagten zu 3) an der Nachbehandlung ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Hinweise für einen möglichen Infekt sind nach den Darlegungen von Prof. Dr. L2 eine auffällige Sekretbildung mit entsprechender Verfärbung bis hin zum Eiterabfluss, eine Rötung, Schwellung und geklagte Schmerzen sowie systemische Infektzeichen wie Fieber, Schüttelfrost und Krankheitsgefühl (Bl. 390, 450 d.A.). Eine unauffällige Sekretbildung, eine Schwellung und Schmerzen ließen sich - so der Sachverständige weiter - auch am 4.6.2007, das heißt am dritten postoperativen Tag, noch mit dem Eingriff als solchen in Einklang bringen und hierdurch erklären. Insbesondere seien die Bildung und der Abfluss von Sekret in der Zeit nach dem Ziehen der Drainage zu erwarten. Eine ausgeprägte Rötung spreche dagegen für einen Infekt. Auch einem übel riechenden Sekret und/oder Eiterbildung sei nachzugehen. Als weitere Befunderhebung seien eine Laborkontrolle und gegebenenfalls eine Punktion des Gelenks veranlasst (Bl. 450, 451 d.A.). Diese Ausführungen stehen in Einklang mit dem, was dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist.

Hiervon ausgehend lässt sich nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme auch für den 4.6.2007 kein klinischer Befund feststellen, der den Verdacht einer Infektion des Knies hätte begründen müssen und der eine diagnostische Abklärung erfordert hätte.

Der Kläger zu 2) und die Zeugin S haben einen Flüssigkeitsaustritt aus der Wunde, eine Schwellung des Knies und Schmerzen im operierten Bereich geschildert, die sich am dritten postoperativen Tag noch durch einen üblichen Verlauf nach einer Spiegelung des Kniegelenks erklären ließen. Die austretende Flüssigkeit hat der Kläger zu 2), was ihr sichtbares Erscheinungsbild angeht, als gelblich, eher etwas trübe als klar und als etwas dickflüssiger dargestellt. Die Zeugin S hat bekundet, dass die Flüssigkeit von einer trüben Beschaffenheit und von einer gelblichen Farbe gewesen sei. Ob sie eher dick- oder dünnflüssig gewesen sei, könne sie nicht sagen. Diesen Beschreibungen lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei der Flüssigkeit um Eiter gehandelt hat. Auch sonst ergeben sie gemessen an den Darlegungen des Sachverständigen kein auffälliges Bild.

Desgleichen lässt sich ein übler Geruch, der nach den Erläuterungen von Prof. Dr. L2 ebenfalls Anlass zur Abklärung eines Infekts gegeben hätte, nicht feststellen. Zwar hat der Kläger zu 2) angegeben, dass die Flüssigkeit etwas gerochen habe. Der Geruch sei deutlicher und intensiver als in den Vortragen gewesen. Die Zeugin S hat dagegen einen auffälligen Geruch der aus der Wunde austretenden Flüssigkeit nicht bestätigen können. Dies steht damit in Einklang, dass der nach dem Revisionseingriff festgestellte Erreger *staphylococcus aureus* nach den Darlegungen von Prof. Dr. L2 kein übel riechender Keim ist.

Schließlich kann die Angabe des Klägers zu 2), dass das gesamte Knie am 4.6.2007 rot gewesen sei, was nach den vorstehenden Ausführungen ein abzuklärender Hinweis auf Infekt gewesen wäre, für die medizinische und rechtliche Beurteilung nicht als richtig zugrunde gelegt werden. Denn eine Rötung im Kniebereich haben die Kläger zuvor zu keinem Zeitpunkt behauptet, obwohl die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) umfassend zu dem postoperativ bestehenden klinischen Bild vorgetragen haben. Auch die Zeugin S hat eine auffällige Rötung des Knies in ihrer Vernehmung für den 4.6.2007 nicht bestätigt.

2. Die Beklagten zu 2) und 3) haften den Klägern nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung. Sie haben den Kläger zu 2) vor der Durchführung der Arthroskopie am 31.5.2007 ordnungsgemäß aufgeklärt.

Wie der Kläger zu 2) in der Anlage K 5 selbst ausgeführt hat und unstreitig ist, hat der Beklagte zu 2) den Kläger zu 2) über die nicht invasive diagnostische Alternative einer MRT-Untersuchung unterrichtet. Dass dies mit einer Wartezeit von mindestens zwei Wochen verbunden gewesen wäre, ist nach den Ausführungen von Prof. Dr. L2 zutreffend (vgl. Bl. 383 d.A., entsprechend Prof. Dr. Roesgen auf S. 9 des Gutachtens vom 3.11.2010, Anlage K 3). Ein zu einer Beschleunigung der üblichen Zeiten führender Notfall lag am 31.5.2007 nicht vor. Eine Wartezeit wäre für den Kläger mit andauernden starken Schmerzen im rechten Knie verbunden gewesen, sie hätte aber nicht zu einer Gefährdung oder einer Verschlechterung der Heilungsaussichten geführt.

Eine konservative Behandlung der Schmerzen, das heißt eine therapeutische Maßnahme, hätte nach ihrer Zielrichtung keine Alternative zu einer diagnostischen Zwecken dienenden Spiegelung des Knies dargestellt. Außerdem war dem Kläger zu 2) die grundsätzliche Möglichkeit einer konservativen Schmerzbehandlung dadurch bekannt, dass diese im Kreiskrankenhaus X eingeleitet und von seinem Hausarzt zunächst fortgeführt worden war.

Soweit die Kläger in der Berufungsbegründung geltend machen, dass keine ausreichende Risikoaufklärung erfolgt sei, handelt es sich um ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel, das gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO nicht zuzulassen ist. In erster Instanz war es nicht streitig, dass der Kläger entsprechend dem bei den Behandlungsunterlagen befindlichen Aufklärungsbogen "Spiegelung des Kniegelenks ..." aufgeklärt worden ist, den er unter dem 31.5.2007 unterschrieben hat. In diesem sind das Risiko einer Gelenkinfektion und deren mögliche Folgen bis hin zur Gelenkversteifung und dem Verlust des Beins beschrieben. Die Voraussetzungen, unter denen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ausnahmsweise zu berücksichtigen sind, sind weder dargetan noch erkennbar.

Im Übrigen lässt sich nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellen, dass die am 1.6.2010 durchgeführte Kniegelenksspiegelung zu dem Infekt und den hierauf beruhenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers zu 2) geführt hat. Wie Prof. Dr. L2 unter Hinweis auf den bereits am 1.6.2010 erhöhten Leukozytenwert dargelegt hat, besteht eine zwar geringe, aber nicht völlig zu vernachlässigende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sich der Infekt bereits vor dem Eingriff vom 1.6.2010 gebildet hatte (Bl. 448 f. d.A).

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 und 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

Berufungsstreitwert: 99.006,78 EUR (wie 1. Instanz)

**33. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.04.2015 – 10 W 57/14, 10 W 57/14 (Abl) – \* Der Sachverständige handelt grob fahrlässig, wenn er in seinem Gutachten Formulierungen verwendet, die ein subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit rechtfertigen können. Die unbedingt erforderliche Unparteilichkeit des Sachverständigen gebietet es, dass sich der Sachverständige während der Gutachtenerstattung absolut neutral verhalten muss und dass er die Beweisfragen unvoreingenommen und objektiv beantwortet. Bereits der durch seine Formulierungen verursachte Anschein der Parteilichkeit macht das Gutachten unbrauchbar, auch wenn es sachlich tatsächlich ohne Mängel ist. Der Sachverständige verliert dann seinen Vergütungsanspruch**

#### Tenor

Die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den im Beschluss der Zivilkammer 1 des Landgerichts Stendal vom 11.09.2014 angeordneten rückwirkenden Entfall des Anspruchs auf Vergütung wird zurückgewiesen.

Das Verfahren ist gerichtsgebührenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

#### Gründe

I.

Im Ausgangsverfahren nimmt der Kläger die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Dies stützt er darauf, dass er durch die Ärzte der Beklagten fehlerhaft behandelt worden sei. Die Versorgung einer am 10.09.2011 erlittenen Unfallverletzung des Klägers sei unzureichend gewesen, weil der Abriss einer Sehne des fünften Fingers der rechten Hand übersehen worden sei. Aus der unterbliebenen operativen Versorgung dieser Läsion sei dem Kläger dauerhafter Körperschaden in Form eingeschränkter Beweglichkeit der rechten Hand und wiederkehrender Schmerzen entstanden.

Das Landgericht hat den Beschwerdeführer mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt. Unter dem 31.03.2014 nahm der Beschwerdeführer schriftlich zu Fragen der Prozessbevollmächtigten des Klägers Stellung, die der Auseinandersetzung mit dem vorangegangenen Gutachten des Beschwerdeführers vom 29.12.2013 (Bl. 101 ff GA I) gewidmet waren. Auf die vorbezeichnete Stellungnahme (Bl. 156 ff GA I) wird verwiesen.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 11.09.2014 (Bl. 192 ff GA I) hat die vollbesetzte Zivilkammer 1 des Landgerichts Stendal das Ablehnungsgesuch des Klägers gegen den Beschwerdeführer für begründet erklärt. Ferner hat die Kammer ausgesprochen, dass der Anspruch des Sachverständigen auf Vergütung rückwirkend entfalle.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 31.03.2014 das berechnete Misstrauen an seiner Unparteilichkeit wecke. Der Beschwerdeführer sei der ihm obliegenden Verpflichtung, das Gutachten zu erstatten, nicht ausreichend nachgekommen. Er habe es abgelehnt, einen Teil der Fragen des Klägers, die aus seiner Sicht nicht zur weiteren Klärung des Sachverhalts beitragen, zu beantworten. Diese Vorgehensweise stehe der Verweigerung des Gutachtauftrages gleich. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer das Gebot, stets Objektivität und strenge Sachlichkeit zu wahren, verletzt. Dazu gehöre, dass ein Sachverständiger auf Kritik, die ihm entgegen gebracht wird,

sachlich reagiert. Die Äußerung des Beschwerdeführers, er sei nicht bereit hinzunehmen, "dass ein Rechtsanwalt, der seine Expertise in keinsten Weise bewerten könne, diese in Zweifel ziehen dürfe", stehe mit diesen Prinzipien nicht im Einklang. Dem Beschwerdeführer sei der Vergütungsanspruch gem. § 413 ZPO in Verb. mit § 8a Abs. 2 JVEG abzusprechen, da er durch seine unsachliche und übersteigerte Reaktion zumindest grob fahrlässig einen Grund für die Ablehnung geschaffen habe.

Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer. Er vertritt die Ansicht, dass seine beanstandete Stellungnahme die Besorgnis der Befangenheit nicht begründe. Dazu vertritt er die Ansicht, die Prozessbevollmächtigten des Klägers hätten keine objektiv-kritischen Fragen an ihn gerichtet sondern polemische Anschuldigungen in den Vordergrund gestellt. Es sei nicht gerechtfertigt, die Vergütung abzuerkennen, da die gutachterliche Leistung zunächst von den Vorwürfen, die der Prozessbevollmächtigte des Klägers nachträglich erhoben habe, unbeeinträchtigt gewesen sei.

Das Landgericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 14.11.2014 (Bl. 25 GA II) nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht vorgelegt.

II.

Die angefochtene Entscheidung enthält mit der Aberkennung der Vergütung eine gerichtliche Festsetzung im Sinne des § 4 Abs. 1 JVEG. Dagegen ist gem. § 4 Abs. 3 JVEG die Beschwerde statthaft, die der Beschwerdeführer in zulässiger Form eingelegt hat.

Die Beschwerde ist nicht begründet.

Die vom Landgericht ausgesprochene Aberkennung der Vergütung beruht auf § 8a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 JVEG. Danach erhält der Sachverständige eine Vergütung nur insoweit, als seine Leistung bestimmungsgemäß verwertbar ist, wenn im Rahmen der Leistungserbringung grob fahrlässig oder vorsätzlich Gründe geschaffen hat, die einen Beteiligten zur Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit berechtigen. Dies kann dazu führen, dass der Vergütungsanspruch gänzlich aberkannt wird.

Die begründete Ablehnung des Sachverständigen und die hierdurch bedingte Unverwertbarkeit des Gutachtens führen dann zur Vernichtung des Vergütungs- oder Entschädigungsanspruchs des Sachverständigen, wenn dieser den Ablehnungsgrund verschuldet hat. Bei einem erst im Verlauf des Verfahrens entstandenen Ablehnungsgrund kommen allerdings nur Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit in Betracht (vgl. OLG Nürnberg vom 06.02.2007 zu 2 W 192/07, zitiert nach juris, Rdnr. 6, m.w.N.). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die verkehrübliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt wurden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste (Grüneberg, in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 277, Rdnr. 5 m.w.N.).

Grundsätzlich sind die Feststellungen, die in der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch über das der Ablehnung zugrunde liegende Verhalten des Sachverständigen getroffen wurden, für das Gericht, das über die Aberkennung des Vergütungsanspruchs zu befinden hat, nicht bindend (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss zu 8 U 2204/08 vom 08.09.2011, zitiert nach juris, Rdnr. 41, m.w.N.). Dementsprechend ist der Senat nicht an die Feststellungen des Landgerichts gebunden, soweit sie dem unanfechtbaren Teil seiner Entscheidung zugrunde liegen. Unanfechtbar ist die Entscheidung nämlich insoweit, als das Ablehnungsgesuch als begründet erachtet wird (§ 406 Abs. 5 Satz 1 ZPO). Gleichwohl schließt sich der Senat diesen Feststellungen und der zutreffenden Begründung, mit der das Landgericht sie als tragfähige Grundlage der vom Kläger gehegten Besorgnis der Befangenheit erachtet hat, an.

Ebenfalls in Übereinstimmung mit der angefochtenen Entscheidung ist der Senat der Auffassung, dass dem Beschwerdeführer grob fahrlässiges Verhalten zur Last zu legen ist. Es musste sich ihm aufdrängen, dass die von ihm in der Stellungnahme vom 31.03.2014 eingeschlagene Vorgehensweise einen Grund darstellen konnte, seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit in Zweifel zu ziehen.

Der Sachverständige handelt grob fahrlässig, wenn er in seinem Gutachten Formulierungen verwendet, die ein subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit rechtfertigen können. Die unbedingt erforderliche Unparteilichkeit des Sachverständigen gebietet es, dass sich der Sachverständige während der Gutachtererstattung absolut neutral verhalten muss und dass er die Beweisfragen unvoreingenommen und objektiv beantwortet. Bereits der durch seine Formulierungen verursachte Anschein der Parteilichkeit macht das Gutachten unbrauchbar, auch wenn es sachlich tatsächlich ohne Mängel ist. Der Sachverständige verliert dann seinen Vergütungsanspruch (vgl. OLG Nürnberg, a.a.O., Rdnr. 54 m.w.N.).

Die dem Ablehnungsgesuch zugrunde gelegte Stellungnahme vom 31.03.2014 ist der Beantwortung der Fragen aus dem Schriftsatz des klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 26.02.2014 (Bl. 128 ff GA I) gewidmet. Dieser Schriftsatz setzt sich unter Ziff. 2 in acht Punkten (bezeichnet mit den Gliederungsüberschriften I. bis VIII.) mit dem vorangegangenen Gutachten des Beschwerdeführers auseinander. Die beanstandete Stellungnahme wiederum geht auf die Punkte I. bis III. ein. Anschließend enthält sie die Bemerkung, der Beschwerdeführer erlaube sich, die weiteren Fragen, die aus seiner Sicht nicht zur Klärung des Sachverhaltes beitragen, nicht zu beantworten, da diese herabwürdigenden Charakter hätten und jegliche Kenntnis der medizinischen Gegebenheiten vermissen ließen. Der Beschwerdeführer hat es damit abgelehnt, auf fünf Punkte aus dem vorangegangenen klägerischen Schriftsatz einzugehen. Dieses Verhalten stellt einen grob fahrlässigen Verstoß gegen die Pflicht zur Erstattung des Gutachtens dar. Zwar entfällt der Entschädigungsanspruch nicht bereits dann, wenn sich der Sachverständige offensiv-kritisch

gegen Angriffe der Partei zur Wehr setzt. Der Senat verkennt auch nicht, dass die vom Sachverständigen nicht beantworteten Punkte aus dem Schriftsatz des klägerischen Prozessbevollmächtigten teilweise mit Formulierungen und ironischen Wendungen versehen sind, die eine überaus und vielleicht sogar unsachlich kritische Einstellung zum Sachverständigen erkennen lassen, etwa wenn es unter VII. heißt: "Will der Gutachter ernsthaft behaupten, dass ...". Gleichwohl durften diese Formulierungen den Beschwerdeführer nicht dazu veranlassen, auf den sachlichen Gehalt der unter IV. bis VIII. auch formulierten Fragen überhaupt nicht mehr einzugehen. Es gehört zu den elementaren Aufgaben des Sachverständigen, die Neutralität auch gegenüber unsachlicher Kritik der Partei zu wahren. Ausdruck dieser Neutralität ist es stets, auf den sachlichen Teil der von einer Partei geäußerten Kritik mit fachlicher Argumentation einzugehen. Es mag dem Sachverständigen unbenommen sein, darauf hinzuweisen, dass er die Diktion der Partei als unangemessen empfindet. Ebenfalls kann er unsachliche Anteile der Kritik als solche identifizieren und zurückweisen, wenn ein inhaltliches Eingehen nicht möglich erscheint. Den sachlichen Anteil der Kritik muss der Sachverständige jedoch herausfiltern und mit fachlicher Information beantworten. Fragen der Partei dürfen dabei auch nicht mit der Begründung unbeantwortet bleiben, dass sie ihrerseits Ausdruck ungenügender Fachkenntnis auf dem zu begutachtenden Gebiet seien.

Entgegen der vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht obliegt es auch nicht dem Gericht, die Einwendungen der Parteien vor ihrer Mitteilung an den Sachverständigen darauf hin zu filtern, ob sie sachlichen Gehalt aufweisen oder nicht. Der Sachverständige ist Gehilfe des Gerichts. Als solcher unterliegt er der gleichen Neutralitätsverpflichtung wie das Gericht. Auch das Gericht selbst ist gehalten, eventuellen Angriffen der Parteien in sachlicher Form zu begegnen und den sachlichen Gehalt vom unsachlichen zu trennen. Diese Pflicht trifft auch den Sachverständigen. Auch er ist gehalten, sich durch einen gegebenenfalls überzogenen Anteil in den Einwendungen der Parteien nicht von der sachlichen Auseinandersetzung mit ihrem Anliegen abhalten zu lassen. Auch die Trennung des einen vom anderen ist Bestandteil der Aufgabe des Sachverständigen, die Neutralität und Distanz stets zu wahren.

Im unbeantworteten Teil des klägerischen Schriftsatzes vom 26.02.2014 finden sich sachliche Anteile, auf die der Beschwerdeführer eingehen konnte. So hätte er durchaus auf die unter IV. aufgeworfene Frage Stellung nehmen können, durch welche Untersuchung das von ihm als Behandlungsfehler qualifizierte Übersehen der Verletzung der Strecksehnen des 5. Fingers vermieden worden wäre. Auch die damit im Zusammenhang unter VIII. angestellte Erwägung, die in Form einer Röntgenaufnahme und vielleicht eines CT ergriffenen Maßnahmen seien unzureichend gewesen, um eine Sehnenruptur anzuzeigen, während Klarheit nur durch ein MRT zu gewinnen gewesen wäre, hätte vom Beschwerdeführer mit Ausführungen zur Indikation der vom Kläger angesonnen zusätzlichen bildgebenden Diagnostik beschieden werden können. Auch die von der unsachlichen formulierten Bemerkung "will der Gutachter ernsthaft behaupten" begleitete Frage, ob die vom Beschwerdeführer als "Mitbehandlung" bezeichnete Maßnahme eine Teilsanierung der Sehnenruptur bewirken konnte, enthält einen sachlichen Kern. Sie äußert einen Zweifel an den zu diesem Punkt knappen Ausführungen des Gutachtens vom 29.12.2013, der durchaus mit inhaltlichen Ausführungen bedacht werden konnte.

Der Beschwerdeführer war gehalten, über die Formulierungen hinwegzusehen, die er – durchaus nicht gänzlich unberechtigt – als ironisch und teilweise auch unangemessen kritisch empfinden durfte. Es steht der Partei zu, in der Auseinandersetzung um die von ihr vertretene Rechtsposition auch gegenüber dem Sachverständigen Formulierungen zu verwenden, die als polemisch empfunden werden können. Der klägerische Prozessbevollmächtigte hat den sachlichen Teil seiner Kritik am Gutachten teilweise in wenig schmeichelhafte Formulierungen eingekleidet, die auch der Senat als unnötig empfindet, sich jedoch nicht herabwürdigend über den Beschwerdeführer geäußert. Seine Ausführungen rechtfertigen die Bemerkung des Beschwerdeführers aus der Stellungnahme vom 31.03.2014, er sei "nicht bereit hinzunehmen, dass ein Rechtsanwalt, der seine Expertise in keinsten Weise bewerten könne, diese in Zweifel ziehen" dürfe, nicht. Gem. § 411 Abs. 4 ZPO haben die Parteien Gelegenheit, ihre Einwendungen gegen das Gutachten mitzuteilen. Die in Ausübung dieser Parteirechte angebrachte Stellungnahme kann auch Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen enthalten. Diese Zweifel werden naturgemäß von einer auf dem zu begutachtenden Gebiet nicht sachkundigen Partei angebracht. Das hat der Sachverständige hinzunehmen und durch fachliches Eingehen auf die Gesichtspunkte, aus denen heraus die Zweifel geäußert werden, zu entkräften. Diese Grundsätze gelten angesichts des grundsätzlich überwiegend sachlichen Gehalts aus dem Schriftsatz des klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 26.02.2014 auch hier.

Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die erfolgreiche Ablehnung auch die Unverwertbarkeit des ursprünglichen Gutachtens des Beschwerdeführers vom 29.12.2013 herbeigeführt hat. Dies ergibt sich daraus, dass es den rückwirkenden Entfall des Vergütungsanspruchs angeordnet hat. Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit dem Argument, dass die gutachterliche Leistung zunächst nichts mit den später erhobenen Vorwürfen des klägerischen Prozessbevollmächtigten zu tun habe. Zutreffend ist daran, dass das ursprüngliche Gutachten keine Anhaltspunkte liefert, die an der Neutralität und Unbefangenheit des Beschwerdeführers zweifeln lassen. Dennoch ist die Entscheidung des Landgerichts, bereits dieses Gutachten zumindest gegenwärtig für nicht vergütungsfähig zu halten, nicht zu beanstanden. Welche

Folgen die erfolgreiche Ablehnung insbesondere auf die bisherige Mitwirkung des abgelehnten Sachverständigen hat, ist vom Gericht im Rahmen seiner Entscheidung, welche Beweise noch zu erheben sind, zu beurteilen (BGH, NJW-RR 2007, 1293). Daraus ergibt sich, dass die Verwertung des bis zur erfolgreichen Ablehnung gewonnenen Ergebnisses eine Frage ist, die vom erkennenden Gericht in Abhängigkeit der Würdigung des Streitstoffes gefällt wird. Ungeachtet seiner Entstehung auf unbefangener Grundlage kann der Verwertbarkeit des ursprünglichen Gutachtens entgegen gehalten werden, dass die Beurteilung seiner Tragfähigkeit nur dann möglich gewesen wäre, wenn der Beschwerdeführer die Ergänzungsfragen der Parteien vollständig beantwortet hätte. Das Landgericht hat es nicht für angebracht erachtet, das Gutachten vom 29.12.2013 isoliert von den Erläuterungen zu betrachten, die auf die Einwendungen der Parteien, insbesondere des Klägers ergangen sind und voraussichtlich noch zu erwarten waren. Diese Betrachtungsweise hält der Senat für beanstandungsfrei, weil im vorliegenden Fall der logische Zusammenhang zwischen dem Gutachten und den Ergänzungen nicht auflösbar erscheint. Allerdings kann in Einzelfällen die nachträgliche Verwertung des Gutachtens des abgelehnten Sachverständigen in Betracht kommen, etwa wenn der neue Sachverständige auf Feststellungen daraus zurückgreift. Auf die diesbezüglichen Ausführungen des OLG München (Beschluss vom 11.05.1998 zu 11 W 864/98, zitiert nach juris, Rdnr. 11 und 12) zur Neuentstehung eines Entschädigungsanspruches in solchen Fällen wird verwiesen.

III.

Die Nebenentscheidung weist auf die Bestimmungen des § 4 Abs. 8 JVEG hin.

**34. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.04.2015 – 1 U 119/13 – \* Ohne erkennbare Einschränkungen der Gehfähigkeit im Sinne einer claudicatio intermittens ist eine Befunderhebung (Angiografie) zum Ausschluss eines sich anbahnenden oder vorliegenden arteriellen Verschlusses nicht geboten. - Erweckt der Patient den Anschein einer Besserung des zuvor geäußerten Beschwerdebildes, kann dies einem Befunderhebungsfehler entgegen stehen.**

1. Ohne erkennbare Einschränkungen der Gehfähigkeit im Sinne einer claudicatio intermittens ist eine Befunderhebung (Angiografie) zum Ausschluss eines sich anbahnenden oder vorliegenden arteriellen Verschlusses nicht geboten.

2. Erweckt der Patient den Anschein einer Besserung des zuvor geäußerten Beschwerdebildes, kann dies einem Befunderhebungsfehler entgegenstehen.

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21.08.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Stendal wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Dieses wie auch das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

**Gründe**

I.

Die im 05.1966 geborene Klägerin unterzog sich am 20.9.2007 einer Gallenoperation im Hause der Beklagten zu 1., wo der Beklagte zu 2. während seines Bereitschaftsdienstes auch die Behandlung der Klägerin übernahm. Der Beklagte zu 3. ist der nachbehandelnde Hausarzt der Klägerin, zu dem sie sich nach der Entlassung aus dem Krankenhaus begab. Nach Auffassung der Klägerin haben sich die Beklagten schadensersatzpflichtig gemacht, weil sie ein thrombotisches Geschehen im linken Bein der Klägerin nicht abklärten, weshalb es nach einer Krankenhauseinweisung in das Krankenhaus S. vom 4.10.2007 am 24.10.2007 zur Amputation des linken Vorfußes der Klägerin kam.

Bei der Klägerin bestand auf Grund ihres Übergewichtes, des Rauchens (15 Zigaretten/Tag), der Einnahme empfängnisverhütender Mittel, der heterozygoten APC-Resistenz und einer ausgeprägten Hypercholesterinämie ein erhöhtes Thromboserisiko.

Das Landgericht hat die Zeugen St. R., F. Sch. und P. J. vernommen und die Parteien persönlich angehört. Hierzu wird auf das Protokoll vom 29.8.2012 (I/150-156) verwiesen. Anschließend hat die Kammer gemäß Beweisbeschluss vom 19.9.2012 (I/167-171) ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dr. U. W. eingeholt, das der Sachverständige am 21.1.2013 erstattete (II/1-8) und in der mündlichen Verhandlung vom 17.7.2013 mündlich erläuterte (II/70-73).

Mit Urteil vom 21.8.2013 (II/80-100), auf das wegen der dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Übrigen Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und hierzu im Wesentlichen ausgeführt:

Im Ergebnis der Beweisaufnahme könne sich die Kammer nicht von einem Behandlungsfehler der Beklagten überzeugen. Nach der von der Klägerin nicht zu erschütternden Dokumentation des Krankenhauses habe sich dort, so auch der Sachverständige, kein Hinweis auf einen arteriellen Verschluss ergeben.

Dementsprechend seien auch keine weiteren Maßnahmen, insbesondere keine Befunderhebung notwendig gewesen. Man habe an die Möglichkeit einer arteriellen Thrombose gedacht und diese auf Grund des klinischen Befundes ausgeschlossen. Durch die Klägerin seien anschließend keine fortbestehenden Beschwerden geäußert, sondern angegeben worden, es gehe ihr gut. Ähnliches gelte auch für den Beklagten zu 3. Die Klägerin widerlege durch die Bekundungen des Zeugen R. die Dokumentation und die Einlassung des Beklagten zu 3. nicht, wonach zumindest am 27.9.2007 in einem Nebenzimmer eine Untersuchung des schmerzenden Fußes stattgefunden habe. Aus dem Vermerk „klinisch unauffällig“ sei nach den Feststellungen des Sachverständigen zu schließen, dass der Beklagte zu 3. die klinische Untersuchung komplett durchgeführt habe. Die bei der Klägerin bestandene schmerzhafte Bewegungsbeeinträchtigung nebst Schwellung und diffuser Rötung vermittelten keinen Verdacht auf eine arterielle Thrombose. Der Beklagte zu 3. habe dies ohne Fehler für eine Gelenkentzündung halten dürfen. Der von der Klägerin als Zeuge benannte Notarzt, welcher am 4.10.2007 die Krankenhauseinweisung verordnet habe, sei nicht zu vernehmen, da aus dem von ihm festgestellten Zustand der Klägerin keine Rückschlüsse auf die sich den Beklagten gezeigten Symptome möglich seien. Nach den Feststellungen des Sachverständigen verlaufe die Erkrankung durchaus schubhaft. Soweit es um die Bewertung des Bestehens von Anzeichen einer Thrombose gehe, sei dies Aufgabe des gerichtlichen Sachverständigen und nicht des Zeugen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Nach ihrer Ansicht übergehe das Landgericht Sachvortrag. Es habe seit langem Hinweise auf einen drohenden Verschluss gegeben, was gerade die Aussage des Notarztes habe bestätigen sollen. Nicht umsonst habe der Zeuge Dr. D. am 4.10.2007 geäußert, „Sagen Sie in der Klinik, dass ich der Notarzt bin. Sonst denken die, ich hätte Sie eineinhalb Wochen mit einer Thrombose liegen lassen“. Er habe als Zeuge den diese Aussage provozierenden Zustand bekunden sollen, der einem Mediziner offenbar eine seit längerem drohende Thrombose habe erkennen lassen. Diese Anzeichen seien dann aber auch den Beklagten zugänglich gewesen. Unabhängig davon habe sich die Klägerin in einem Zustand befunden, der durch verschiedene Symptome deutlich vom Üblichen abgewichen sei und Gefahr vermittelt habe. Die Klägerin habe Schmerzen im Bein gehabt und nicht nur im Sprunggelenk. Hierauf deute entgegen der Auffassung des Sachverständigen und des Landgerichts auch die Gabe von Faustan hin. Gerade weil die Thrombose nach einer Operation auftreten könne, sei erhöhte Sorgfalt geboten gewesen. Das Gesamtbild habe auf eine Thrombose hingewiesen. Stattdessen hätten die Beklagten grob fehlerhaft nicht reagiert und die Klägerin nicht gegen eine Thrombose behandelt.

Zu Unrecht folge das Landgericht der Dokumentation der Beklagten zu 1. und 2. Dort seien Änderungen vorgenommen worden, weshalb sie wertlos sei. Es sei auch nicht bewiesen, dass eine körperliche Untersuchung der Klägerin stattgefunden habe. Vom Gegenteil sei auszugehen. Dieses Unterlassen sei grob fehlerhaft gewesen. Dagegen könne der Klägerin nicht entgegengehalten werden, nicht wiederholt auf ihre Schmerzen aufmerksam gemacht zu haben, nachdem der Beklagte zu 2. sie derart behandelt habe. Bezüglich des Beklagten zu 3. habe der Sachverständige zumindest die verordnete Lymphdrainage für unverständlich gehalten. Es habe also weitere Thromboseanzeichen gegeben, auf die nicht sachgerecht reagiert worden sei.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Stendal vom 21.8.2013 abzuändern und

1. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin

a. als Gesamtschuldner ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung sowie

b. weitere 6.859,16 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung, soweit diese Kosten die Rechtsverfolgung gegen den jeweiligen Beklagten betreffen, zu zahlen

2. und festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin alle materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die durch den Verlust des linken Vorfußes entstanden sind und in Zukunft noch entstehen werden, soweit Ansprüche nicht von Gesetzes wegen auf Dritte übergegangen sind.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten zu 1. und 2. verteidigen das Urteil des Landgerichts. Die Klägerin müsse beweisen, schon im Krankenhaus an einer Thrombose gelitten zu haben. Insoweit habe das Landgericht aber zutreffend herausgearbeitet, dass es keine Anzeichen für eine Thrombose gegeben habe. Selbst die Schmerzen der Klägerin seien vom Landgericht berücksichtigt worden. Der Beklagte zu 2. habe keine auf eine Thrombose hinweisenden Befunde erheben können. Selbst die Klägerin habe erklärt, bei der Entlassungsvisite sei alles in Ordnung gewesen. Wenn die Klägerin keine Schmerzen mehr geäußert habe, deute das auf Schmerzfreiheit hin. Für die Beklagten hätten keine Anhaltspunkte für eine Thrombose bestanden. Faustan habe die Klägerin im Interesse der Nachtruhe bekommen.

Der Notarzt sei vom Landgericht richtigerweise nicht vernommen worden. Dieser könne nichts zum Zustand des Beines zum Zeitpunkt des Krankenhausaufenthaltes sagen.

Es bestünden keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Dokumentation. Den noch in erster Instanz angekündigten Beweis einer nachträglichen Veränderung habe die Klägerin nicht einmal zu führen versucht. Nach Auffassung des Beklagten zu 3. stelle die Berufung das angefochtene Urteil nicht in Frage. Am 27.9.2007 sei der Fuß klinisch unauffällig gewesen. Der Beklagte zu 3. habe den Fußpuls tasten können. Es habe keine Thrombose vorgelegen und keine Hinweise hierauf gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften beider Instanzen verwiesen.

Der Senat hat auf der Grundlage des Beschlusses vom 12.3.2014 (II/183 ff.) Beweis erhoben durch schriftliches Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. med. C. B. vom 25.7.2014, das in der mündlichen Verhandlung vom 23.3.2015 mündlich erläutert wurde. Der hierauf eingereichte Schriftsatz der Klägerin vom 9.4.2015 lag dem Senat bei seiner Entscheidung vor.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das angefochtene Urteil des Landgerichts beruht auf keiner Rechtsverletzung, weil die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung nicht rechtfertigen (§ 513 I ZPO). Die Klägerin hat im Ergebnis auch der weitergehenden Beweiserhebung durch den Senat keinen gegen die Beklagten gerichteten Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlungen. Der Senat kann sich nicht von einem körper- oder gesundheitsschädigenden Behandlungsfehler der Beklagten i.S.v. §§ 280 I; 278; 823 I BGB überzeugen. Die Sachverständige Prof. Dr. B. gelangt ohne Rückgriff auf streitige Tatsachen zum gleichen Ergebnis wie bereits zuvor der Sachverständige Dr. W. . Danach ist den Beklagten die sich bei der Klägerin ausprägende arterielle Thrombose nicht durch unterlassene Befunderhebungen verborgen geblieben. Noch entscheidender ist jedoch die Feststellung der Sachverständigen, wonach auch eine frühere Diagnose des arteriellen Verschlusses zu keinen anderen Folgen geführt hätte, sodass es bereits an der notwendigen haftungsbegründenden Kausalität für den nachfolgenden operativen Eingriff und die sich daran anschließenden Komplikationen bis hin zur Amputation des Vorfußes fehlt.

1. Der Senat hat ein weiteres Gutachten eingeholt, weil das angefochtene Urteil Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der zugrunde liegenden Feststellungen bietet (§ 529 I Nr. 1 ZPO). Der Sachverständige Dr. W. stellt zumindest in seinem schriftlichen Gutachten vom 21.1.2013 sehr stark auf die umstrittenen Dokumentationen der Beklagten ab, die das Landgericht durch die Klägerin nicht widerlegt sieht. Die Klägerin muss zwar den Behandlungsfehler der Beklagten darlegen und beweisen und hat sich zu diesem Zweck sicher auch mit der entgegenstehenden Dokumentation der Beklagten auseinander zu setzen. Glauben schenken darf der Tatrichter aber nur einer glaub- bzw. vertrauenswürdigen Dokumentation (BGH, Urteil vom 14.3.1978, VI ZR 213/76, zitiert nach juris Rdn. 25; Erman/Rehborn/Gescher, BGB, 14. Aufl., § 630h Rdn. 24). Gerade hierzu hat das Landgericht keine Feststellungen getroffen. Die Möglichkeit, die Dokumentation nachträglich zu erstellen oder zu ändern, bedeutet nicht, dies könne ohne Einbußen an Vertrauenswürdigkeit geschehen.

Nach dem Ergebnis der Beweiserhebung des Senats lässt sich jedoch bereits unabhängig von den umstrittenen klinischen Untersuchungen rein nach dem Vorbringen der Klägerin kein Behandlungsfehler der Beklagten, der sich dann auch noch haftungsbegründend schadensursächlich gezeigt hätte, feststellen.

2. Auch wenn die Berufungsbegründung stellenweise den Eindruck erwecken könnte, geht es nicht um eine unzureichende Thrombosebehandlung im Sinne einer postoperativen Prophylaxe. Der Klägerin wurden unstrittig Antithrombosemittel verabreicht.

Die Klägerin wirft den Beklagten im Schwerpunkt vor, notwendige Kontrollbefunde nicht erhoben zu haben. Das wäre ein Befunderhebungsfehler, der immer dann vorliegt, wenn medizinisch gebotene Befunde unterlassen werden (BGH NJW 2011, 1672 f.). Im Ergebnis der Beweisaufnahme kann sich der Senat nicht davon überzeugen, dass den Beklagten ein solcher Fehler unterlaufen wäre. Insgesamt gab es für eine weiterführende Diagnostik in Richtung des sich anbahnenden arteriellen Verschlusses zu wenig Symptome.

Die Sachverständige Prof. Dr. B. hat gegenüber dem Senat noch einmal deutlich hervorgehoben, dass im Falle der Klägerin keine nach einer Gallenoperation durchaus mögliche venöse Thrombose zu beurteilen ist, sondern eine arterielle Thrombose auftrat, die nichts mit der vorausgegangenen Operation im Hause der Beklagten zu 1. zu tun hatte (so auch Dr. W. S. 6 seines schriftlichen Gutachtens). Die Klägerin litt, bedingt durch ihre vielen dafür disponierenden Faktoren, wie beispielsweise die damals zur Zeit der Behandlung im Hause der Beklagten zu 1. unbekannte APC-Resistenz, an einer chronischen Gefäßerkrankung, die sich rein zufällig im zeitlichen Zusammenhang mit dem Krankenhausaufenthalt bei der Beklagten zu 1. verschlimmerte. Aus Sicht der behandelnden Ärzte bestand ex ante auf Grund des Fehlens hinreichend „harter“ Indizien/Symptome, wie vor allen Dingen einer Claudicatio intermittens (Schaufens-terkrankheit), die die Klägerin auch nicht beschreibt bzw. behauptet, kein Verdachtsmoment für eine arterielle Verschlusskrankheit.

Sowohl Frau Prof. Dr. B. als auch Dr. W. (vgl. insoweit vor allen die Feststellungen dieses Sachverständigen während seiner mündlichen Erläuterung des Gutachtens vom 17.7.2013) stellten für die Befunderhebungspflicht des behandelnden Arztes auf die Symptome der arteriellen Verschlusskrankheit – Schmerz, Blässe, Pulslosigkeit, Sensibilitätsstörungen, Bewegungsunfähigkeit und Schock – ab, die auch nach Darstellung der Klägerin in keiner deutlich hervortretenden Ausprägung vorhanden waren. Die Klägerin wies nicht das typische Bild eines arteriellen Verschlusses auf (nur weicher Symptomkatalog, keine „harten“ Indizien – so die Sachverständige B. ). Das Vollbild einer arteriellen Thrombose lag zu keiner Zeit der Behandlungen durch die Beklagten vor (so auch schriftliches Gutachten des Dr. W. vom. 21.1.2013 <II/7/8> und dessen mündliche Erläuterung vor dem Landgericht <II/75>).

Die Sachverständige Prof. Dr. B. hat hierzu festgestellt, dass die Situation nicht durch jene Eindeutigkeit der Symptomatik geprägt war, dass ein arterieller Verschluss ausgeschlossen werden musste. Vor allem war die Aktivität der Klägerin selbst am 04.10.2007 kaum eingeschränkt (schriftliches Gutachten vom 25.7.2014 S. 6; mündliche Erläuterung vor dem Senat S. 6 des Protokolls). Ohne erkennbare Einschränkung der Gehfähigkeit in Form einer Claudicatio intermittens war nach den Feststellungen der Sachverständigen B. eine diagnostische Aufklärung mit Hilfe der standardgemäßen Angiografie nicht veranlasst. Die mit geringerem Aufwand mögliche Duplex-Sonografie weist dagegen zum einen in der betroffenen Körperregion nach den Feststellungen der Sachverständigen B. zu große Unsicherheiten auf, sodass nicht von einem medizinischen Standard gesprochen werden kann. Zum anderen hat die Sachverständige ausdrücklich den von der Klägerin gesetzten Anschein einer Besserung der Symptomatik sowohl im Krankenhaus als auch gegenüber dem Beklagten zu 3. als Ausschlusskriterium für weitere Maßnahmen genannt (S. 8 des schriftlichen Gutachtens; S. 6 des Protokolls vom 23.3.2015).

Die Klägerin tat im Krankenhaus der Beklagten zu 1. nach der Behandlung durch den Beklagten zu 2. im Bereitschaftsdienst keine weiteren Beschwerden mehr kund und gab sich anlässlich der Entlassungsvsitede beschwerdefrei. Danach musste niemand mehr auf die augenscheinlich abgeklungenen Schmerzen zurückkommen. Soweit die Klägerin darauf verweist, ein erneutes Erwähnen der Beschwerden sei ihr angesichts des behaupteten Verhaltens des Beklagten zu 2. nicht zumutbar gewesen, standen der Klägerin andere Ärzte auf der Station zur Verfügung, um sich am Folge- oder Entlassungstag zu offenbaren.

Gegenüber dem Beklagten zu 3. äußerte die Klägerin zumindest am 2.10.2007 nach der Injektion eine Besserung, sodass der Beklagte nach den Feststellungen der Sachverständigen nicht weiter in Richtung einer arteriellen Thrombose zu denken hatte.

Welche Situation der Klägerin der Notarzt Tage später vorfand, kann offen bleiben, sodass es nicht auf die Vernehmung des Zeugen Dr. D. ankommt. insoweit verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts. Auch die Sachverständige Prof. Dr. B. hält im schriftlichen Gutachten eine rasche Befundverschlechterung für möglich und erwähnt die selbst am 4.10.2007 noch inkomplette Ischämie. Die Bekundungen des Notarztes würden daher kein Indiz dafür liefern, was insbesondere dem Beklagten zu 3. hätte auffallen und zu einer Reaktion zwingen müssen. Schon das Vorbringen der Klägerin lässt zudem offen, was den Notarzt zu seiner Äußerung veranlasste.

3. Selbst wenn den Beklagten ein Befunderhebungsfehler unterlaufen wäre, ließe sich ihnen das nachfolgende Geschehen nicht zurechnen.

Nach den Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. B. musste die chronische Verschlusskrankheit der Klägerin in jedem Fall durch eine Thrombektomie, wie geschehen, behandelt werden. Ein früheres Eingreifen hätte das bei der Klägerin vorhandene Ausstromproblem auf Grund der defekten Ausstrombahn nicht besser oder schlechter gemacht (vgl. mündliche Erläuterung vor dem Senat – S. 8 des Protokolls vom 23.3.2015). Die nachfolgenden Komplikationen einschließlich des Verlustes des Vorfußes wiederum hatten ihre Ursache nicht in einer von den Beklagten vermeintlich verursachten Behandlungsverzögerung. Mit der Rethrombosierung verwirklichten sich die bei der Klägerin vorhandenen Risikofaktoren und damit die Grunderkrankung.

Die Beklagten hätten also schlimmstenfalls das Fortbestehen der Beschwerden der Klägerin, insbesondere der Schmerzen im Fuß/Bein, für 1 ½ Wochen bzw. wenige Tage verursacht. Das würde angesichts der schweren Grunderkrankung zu keinem feststellbaren materiellen oder immateriellen Schaden führen. Insbesondere im Bereich des Schmerzensgeldes nach § 253 II BGB muss eine dann nicht erreichte Bagatellgrenze überschritten werden.

4. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist kein weiteres Gutachten nach § 412 ZPO einzuholen. Wie bereits ausgeführt, liegen mit den Feststellungen der Sachverständigen Prof. Dr. B. und den mündlichen Erläuterungen des Dr. W. vom 17.7.2013 zwei Gutachten vor, die mit nahezu identischer Begründung im Hinblick auf die tatsächlich bestandene arterielle Thrombose zum gleichen Ergebnis gelangen. Zumindest nach den sehr gut nachvollziehbaren mündlichen Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. B. ist dem Senat der medizinische Sachverhalt und vor allem der Unterschied zwischen einem venösen und einem arteriellen Verschluss klar. Hieraus ergeben sich auch die unterschiedlichen Anforderungen an das diagnostische Vorgehen der beteiligten Mediziner. Dass die Klägerin dies noch nicht hinreichend verinnerlicht hat oder wahrhaben will, worauf der Klägerschriftsatz vom 9.4.2015 hindeutet, rechtfertigt kein weiteres Gutachten, zumal die von der Klägerin behaupteten Widersprüche nicht bestehen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10; 711 1, 2; 709 2 ZPO.

Die Revision lässt der Senat nicht zu. Die Sache wirft keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auf und weder die Fortbildung des Rechts noch die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erfordern die Entscheidung des Revisionsgerichtes (§ 543 II 1 ZPO).

**35. OLG Hamm, Urteil vom 14.04.2015 – I-26 U 125/13, 26 U 125/13 – \* Arzt- und Krankenhaushaftung: Verschuldenszurechnung bei der Hinzuziehung eines Konsiliararztes; Beweislastumkehr bei einer MRSA-Infektion eines Patienten aufgrund eines Hygienemangels**

**Leitsatz**

1. Wird ein Patient auf einer allgemeinchirurgischen Abteilung behandelt, hat das Krankenhaus nicht die Pflicht, den Patienten auch auf dem in der Klinik nicht vorhandenen Bereich der Neurochirurgie fachärztlich zu behandeln. Das Krankenhaus haftet daher nicht für mögliche Fehler eines bei zur Behandlung einer Komplikation zum Zwecke des "Konsils" beteiligten Neurochirurgen.

2. Ein Patient, der während eines Krankenhausaufenthaltes eine MRSA-Infektion erleidet, muss einen schadensursächlichen Hygienemangel auch dann beweisen, wenn während der Zeit seines Krankenhausaufenthalts vier weitere Patienten MRSA-Infektionen erleiden. Allein diese Anzahl weiterer MRSA-Infektionen rechtfertigt keine Beweislastumkehr.

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 17.07.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Die Beklagte begehrt von der Beklagten Schmerzensgeld und Schadensersatz aufgrund ärztlicher Fehler und Organisationsmängel.

Die Klägerin wurde am 21.12.2009 wegen des Verdachts auf eine akute Gastroenteritis in die Klinik für Innere Medizin bei der Beklagten aufgenommen. Als sich schließlich ein Adenokarzinom im Colon transversum herausstellte, kam die Klägerin auf die Allgemeinchirurgische Abteilung und wurde am 31.12.2009 operiert. Für die Narkose wurde ein Periduralkatheter neben einer Intubationsnarkose benutzt. Der Katheter wurde intraoperativ aufgespritzt. Zur postoperativen Behandlung kam die Klägerin zunächst auf die Intensivstation. Dort konnte sie zunächst ihr rechtes Bein nicht mehr heben und klagte in der Folgezeit über starke Schmerzen. Nachdem am 06.01.2010 eine Beweglichkeit des Beines wieder gegeben und eine Mobilisation möglich war, kam die Klägerin auf die chirurgische Station. Die Entfernung des Katheters erfolgte am 10.01.2010.

Am 12.01.2010 klagte die Klägerin über Schmerzen im Bereich der Einstichstelle des Katheters, die zu einer Liquorpunktion und einem MRT führten. Das MRT ergab einen Abszess im Epiduralraum. Es erfolgte eine Besprechung mit der neurochirurgischen Klinik St. C in I. Von dort wurde eine antibiotische Behandlung und Verlegung auf die Intensivstation empfohlen. Als sich am 15.01.2010 ein Anstieg der Entzündungsparameter zeigte und sich zudem Parästhesien an beiden Beinen entwickelten, kam es erneut zu einer Rücksprache mit den Neurochirurgen in I, die ein neues MRT empfahlen. Da sich der Abszess vergrößert hatte, wurde die Klägerin schließlich in die Neurochirurgie der Städtischen Kliniken E verlegt, wo eine notfallmäßige Ausräumung durchgeführt wurde. In Wundabstrich ergab sich ein MRSA-Befund. Die Klägerin konnte schließlich am 05.02.2010 entlassen werden. Zu diesem Zeitpunkt bestand noch eine Taubheit im Analbereich, ebenso eine gebesserte, aber nicht vollständig rückgängige Harninkontinenz. Die Mastdarmkontrolle war zu diesem Zeitpunkt gebessert.

Die Klägerin hat sodann bei der Beklagten Ansprüche erhoben und zur Begründung ausgeführt, dass Behandlungs- und Hygienemängel vorgelegen hätten.

Der Periduralkatheter sei zu tief bzw. in einem falschen Winkel eingesetzt worden, so dass die Dura verletzt worden sei.

Die spätere Versorgung und Pflege des Katheters und der Einstichstelle sei nicht sorgfältig und hygienisch einwandfrei erfolgt. Dies habe letztlich zur MRSA-Besiedlung geführt.

Die Anästhesie sei fehlerhaft gemacht worden, man habe eine falsche Methode gewählt.

Insgesamt sei das Hygienemanagement fehlerhaft; denn um die Zeit ihres Aufenthaltes sei es zu mindestens vier weiteren MRSA-Infektionen gekommen.

Die Klägerin behauptet, dass sich durch diese Fehler ihr Krebsleiden verschlimmert habe. Zudem habe sie ab dem Rücken bis hinab zu den Fersen an beiden Beinen auf deren Rückseite keinerlei Empfinden mehr. Sie leide ständig unter dem Eindruck kalter Füße, selbst wenn diese warm seien.

Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin ein Schmerzensgeld von mindestens 30.000 EUR sowie die Feststellung der Ersatzverpflichtung für materielle und weitere immaterielle Schäden verlangt. Im Wege der Vorabentscheidung durch Zwischenfeststellungsklage hat die Klägerin Herausgabe von Informationen gemäß § 23 Abs. 4 IfSchG verlangt, hilfsweise deren Herausgabe an einen Sachverständigen.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen und sachverständig beraten durch Prof. Dr. S und Prof. Dr. Q die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, ein Anspruch auf Herausgabe der Informationen über die Niederschriften über das Auftreten von speziellen Erregern im Krankenhaus ergebe sich weder aus §§ 611, 242, 280 BGB noch aus § 23 Abs. 4 ISchG.

Behandlungsfehler seien nach den Ausführungen der Sachverständigen und nach Vernehmung der Zeugen ebenfalls nicht gegeben; denn sowohl die Anlage des Periduralkatheters als auch die weitere Versorgung sei ordnungsgemäß gewesen. Die Art der Narkose sei bei dem durchzuführenden Eingriff zudem das Mittel der Wahl gewesen. Die Ärzte der Beklagten hätten sich auch auf die Angaben der Konsiliarärzte aus der Neurochirurgie in I verlassen dürfen. Deren Fehlurteil werde der Beklagten nicht zugerechnet.

Auch unter dem Gesichtspunkt eines Hygienemangels ergebe sich kein Anspruch, weil der Sachverständige Prof. Q keinerlei Anhaltspunkte für Hygienemängel gefunden habe. Insoweit obliege der Klägerin die Beweislast, weil es sich um keinen voll beherrschbaren Bereich handle. Das deutsche Gesundheitswesen lasse es nach der Personalsituation nicht zu, alle denkbaren Maßnahmen zu ergreifen, um eine Infektion zu vermeiden. Eine Aufklärungspflicht über die Möglichkeit einer solchen Infektion bzw. darüber, dass möglicherweise andere Patienten eine solche Infektion haben, gebe es nicht.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Sie verlangt in erster Linie Zurückverweisung an das Landgericht, weil das Landgericht es unterlassen habe, ein weiteres Gutachten über die bei der Klägerin eingetretenen Folgen einzuholen. Der Sachverständige Prof. S habe ausgeführt, dass die operative Sanierung schon 2 Tage früher habe erfolgen sollen. In diesem Fall wären die Folgen für die Klägerin mit Sicherheit weniger gravierend gewesen, was durch ein weiteres Gutachten zu klären gewesen sei.

Tatsächlich müsse sich die Beklagte auch die fehlerhafte Auskunft des Neurochirurgen zurechnen lassen; denn die Behandlung eines Abszesses bzw. einer MRSA-Infektion falle nicht allein in den Verantwortungsbereich eines Neurochirurgen. Zudem sei das Konsil auch nicht ordnungsgemäß eingeholt worden. Es fehle diesbezüglich an jeglicher Dokumentation, mit welchem Arzt gesprochen wurde. Auch die Übersendung der Bilder habe gefehlt. Letztlich seien die Konsiliarärzte Erfüllungsgehilfen der Beklagten gewesen, so dass sie für deren Fehler einzustehen habe.

Aus den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Q ergebe sich auch, dass ein Hygienemangel vorliege; denn bei gleichzeitigem Auftreten von vier weiteren MRSA-Infektionen zum Zeitpunkt des Aufenthaltes der Klägerin müsse ein Hygienemangel angenommen werden.

Die Klägerin beantragt,

das am 17.07.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnberg zu I-5 O 25/10 aufzuheben und die Sache einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens an das Landgericht Arnberg zurückzuverweisen,

hilfsweise

das am 17.07.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Arnberg zu I-5 O 25/10 abzuändern und die Beklagte nach ihren erstinstanzlich gestellten Schlussanträgen zu verurteilen,

äußerst hilfsweise

wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere die gestellten Anträge, wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die Berufungsbegründung verwiesen.

II.

Die Berufung unbegründet.

Eine Zurückverweisung an das Landgericht nach § 538 ZPO kommt mangels Vorliegen eines Verfahrensfehlers nicht in Betracht; denn das Landgericht hatte keinen Anlass, über mögliche Folgen eines aus seiner Sicht nicht vorhandenen Fehlverhaltens ein Gutachten einzuholen.

Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 823, 31, 831, 253 Abs. 2 BGB verneint, weil keine Fehler vorliegen.

Soweit die Klägerin erstinstanzlich noch Fehler bei der Anästhesiewahl sowie beim Setzen des Katheters und seiner späteren Pflege bzw. die Kontrolle und Versorgung der Einstichstelle geltend gemacht hat, ist dies nicht mehr Gegenstand der Berufung. Gleiches gilt für die gerügten Aufklärungsmängel bezüglich

eines von ihr behaupteten hohen Risikos für infektiöse Komplikationen bei der angewandten Epiduralanästhesie, die aber von dem Sachverständigen Prof. Dr. S nicht bestätigt wurde, weil diese Art der Anästhesie vielmehr als risikoarm angesehen wird.

Entgegen der Auffassung der Klägerin haftet die Beklagte aber auch nicht für die aus Sicht des Sachverständigen Prof. S fehlerhafte Verweigerung der Übernahme und operativen Versorgung der Klägerin durch die Neurochirurgen in I. Seiner Ansicht nach war die Übersendung der Bildgebung entbehrlich, weil die Beschreibung des Abszesses im Befundbericht ausreichte, um die Neurochirurgen über die Situation ins Bild zu setzen. Deren mögliche diagnostische Fehlentscheidung ist der Beklagten jedoch nicht zurechenbar; denn bei einer parallel laufenden Arbeitsteilung verschiedener medizinischer Fachgebiete gilt der Vertrauensgrundsatz, wonach jeder auf die objektiv im fremden Fach erhobenen Befunde vertrauen darf, solange nicht konkrete Anhaltspunkte für Zweifel bestehen oder die Frage nicht auch zum Behandlungsbereich des in Anspruch genommenen Arztes gehört.

Diese Auffassung wird letztlich auch durch die jüngste Entscheidung des BGH zu dieser Problematik gestützt. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 21.01.2014 - VI ZR 78/13 - darauf verwiesen, dass der Begriff "Konsiliararzt" nicht legal definiert sei. Zumeist sei er nicht Erfüllungsgehilfe der Klinik, weil noch eine weitere vertragliche Beziehung zum Patienten aufgebaut werde. Das war hier nicht der Fall. Die Beklagte hat darauf hingewiesen, dass sie selbst den Anruf in der Neurochirurgie nicht abgerechnet hat, weil es sich nicht um eine Leistung gehandelt habe, für die sie verantwortlich gewesen sei. Dem ist die Klägerin nicht entgegen getreten, für die es ein Leichtes gewesen wäre, bei ihrer Krankenkasse in Erfahrung zu bringen, ob und wer den vom Zeugen Dr. M geschilderte telefonischen Informationsaustausch abgerechnet hat.

Es ist daher ebenso wie in dem Fall des BGH davon auszugehen, dass ein Vertragsverhältnis mit der Neurochirurgie weder mit der Klägerin noch mit der Beklagten begründet wurde.

Entscheidend ist in solch einem Fall, ob die Beklagte mit der Hinzuziehung der Neurochirurgie eine eigene vertragliche Verpflichtung gegenüber der Klägerin erfüllte. Das ist aber nicht der Fall, weil die Beklagte im Rahmen der Behandlung der Klägerin nicht die Pflicht hatte, diese auf dem Gebiet der Neurochirurgie fachärztlich zu behandeln. Es handelte sich vielmehr um eine anlässlich einer zuständigen Behandlung eingetretenen Komplikation, für die die bislang behandelnden Ärzte fachlich weder zuständig noch ausreichend kompetent waren. Das war auch der Grund, warum der Zeuge Dr. M in der Neurochirurgie in I angerufen und um Übernahme oder Mitbetreuung gebeten hatte. Allein die Tatsache, dass es dazu keinen üblichen Konsilbericht mit der Angabe des Namens des Konsiliararztes gibt, rechtfertigt keine Haftung, weil das Telefonat mit dem Ergebnis in der Dokumentation schriftlich festgehalten und durch die Aussage des Zeugen Dr. M bestätigt wurde.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch ein Hygienemangel nicht ausreichend nachgewiesen. Eine Umkehr der Beweislast unter dem Gesichtspunkt eines voll beherrschbaren Geschehens kommt nicht in Betracht; denn nach den Angaben des Sachverständigen ist es allenfalls theoretisch denkbar, eine Infektion durch alle möglichen denkbaren Maßnahmen und den Einsatz von entsprechend vorhandenen Personal zu vermeiden, praktisch entspricht dies aber nicht dem Klinikalltag und der Lebenswirklichkeit. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der medizinische Standard in Deutschland weitergehender ist und es ermöglicht, jegliche Art von Infektionen auszuschließen. Es kommt hinzu, dass nach Darstellung des Sachverständigen Prof. Q auch Patienten selbst Träger derartiger MRSA-Besiedlungen sein können. Insoweit hat er auch angegeben, dass ein Ausbruch von MRSA-Infektionen nicht von vornherein auf Hygienemängel schließen lässt, entscheidend ist vielmehr der Einzelfall. Auch auf die Nachfrage des Landgerichts, die sich ersichtlich auf die Behauptung der Klägerin bezog, dass es um die Zeit ihres Aufenthaltes im Krankenhaus zu mindestens 4 Infektionen gekommen sei, hat der Sachverständige nicht auf Mängel geschlossen. Nach seinen Angaben wäre erst ein Hygienedefizit anzunehmen sein, wenn bei etwa 10 Patienten zur gleichen Zeit auf der Station ein solches Problem auftreten würde.

Im Übrigen kann nach Vernehmung der Zeugen und den weiteren Ausführungen des Sachverständigen auch nicht auf konkrete Hygienefehler bei der Anlage und späteren Versorgung des Epiduralkatheters geschlossen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Einer Zulassung der Revision bedurfte es nicht, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, § 543 Abs. 2 ZPO.

**36. OLG Köln, Beschluss vom 13.04.2015 – 5 U 129/14 – \* erichtssachverständiger im Arzthaftungsprozess: Befangenheitsbesorgnis bei Vertretung des Patienten eines Arzthaftungsrechtsstreits gegen den Sachverständigen durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers**  
**Orientierungssatz**

Die Besorgnis der Befangenheit des Gerichtssachverständigen in einem Arzthaftungsprozess ist nicht allein deshalb gerechtfertigt, weil der Prozessbevollmächtigte des Klägers in einem laufenden Arzthaftungsrechtsstreit gegen den Gerichtssachverständigen den dort klagenden Patienten vertritt.

#### **Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das am 25.06.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 153/12 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

#### **Gründe**

##### **I.**

Der Kläger nimmt den Beklagten wegen des Vorwurfs ärztlicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit einer am 23.06.2010 durchgeführten Arthroskopie am rechten Kniegelenk auf Zahlung von Ersatz materieller und immaterieller Schäden in Anspruch. Er hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn aus der fehlerhaften Behandlung ab 06.2010 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 30.000,00 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 21. Februar 2011, den Beklagten weiter zu verurteilen, an ihn 25.872,65 Euro zu zahlen, nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz, und zwar aus 11.176,18 Euro seit dem 21.02.2012, aus weiteren 1.955,17 Euro seit dem 16.02.2012, aus weiteren 12.741,30 Euro seit Rechtshängigkeit,

und festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche künftigen immateriellen sowie alle weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihm infolge der fehlerhaften Behandlung ab 06.2010 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 186 ff., 187 - 189 d. A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Kläger den ihm obliegenden Beweis für schadensursächliche Behandlungsfehler des Beklagten nicht habe führen können, und dass auch die vom Kläger erhobene Aufklärungsrüge nicht begründet sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen (Bl. 186 ff., 189 - 192 d. A.).

Der Kläger hat gegen das Urteil frist- und formgerecht Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel ordnungsgemäß begründet. Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Klageanträge unverändert weiter. Unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens rügt der Kläger insbesondere, dass das Landgericht dem Gutachten des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K gefolgt sei, obwohl dieser wegen einer Reihe von Arzthaftungsprozessen, die die Prozessbevollmächtigten des Klägers für andere Mandanten gegen den Sachverständigen geführt hätten, befangen sei und obwohl der Gerichtssachverständige sich nicht hinreichend mit dem Gutachten des Parteisachverständigen Prof. Dr. T auseinandergesetzt habe.

Der Beklagte tritt dem Berufungsvorbringen des Klägers entgegen und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

##### **II.**

Die Berufung des Klägers wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen, weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat, weil der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung nicht erfordern, und weil auch aus sonstigen Gründen eine Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung nicht geboten ist. Zur Begründung wird auf den Senatsbeschluss vom 2.03.2015 (Bl. 243 ff. d. A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO.

Mit seiner Stellungnahme vom 19.03.2015 nebst Anlagen (Bl. 250 ff. d. A. i. V. m. 253 ff. d. A.) wiederholt der Kläger im Wesentlichen - wenn auch mit etwas modifizierter Akzentuierung und teilweise mit ergänzendem neuem Vorbringen - einen Teil seiner bereits vorgetragenen Einwände und Erwägungen, mit denen sich der Senat bereits umfassend in seinem Hinweisbeschluss befasst hat. Insoweit und auch in Bezug auf das neue Vorbringen des Klägers rechtfertigt seine Stellungnahme vom 19.03.2015 auch nach nochmaliger eingehender Prüfung des gesamten Akteninhalts auch im Lichte der Ausführungen des Klägers vom 19.03.2015 eine für ihn günstigere Beurteilung der Sach- und Rechtslage nicht und bietet lediglich Veranlassung für die folgenden ergänzenden Anmerkungen:

1. Der Kläger stellt sich nach wie vor ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass das Gutachten des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K wegen des Umstandes nicht verwertet werden kann, dass seine Prozessbevollmächtigten ausweislich ihrer Angaben in der Berufungsschrift und in dem erstinstanzlichen schriftsätzlichen Vorbringen einige Mandanten in Arzthaftungsstreitigkeiten gegen Herrn Prof. Dr. K vertreten haben. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Prozessbevollmächtigten des Klägers in der Stellungnahme vom 19.03.2015, wonach sie auch in einem derzeit laufenden Arzthaftungsrechtsstreit gegen Prof. Dr. K den dort klagenden Patienten vertreten. Denn diese Umstände für sich genommen rechtfertigen die Besorgnis der Befangenheit von Prof. Dr. K nicht und bieten auch ansonsten keine Veranlassung für die Einholung des Gutachtens eines neuen Sachverständigen. Dies würde selbst dann gelten, wenn Prof. Dr. K in den abgeschlossenen Rechtsstreitigkeiten mit Erfolg wegen ärztlicher Fehler in Anspruch genommen worden sein sollte, was die Prozessbevollmächtigten des Klägers allerdings trotz entsprechender Nachfrage der Prozessbevollmächtigten des Beklagten nicht vorgetragen haben. Denn es kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass daraus und/oder aus dem nach Angaben der Prozessbevollmächtigten des Klägers derzeit laufenden Prozess Ressentiments des Sachverständigen gegen die Prozessbevollmächtigten des Klägers resultieren, die seine gebotene Neutralität gegenüber den von diesen vertretenen Mandanten in Frage stellen könnten. Es ist für Personen, die in Ausübung ihres Berufes an Gerichtsverfahren teilnehmen, allgemein zu dem Verhältnis zwischen Spannungen im persönlichen Bereich einerseits und professioneller Tätigkeit in einem gerichtlichen Verfahren andererseits in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass regelmäßig Belastungen auf persönlicher Ebene jedenfalls dann, wenn sie nicht den betroffenen Prozessbeteiligten selbst betreffen, nicht allgemein Rückschlüsse auf eine Voreingenommenheit in der Sache zulassen, sofern keine besonderen Umstände hinzutreten [vgl. hierzu etwa: BGH, Urteil vom 18.10.2012, 3 StR 208/12, NStZ-RR 2013, 168-Rn. 16 m. w. N. - st. Rspr.; vgl. zu einer von der Interessenlage her vergleichbaren Konstellation auch etwa: BGH, Beschluss vom 31.03.2009, X ZR 29/07, IBR 2009, 683-Rn. 9]. Abweichendes ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger zitierten Entscheidung des OLG Köln vom 6.05.1991 [27 W 6/91, NJW 1992, 762]; denn zum einen wird in dieser Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben, dass in Fallkonstellationen der hier in Rede stehenden Art entscheidend auf den Einzelfall abzustellen ist; und zum anderen wäre die vom Kläger zitierte Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 1991 dann, wenn sie dem angesprochenen Grundsatz zu dem Verhältnis zwischen Spannungen im persönlichen Bereich und professioneller Tätigkeit in einem gerichtlichen Verfahren widerspräche, durch die zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung überholt.

Besondere Umstände in dem oben genannten Sinne, die zu den von den Prozessbevollmächtigten des Klägers angenommenen Ressentiments des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K gegen sie hinzutreten und im vorliegenden Prozess einer Verwertung des Gutachtens des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K entgegenstehen könnten, sind weder von dem Kläger mit Substanz vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass solche eventuellen Ressentiments Einfluss auf den Inhalt des Gutachtens von Prof. Dr. K in dem vorliegenden Rechtsstreit gehabt hätten. Vielmehr ist das Gutachten des Gerichtssachverständigen dadurch geprägt, dass er mit der bei Gerichtsgutachten üblichen und gebotenen Sachlichkeit auf alle relevanten medizinischen Streitfragen eingeht.

Weiterhin ohne Erfolg greift der Kläger das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K und zugleich das angefochtene Urteil auch mit dem Vorwurf an, der Gerichtssachverständige und das Landgericht hätten sich nicht hinreichend mit dem Gutachten des Parteisachverständigen Prof. Dr. T auseinandergesetzt und insbesondere das Ergänzungsgutachten des Parteisachverständigen nicht beachtet. Denn das Vorbringen des Klägers hierzu ist nach wie vor nicht nachvollziehbar und auch aktenwidrig. Denn Prof. Dr. K hat sich in seinem schriftlichen Gutachten bemerkenswert ausführlich mit allen für den vorliegenden Prozess relevanten Feststellungen des Parteisachverständigen Prof. Dr. T auseinandergesetzt [vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen im zweiten Absatz zu 2.]. Zudem ist Prof. Dr. K im Rahmen seiner mündlichen Erläuterungen am 7.05.2014 auf die wesentlichen Komplexe des Ergänzungsgutachtens des Parteisachverständigen ausführlich eingegangen, wobei er im Zusammenhang mit einem der Vorwürfe von Prof. Dr. T gegen den Beklagten, nämlich zu der Frage der Spülung am Ende des umstrittenen Eingriffs, Unterlagen im Termin vorgelegt und anhand dieser Unterlagen das im Operationsbericht dokumentierte Vorgehen des Beklagten anschaulich erläutert hat.

2. Ohne Erfolg verbleibt der Kläger auch bei seiner Auffassung, dass der Nachbehandler Dr. I als Zeuge vernommen werden müsse. Dies gilt schon deshalb, weil die in das Wissen des Dr. I gestellten Tatsachen als wahr unterstellt werden können, ohne dass sich hieraus eine für den Kläger günstigere Beurteilung ergäbe. Denn in das Wissen des Dr. I gestellt sind lediglich die Umstände, dass er bei seiner Operation am 23.09.2010 einen freien Gelenkkörper gefunden hat, und dass er aufgrund eines Tastbefundes zu der Einschätzung gelangt ist, dass es sich dabei um Meniskusgewebe gehandelt haben könnte. Eine belastbare Untersuchung des entnommenen Gewebes hat Dr. I nicht veranlasst, so dass auch er nicht belastbar feststellen kann, dass es sich bei dem fraglichen Gewebe tatsächlich um Meniskusgewebe gehandelt hat. Hierauf hat er selbst in seinem Operationsbericht hingewiesen.

Im Übrigen hat auch der Parteisachverständige des Klägers Prof. Dr. T in seinem Gutachten ausdrücklich beklagt, dass eine histologische Untersuchung des entnommenen Gewebes unterblieben und dass damit eine zuverlässige Feststellung zu der Frage, um was für ein Gewebe es sich bei dem entnommenen Fragment gehandelt hat, nicht möglich ist. Auch aus den vom Kläger am Ende von S. 2 seiner Stellungnahme vom 19.03.2015 - teilweise sinnenstehend [so ist etwa nach den Feststellungen der Parteisachverständigen nicht die Haut des Klägers glattflächig, sondern das entnommene Fragment] - zitierten Feststellungen des Parteisachverständigen Prof. Dr. T hat dieser selbst insoweit keine belastbaren Rückschlüsse ziehen können, so dass sich eine nähere Auseinandersetzung hiermit durch den Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K und/oder durch das Gericht erübrigt.

3. Soweit der Kläger in seiner Stellungnahme vom 19.03.2015 meint, dass der Beklagte in seinem Operationsbericht einen Spülvorgang und die Benutzung des Shaver-Systems nicht erwähne, ist dies zum einen aktenwidrig und zum anderen auch unabhängig davon vor dem Hintergrund der Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K sowie vor dem Hintergrund der Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung und in dem Senatsbeschluss vom 2.03.2015 nicht nachvollziehbar. Denn zum einen ist der Einsatz eines Shaver-Systems in dem Operationsbericht des Beklagten ausdrücklich erwähnt ["Nachglätten mit dem Shaver. Ausaugen des Gelenkes"; vgl. den Operationsbericht des Beklagten vom 23.06.2010, SH I 3], wobei der Beklagte in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung am 7.05.2014 ergänzend angegeben hat, welches konkrete Modell er insoweit benutzt hat. Und zum anderen hat der Gerichtssachverständige Prof. Dr. K zur Überzeugung des Senates - und vom Kläger nicht mit Substanz widersprochen - erläutert, dass und warum der Einsatz des Shaver-Systems ein allgemein anerkanntes und ordnungsgemäßes Vorgehen und zugleich eine ausreichende und ordnungsgemäße Spülung darstellt. Die diesbezüglichen Ausführungen auf S. 5/6 des Hinweisbeschlusses des Senates vom 2.03.2015, auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, bedürfen auch vor dem Hintergrund der Stellungnahme des Klägers vom 19.03.2015 keiner weiteren Ergänzung.

4. Auch zu der Aufklärungsrüge, die der Kläger in seiner Stellungnahme vom 19.03.2015 ohne jede Begründung weiter aufrecht erhält, bedürfen die Ausführungen des Senates in dem Hinweisbeschluss vom 2.03.2015 [dort S. 8/9] keiner Ergänzung.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Berufungsstreitwert: 105.872,65 Euro

### **37. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 02.04.2015 – 5 U 12/14 – \* Arzthaftung: Aufklärungspflicht über das Risiko einer spinalen Ischämie bei einem infrarenalen Aorteneingriff wegen eines Bauchaortenaneurysmas; hypothetische Einwilligung des Patienten; ernsthafter Entscheidungskonflikt**

#### **Leitsatz**

**1. Grundsätzlich hat der Arzt den Patienten auch über seltene, sogar sehr seltene Risiken aufzuklären, wenn deren Realisierung die Lebensführung des Patienten schwer belasten würde und die entsprechenden Risiken trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien aber überraschend sind (hier: Risiko von 0,1%, dass bei einem infrarenalen Aorteneingriff wegen eines Bauchaortenaneurysmas eine postoperative spinale Ischämie als Operationsfolge eintreten kann).**

**2. Beruft sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung des Patienten, so muss der Patient plausible Gründe dafür darlegen, dass er sich in seiner persönlichen Entscheidungssituation in einem echten Entscheidungskonflikt befunden haben würde. Was aus ärztlicher Sicht sinnvoll und erforderlich gewesen wäre und wie sich ein "vernünftiger" Patient verhalten haben würde, ist deshalb grundsätzlich nicht entscheidend. Auch kann nicht verlangt werden, dass der Patient genaue Angaben darüber macht wie er sich wirklich verhalten oder entschieden hätte. Allerdings muss er einsichtig machen, dass ihn die vollständige Aufklärung über das Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er zustimmen solle oder nicht (hier verneint).**

#### **Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 09.07.2014, Gesch.-Nr.: 1 O 1431/11, wird zurückgewiesen. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung ihrerseits Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

#### **Gründe**

I.

Der Kläger begehrt von den Beklagten aus einer von dem Beklagten zu 2) am 29.06.2010 durchgeführten Operation materiellen und immateriellen Schadensersatz. Nachdem der Kläger erstinstanzlich verschiedene Behandlungsfehler geltend gemacht hat, rügt er mit der Berufung nur noch, dass er vor dem Eingriff nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei.

Der am [...] 1944 geborene Kläger befand sich vom 28.06.2010 bis 19.07.2010 in stationärer Behandlung des Klinikums [...], dessen Trägerin die Beklagte zu 1) ist. Er wurde im Zentrum für Chirurgie, Allgemein-, Gefäß- und Visceralchirurgie durch den Beklagten zu 2) ärztlich betreut. Bei dem Kläger war im Jahre 2006 ein Bauchaortenaneurysma festgestellt worden, das in Verlaufskontrollen größtenprogreredient war (Anwachsen des infrarenalen Aortenaneurysmas auf über 5 cm). Daher wurde beim Kläger durch den Beklagten zu 2) am 29.06.2010 eine Aneurysmaresektion und eine Rohrprothesenimplantation durchgeführt. Eine Aufklärung des Klägers fand zuvor bei einer Voruntersuchung am 17.05.2010 und am 28.6.2010 durch die Fachärztin für Chirurgie Frau Dr. K. statt. Der Kläger unterschrieb einen entsprechenden Aufklärungsbogen (Bl. 86 d.A.), auf den ergänzend Bezug genommen wird.

Der Kläger litt nach der Operation an einer postoperativen spinalen Ischämie in Höhe BWK 8. Klinisch zeigte sich eine schlaffe Paraparese (Lähmung beider Beine), eine Blasenlähmung und Stuhlinkontinenz. Er begab sich im Anschluss an den stationären Klinikaufenthalt vom 19.07.2010 bis 09.09.2010 in der Neurologischen Klinik des Neurozentrums Niedersachsen zu einer stationären Rehabilitationsmaßnahme.

Erstinstanzlich hat der Kläger behauptet, dass es bei dem Eingriff Operationsfehler gegeben habe und dazu näher vorgetragen.

Des Weiteren hat der Kläger Aufklärungsfehler gerügt. Über das Risiko einer spinalen Lähmung sei er nicht ausdrücklich aufgeklärt worden. Zudem sei er vor der Operation nicht ausreichend über mögliche Präventionsmaßnahmen prä- und intraoperativ zur Vermeidung des „Spinal-Ischämie Risikos“ aufgeklärt worden. Ihm sei nicht erläutert worden, dass es dazu Techniken wie beispielsweise ein intraoperatives Neuromonitoring, Legen einer Liquorfistel oder intraoperative Dopplersonografie gebe. Die Aufklärung sei insgesamt allgemein gehalten worden und habe die Risiken, die bei ihm, dem Kläger, eingetreten seien, nicht angesprochen.

Der Kläger hat behauptet, er leide nach wie vor an den nach der Operation festgestellten Symptomen und sei dadurch erheblich in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Aufgrund der Schwere der erlittenen Verletzungen stehe ihm neben einem Schmerzensgeld auch eine Schmerzensgeldrente zu. Er könne seine Tätigkeiten in Haushalt und Garten nicht mehr ausüben und benötige daher 24,5 Stunden Hilfe pro Woche. Auch müsse er sein Haus behindertengerecht umbauen. Die Kosten beliefen sich auf € 20.000,00. Des Weiteren macht er Schadensersatz wegen Verdienstauffalls für Vergangenheit und Zukunft geltend, da er nicht mehr als Dozent für Luftfahrt arbeiten könne. Darüber hinaus beansprucht er den Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten von € 2.253,67.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von mindestens € 60.000,00 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 6.500,00 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn eine monatliche weitere Schmerzensgeldrente, beginnend ab dem 01.08.2011, jeweils zum 3. Werktag eines jeden Monats, in Höhe von mindestens € 500,00 zu zahlen;
4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 21.912,80 zu zahlen;
5. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn monatlich € 1.685,60 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
6. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 20.000,00 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
7.
  - a) die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 16.000,00 nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
  - b) die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn jährlich, beginnend ab dem 01.07.2011, € 16.000,00 zu zahlen;

8.

festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, die aus der durchgeführten Behandlung, beginnend ab 06.2010 herrühren, zu ersetzen, soweit sie nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen sind;

9.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 2.252,67 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben behauptet, dass die Behandlung des Klägers durch den Beklagten zu 2) lege artis und auch die durchgeführte Aufklärung nicht zu beanstanden gewesen sei. Auf das Risiko einer spinalen Ischämie müsse nur bei thorakalen oder thorakoabdominellen, nicht aber bei - wie hier durchgeführten - infrarenalen Aorteneingriffen hingewiesen werden.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Gutachtens des Sachverständigen Dr. R. vom 28.02.2013 nebst Ergänzungsgutachten vom 27.06.2013 (Bl. 136 ff. und Bl. 202 ff. d. A) sowie durch Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2014.

Durch Urteil vom 09.07.2014 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme weder ein den Beklagten vorwerfbarer Behandlungsfehler vorliege noch eine unzureichende Aufklärung des Klägers erfolgt sei. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei weder eine Aufklärung über die Nichtvornahme von Präventionsmaßnahmen noch über das Risiko einer möglicherweise postoperativ auftretenden spinalen Ischämie notwendig gewesen. Unter Zugrundelegung der überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen sei bei einem infrarenalen Aorteneingriff die spinale Ischämie keine vorhersehbare oder typische Komplikation. Deshalb habe darüber auch nicht aufgeklärt werden müssen.

Mit der Berufung wendet sich der Kläger gegen das klageabweisende Urteil lediglich insoweit, als das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, dass der Kläger ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei.

Diese Feststellung des Landgerichts sei rechtsfehlerhaft. Der Sachverständige habe bereits dargelegt, dass bei Verwendung eines Perimed-Aufklärungsbogens auf das Risiko einer spinalen Ischämie hingewiesen worden wäre. Zudem sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Patient auch auf extrem seltene Risiken hingewiesen werden müsse, wo diese Risiken, wenn sie sich verwirklichen, die Lebensführung des Patienten schwer belasten und trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch seien. Das sei hier der Fall. Zwar stimme es, dass das hier eingetretene Risiko sich bei der hier in Rede stehenden Art der Operation sehr selten verwirkliche. Die Folgen für den Kläger seien aber gravierend. Deshalb sei, auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen, eine Aufklärung erforderlich gewesen. Die hier vorliegende Aufklärungspflichtverletzung sei auch kausal, denn wenn er, der Kläger, über das Risiko einer spinalen Ischämie aufgeklärt worden wäre, hätte er sich nicht zu einer derartigen Operation entschlossen. Zudem wäre als alternative Operationsmethode eine vaskuläre Versorgung mit einem Stentgraft in Betracht kommen. Hierbei würde sich das eingetretene Risiko der spinalen Ischämie nicht verwirklicht haben.

Der Kläger beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und

1.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von mindestens € 60.000,00 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

2.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 6.500,00 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

3.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn eine monatliche weitere Schmerzensgeldrente, beginnend ab dem 01.08.2011 jeweils zum 3. Werktag eines jeden Monats in Höhe von mindestens € 500,00 zu zahlen;

4.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 21.912,80 zu zahlen;

5.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn monatlich € 1.685,60 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

6.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 20.000,00 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

7.

a)

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn Kläger € 16.000,00 nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

b)

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn jährlich, beginnend ab dem 01.07.2011, € 16 000,00 zu zahlen;

8.

festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, die aus der durchgeführten Behandlung, beginnend ab 06.2010 herrühren, zu ersetzen, soweit sie nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen sind;

9.

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn € 2.252,67 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen unter Verteidigung des erstinstanzlichen Urteils, die Berufung zurückzuweisen.

Sie vertreten weiterhin die Auffassung, dass das Risiko einer postoperativen spinalen Ischämie bei der hier in Rede stehenden Operation nicht aufklärungspflichtig gewesen sei. Aus dem Sachverständigengutachten ergebe sich, dass es sich bei der beim Kläger aufgetretenen Komplikation nicht um eine bei infrarenalen Aorteneingriffen vorhersehbare oder typische Komplikation handele. Die einschlägige „Leitlinie der deutschen Gesellschaft für Gefäßchirurgie zum Bauchaortenaneurysma und Beckenarterienaneurysma“ beschreibe bei den möglichen Risiken der operativen Versorgung eines Bauchaorteneingriffs ebenfalls nicht das einer spinalen Ischämie. Der Kläger sei hier deshalb ordnungsgemäß aufgeklärt worden.

Zudem würde der Kläger auch bei ausreichender Aufklärung über das Risiko einer postoperativen spinalen Ischämie seine Einwilligung in den Eingriff erklärt haben. Zwar habe es sich bei der Operation nicht um einen Notfalleingriff, jedoch um eine dringlich gebotene medizinische Maßnahme gehandelt. Denn Bauchaortenaneurysmen sollten spätestens ab einer Größe von 5 cm unbedingt operiert werden, da ansonsten das zunehmende Rupturrisiko für den Patienten akut lebensbedrohlich sei. Die Behauptung des Klägers, dass er sich, wenn er über das Risiko der spinalen Ischämie aufgeklärt worden wäre, der Operation nicht unterzogen hätte, sei deshalb rein prozesstaktischer Natur.

Schließlich sei eine Aufklärung auch deshalb nicht erforderlich gewesen, weil das Risiko einer spinalen Ischämie als Folge der hier durchgeführten Operation zum Zeitpunkt der Operation in der medizinischen Wissenschaft nicht beschrieben worden sei. Daher habe bei der hier durchgeführten Operation über das Risiko einer Querschnittslähmung nicht aufgeklärt werden können und müssen. Bei der in Rede stehenden alternativen Operationsmethode einer vaskulären Versorgung mit einem Stentgraft sei das Risiko des Eintritts einer spinalen Ischämie genauso hoch gewesen, wie bei der beim Kläger vorgenommenen Operation.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines weiteren Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen Dr. R. sowie durch Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Ergänzungsgutachten vom 13.11.2014 (Bl. 379 ff. d. A.) sowie auf die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2015.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsrechtszug wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien (§ 540 Abs. 1 und 2 ZPO) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2015 ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers ist statthaft (§ 511 Abs. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§§ 511 Abs. 2, 517, 519, 520 ZPO). Sie ist jedoch nicht begründet. Da der Kläger in der Berufung die Feststellung des Landgerichts, dass die Behandlung selbst ordnungsgemäß durchgeführt wurde, nicht angreift, können dem Kläger gegen die Beklagten vertragliche oder deliktische Ansprüche aus den §§ 280 ff. i.V.m. § 278 bzw. §§ 823 ff. i.V.m. § 831 BGB nur wegen etwaiger Aufklärungsversäumnisse zustehen. Zwar ist der Kläger nach der Überzeugung des Senats nicht ausreichend über das Risiko einer spinalen Ischämie als Folge der durchgeführten Operation aufgeklärt worden. Den Beklagten ist jedoch der Nachweis der hypothetischen Einwilligung gelungen, denn der Kläger hat nicht plausibel dargelegt, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte.

1. Unstreitig ist der Kläger bei dem hier durchgeführten infrarenalen Aorteneingriff nicht ausdrücklich über das Risiko einer spinalen Ischämie aufgeklärt worden. Hingewiesen wurde er in dem Aufklärungsgespräch allerdings auf die Möglichkeit der Verletzung von Nerven, Gefäßen und Nachbarstrukturen, wie der Blase, auf die Gefahr einer HIV-Infektion oder einer Impotenz. Streitig ist zwischen den Parteien deshalb nicht der Inhalt der Aufklärung, sondern ob auf die Folge einer spinalen Ischämie bei der hier konkret

durchgeführten Operation hätte hingewiesen werden müssen bzw. ob dieses Risiko von der vorgenommenen Aufklärung abgedeckt ist. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Kläger nicht hinreichend über das Risiko einer spinalen Ischämie aufgeklärt worden.

Eine den ärztlichen Heileingriff rechtfertigende Einwilligung des Patienten setzt voraus, dass er über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche echte Behandlungsalternativen mit gleichwertigen Chancen aber andersartigen Risiken und Gefahren „im Großen und Ganzen“ aufgeklärt worden ist. Hierbei müssen dem Patienten die möglichen Risiken nicht medizinisch exakt und in allen denkbaren Erscheinungsformen dargestellt werden; es genügt, wenn dem Patienten ein allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des Risikospektrums dargelegt, ihm die „Stoßrichtung“ der Risiken verdeutlicht wird (BGH, Urteil vom 19.10.2010, VI ZR 241/09, NJW 2011, 375; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. A 834, jeweils m.w.N.). Dabei hat nach der Rechtsprechung des BGH der aufklärungspflichtige Arzt nachzuweisen, dass er die von ihm geschuldete Aufklärung erbracht hat und die Einwilligung des Patienten vorliegt (BGH, Urteil vom 28.01.2014, VII ZR 143/13, NJW 2014, 1527; Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. A 2240). Grundsätzlich hat der Arzt den Patienten auch über seltene, sogar sehr seltene Risiken aufzuklären, wenn deren Realisierung die Lebensführung des Patienten schwer belasten würde und die entsprechenden Risiken trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien aber überraschend sind (BGH, Urteil vom 06.07.2010, VI ZR 198/09, NJW 2010, 3230, 3231; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. Rn. A 1100 m.w.N.). Über extrem seltene, aber schwerwiegende Risiken ist der Patient dann aufzuklären, wenn in der medizinischen Wissenschaft bereits ernsthafte Stimmen darauf hinweisen, die nicht als unbeachtliche Außenseitermeinungen abgetan werden können, sondern als gewichtige Warnungen angesehen werden müssen (Martis/Winkhart, a.a.O. Rn. A 1102 m.w.N.). Auf mögliche und typische Schadensfolgen einer beabsichtigten Behandlung braucht der Patient nur dann nicht hingewiesen zu werden, wenn sie nur in seltenen Fällen auftreten und anzunehmen ist, dass sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluss in die Behandlung einzuwilligen nicht ernsthaft ins Gewicht fallen (Martis/Winkhart, a.a.O. Rn. A 1103 m.w.N.). Über die Aufklärungsbedürftigkeit entscheidet damit weniger die Rate der Komplikationsdichte bzw. die prozentuale Wahrscheinlichkeit der Realisierung als vielmehr die Frage, welche Bedeutung das mit dem Eingriff verbundene Risiko für die Entschließung des Patienten im Hinblick auf eine mit seiner Realisierung verbundene schwere Belastung der Lebensführung haben kann (BGH, Urteil vom 06.07.2010, VI ZR 198/09, NJW 2010, 3230, 3231; Martis/Winkhart, a.a.O. Rn. A 1104 m.w.N.). Dementsprechend kann im Einzelfall auch unterhalb einer Komplikationsdichte von 0,1 % von einer Aufklärung über mögliche Risiken und Zwischenfälle regelmäßig nur dann abgesehen werden, wenn diese Möglichkeit bei einem verständigen Patienten für seinen Willensentschluss über die Einwilligung nicht ernsthaft ins Gewicht fallen kann (Martis/Winkhart, a.a.O. Rn. A 1106 mit umfangreichen Rspr. Nachw.). War allerdings ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht bekannt, besteht keine Aufklärungspflicht über das Risiko. Ist es dem behandelnden Arzt nicht bekannt und musste es ihm auch nicht bekannt sein, etwa weil es nur in anderen Spezialgebieten der medizinischen Wissenschaft, aber nicht in seinem Fachgebiet diskutiert wurde, entfällt die Haftung des Arztes mangels Verschuldens (BGH, Urteil vom 06.07.2010, VI ZR 198/09, NJW 2010, 3230, 3231; Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. A 1107 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall hat der Sachverständige in seinem Ausgangsgutachten zur Frage der Erforderlichkeit der Aufklärung zunächst keine Stellung genommen. In seinem Ergänzungsgutachten vom 27.06.2013 führt er aus, dass die Aufklärung ausreichend erfolgt sei, da die Art der beim Kläger eingetretenen Komplikation bei infrarenalen Aorteneingriffen nicht typisch sei und deshalb darüber auch nicht aufgeklärt werden müsse (Bl. 205 f. d.A.). In seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht hat der Sachverständige diese Einschätzung wiederholt, das Risiko einer spinalen Ischämie bei der hier durchgeführten Operation auf maximal 0-0,3% geschätzt und noch einmal klargestellt, dass das Risiko, bei einem solchen Eingriff zu versterben, deutlich höher sei als das Risiko einer Rückenmarksschädigung (Bl. 297 d.A.). In dem vom Senat eingeholten Ergänzungsgutachten vom 13.11.2014 führt der Sachverständige aus, dass das sehr seltene Risiko des Auftretens einer spinalen Ischämie bei der Durchführung des offenen infrarenalen Aortenersatzes auch bereits zum Zeitpunkt des Eingriffs bekannt gewesen sei und 0,1% betrage. Dabei handle es sich aber nicht um eine typische Komplikation im Rahmen des Ersatzes der infrarenalen Aorta (Bl. 380 d.A.). In der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2015 hat der Sachverständige dazu auf Nachfrage erläutert, dass er diese Komplikation deswegen nicht als typisch für die gewählte Operationsmethode ansehe, weil sie mit 0,1% relativ selten vorkomme. Er sei nach wie vor der Überzeugung, dass der Kläger ausreichend aufgeklärt worden sei.

Dieser Auffassung des Sachverständigen folgt der Senat nicht. Bei der Frage, ob die Aufklärung ordnungsgemäß erfolgt ist, handelt es sich um eine Rechtsfrage, die nach den vom Sachverständigen begutachteten Fakten zu entscheiden ist. Nach den Ausführungen des Sachverständigen steht fest, dass das Risiko einer spinalen Ischämie bei der Durchführung der Operation im Jahre 2010 bekannt gewesen ist und 0,1% betrug. Die Verwirklichung dieses Risikos hat der Sachverständige nur deswegen als untypisch angesehen, weil es zahlenmäßig relativ selten vorkommt. Nach der oben genannten Rechtspre-

chung ist aber auch über ein derart seltenes Risiko dann aufzuklären, wenn die Realisierung dieses Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belasten würde und die entsprechenden Risiken trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff zwar spezifisch, für den Laien aber überraschend sind. Das ist hier der Fall, denn, wie sich im vorliegenden Fall zeigt, führt die spinale Ischämie zu ganz erheblichen Einschränkungen bei dem betroffenen Patienten. Dieses Risiko war daher aufklärungspflichtig. Dagegen spricht auch nicht, dass die entsprechenden Leitlinien dieses Risiko bei einem infrarenalen Aorteneingriff nicht beschreiben, denn der Sachverständige hat ausdrücklich und von den Beklagten unbestritten ausgeführt, dass das Risiko einer spinalen Ischämie bei Durchführung auch des offenen infrarenalen Aortenersatzes bekannt gewesen sei und er eine solche Aufklärung auch vornehme, weil sich bei einer von ihm durchgeführten Operation dieses Risiko bereits einmal verwirklicht habe. Ob es der Sachverständige nach seiner Meinung für notwendig hält, entsprechend aufzuklären, ist hier nicht entscheidend, denn die voranstehend dargelegten Voraussetzungen, nach denen nach der Rechtsprechung eine Aufklärung durchzuführen ist, sind hier - wie dargelegt - erfüllt.

Die erforderliche Aufklärung ist auch nicht dadurch erfolgt, dass der Kläger unstreitig über die Gefahr der „Verletzung von Nerven, Gefäßen und Nachbarstrukturen (Darm, Blase, Bauchspeicheldrüse)“ hingewiesen worden ist, denn in dieser Aufklärung spiegelt sich die spezifische Gefahr der spinalen Ischämie nicht so wider, dass dieses Risiko für einen Patienten eindeutig erkennbar wäre. Eine weitergehende Aufklärung über das Risiko einer spinalen Ischämie wäre deshalb erforderlich gewesen.

2. Wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2015 selbst eingeräumt hat, ist er über die von ihm vorgetragene alternativ in Betracht kommende Operationsmethode einer endovaskulären Versorgung mit einem Stentgraft aufgeklärt worden. Wegen der damit verbundenen und ihm auch mitgeteilten höheren Risiken dieser Operationsmethode hat er sich aber für den dann durchgeführten offenen infrarenalen Aortenersatz entschieden. Da bei beiden Methoden das Risiko des Eintritts einer spinalen Ischämie nach den Ausführungen des Sachverständigen in etwa identisch ist, liegt insoweit eine Aufklärungspflichtverletzung nicht vor.

3. Trotz des Vorliegens einer Aufklärungspflichtverletzung war die Berufung aber zurückzuweisen, weil hier von einer hypothetischen Einwilligung des Klägers in die Operation auszugehen ist. Denn der Kläger hat nicht plausibel dargelegt, dass er sich bei ausreichender Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte.

Beruft sich der Arzt darauf, der Patient hätte auch bei ausreichender Aufklärung die Einwilligung zur Durchführung des konkreten Eingriffs erteilt, etwa weil die Ablehnung der Behandlung medizinisch unvernünftig gewesen wäre, so muss der Patient plausible Gründe dafür darlegen, dass er sich in diesem Falle in einem echten Entscheidungskonflikt befunden haben würde. Abzustellen ist dabei auf die persönliche Entscheidungssituation des Patienten. Was aus ärztlicher Sicht sinnvoll und erforderlich gewesen wäre und wie sich ein „vernünftiger“ Patient verhalten haben würde, ist deshalb grundsätzlich nicht entscheidend. Auch kann nicht verlangt werden, dass der Patient genaue Angaben darüber macht wie er sich wirklich verhalten oder entschieden hätte. Einsichtig machen muss er nur, dass ihn die vollständige Aufklärung über das Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er zustimmen solle oder nicht (BGH, Urteil vom 06.07.2010, VI ZR 198/09, NJW 2010, 3230, 3231; OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.2004, 5 U 1086/03, NJW-RR 2004, 1166 f; Martis/Winkhart, a.a.O. Rn. A 1900, 1973 jeweils m.w.N.). Dazu bedarf es einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles, wobei maßgeblich sind der Leidensdruck, die Risikobereitschaft des Patienten, die Dringlichkeit des Eingriffs und die Erwartung eines (dann fiktiv) umfassend aufgeklärten Patienten vor dem Eingriff (Martis/Winkhart a.a.O. Rn. A 1973 m.w.N.). Bei Anlegung dieser Maßstäbe hat der Kläger seine Substantiierungslast nicht erfüllt. Der vom Kläger behauptete Entscheidungskonflikt ist nach seinem gesamten Vortrag in diesem Prozess nicht plausibel. Der Senat ist vielmehr überzeugt, dass der Kläger auch bei vollständiger und umfassender Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass eine Indikation zur Operation beim Kläger gegeben war. Dies hat auch der Sachverständige in der mündlichen Berufungsverhandlung noch einmal betont. Die Bauchaorta des Klägers hatte zum Zeitpunkt des Eingriffs bereits ein Umfang von über 5 cm. Diese Größe ist nach den Ausführungen des Sachverständigen bereits lebensbedrohlich. Deshalb hätte die Operation durchgeführt werden müssen. Das Risiko, dass die Bauchaorta bei dieser Größe platzt, hat der Sachverständige auf etwa 10% pro Jahr eingeschätzt, wobei das Risiko, beim Platzen der Bauchaorta zu versterben, bei 50% liegt. Das Risiko einer spinalen Ischämie bei dem hier durchgeführten offenen infrarenalen Aortenersatz beträgt demgegenüber lediglich 0,1%. Alternativen zu einem Eingriff gab es nach Angaben des Sachverständigen nicht.

Wegen der vitalen Indikation zur Operation einerseits und dem relativ geringen Risiko einer spinalen Ischämie andererseits, besteht für den Kläger eine Substantiierungslast dafür, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte. Er muss dem Gericht plausibel machen, warum er trotz des hohen Risikos eines möglichen Versterbens zumindest ernsthaft erwogen hätte, sich der Operation nicht zu unterziehen, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Nachvollziehbare Gründe dafür hat der Kläger nicht dargelegt.

In der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2015 hat der Kläger dazu ausgeführt, dass er sich nicht hätte operieren lassen, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre. Er hätte das Risiko des Platzens der Bauchaorta in Kauf genommen. Ein Leben mit einer Querschnittslähmung sei für ihn nicht vorstellbar gewesen, schon weil er durch seine vorhergehende Bandscheibenoperation Leute gekannt habe, die querschnittsgelähmt gewesen seien. Welche Erwägungen ihn im Einzelnen geleitet hätten, könne er heute nicht mehr sagen. Jedenfalls hätte er sich gegen eine Operation entschieden. Dieser behauptete Entscheidungskonflikt ist angesichts der vorangehend genannten Umstände nicht plausibel. Der Kläger hat sich erstmals nach Einholung der Sachverständigengutachten mit Schriftsatz vom 07.05.2014, also unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom selben Tag, zur Frage des behaupteten Entscheidungskonflikts geäußert. Bis dahin hatte er vor allem darauf abgestellt, dass mögliche Präventionsmaßnahmen vor der Operation nicht durchgeführt worden seien bzw. eine weniger riskante Operationsmethode in Betracht gekommen wäre. Beides hat sich im Verlauf des Prozesses als unzutreffend herausgestellt. Zudem passt diese Einlassung des Klägers nicht zu dem Bild, das der Kläger von sich vor der Operation gegeben hat. Danach war der Kläger vor der Operation sehr aktiv. Er war freiberuflich als Dozent für Luftfahrtrecht tätig. Dabei hatte er Schulungen und Seminare in ganz Deutschland abgehalten. Weiterhin hat der Kläger angegeben, dass er vor der Operation noch aktiv sportlich gewesen ist. Dass der Kläger bei dieser Sachlage hier bei ordnungsgemäßer Aufklärung das Risiko der Ruptur der Bauchaorta mit der Folge eines möglichen Versterbens in Kauf genommen hätte, obwohl das Risiko einer spinalen Ischämie mit 0,1% hier relativ gering war, ist auch aufgrund seiner Einlassung in der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2015 nicht nachvollziehbar. Angesichts der erheblichen Beeinträchtigungen, die bei ihm als Folge der Operation eingetreten sind, ist deshalb nicht auszuschließen, dass der Kläger von der eingetretenen Schädigung und dem Prozessverlauf im Nachhinein so geprägt ist, dass er sich in die damalige Entscheidungssituation nicht zurückversetzen kann.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe, die die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 2 S. 1 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

**38. OLG Hamm, Beschluss vom 30.03.2015 – I-3 U 26/14, 3 U 26/14 – \* Bei Sozialleistungen, die nicht auf Grund eines Sozialversicherungsverhältnisses erbracht werden, ist für den Zeitpunkt des Anspruchsüberganges nach § 116 SGB X maßgebend, dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles eine Leistungspflicht ernsthaft in Betracht zu ziehen ist.**

1. Bei Sozialleistungen, die nicht auf Grund eines Sozialversicherungsverhältnisses erbracht werden, ist für den Zeitpunkt des Anspruchsüberganges nach § 116 SGB X maßgebend, dass nach den konkreten Umständen des Einzelfalles eine Leistungspflicht ernsthaft in Betracht zu ziehen ist.

2. Bei einem inzwischen zwölfjährigen Kind, das aufgrund eines Behandlungsfehlers einen Geburtschaden mit erheblichen körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen erlitten hat, danach aber trotz der Behinderungen einen heilpädagogischen Kindergarten besuchen können und aktuell in einer Schule für Körperbehinderte beschult und auch im Übrigen in vielfältiger Weise gefördert wird, ist die Inanspruchnahme von Förderleistungen der Bundesagentur für Arbeit zur Teilhabe am Arbeitsleben in einer Werkstatt für behinderte Menschen nicht mehr nur eine im Bereich des theoretisch Denkbaren liegende Möglichkeit, sondern vielmehr eine bereits ernsthaft in Betracht zu ziehende künftige Entwicklung.

**Orientierungssatz**

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Gericht teilt mit, dass die Berufung nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden ist.

**Tenor**

Der Senat weist nach Vorberatung darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Beklagten durch einstimmigen Senatsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

**Gründe**

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 16.12.2013 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen, mit dem die Beklagte zur Zahlung von 31.936,26 EUR verurteilt und ihre Verpflichtung festgestellt worden ist, der Klägerin sämtliche weiteren auf sie übergegangenen Schäden aufgrund des am ... 1988 von der Leistungsempfängerin U erlittenen Geburtsschadens zu ersetzen, hat gem. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Auch erscheint eine mündliche Verhandlung nicht geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO). Insbesondere hat die weitere Rechtsverfolgung für die Beklagte, auch wenn es sich um eine Arzthaftungssache handelt, keine existentielle Bedeutung.

Das angefochtene Urteil erweist sich auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens als richtig. Die Klageabweisung beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrundezulegende Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedarf es zu den Punkten, die Gegenstand der Berufung sind, nicht. Die mit der Berufung erhobenen Beanstandungen zeigen keine Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen sowie der vom Landgericht vorgenommenen Beweiswürdigung rechtfertigen.

II.

1.

Die Parteien streiten um Regressansprüche der klagenden C gegen die Beklagte als Trägerin des St. K Hospital H. In diesem kam am ###.###.1988 Frau U (im Folgenden: die Geschädigte) zur Welt, welche aufgrund von Behandlungsfehlern erhebliche Geburtsschäden erlitt. In der Folge zeigten sich das klinische Bild einer zerebralen Bewegungsstörung mit Hypotonie und Spastik, ein erheblicher statomotorischer Entwicklungsrückstand, ein Strabismus convergens sowie Lern- und Wahrnehmungsstörungen und eine Einschränkung des logischen Denkens. Die Geschädigte besuchte ab 1992 einen heilpädagogischen Kindergarten und ab 1994 eine Schule für Körperbehinderte. Sie erhielt Therapien nach Vojta und Bobath, später eine konduktive Therapie nach Pető sowie eine logopädische Therapie. Ende 1999/Anfang 2000 schloss die Geschädigte, vertreten durch ihre Mutter, mit der Beklagten und deren Haftpflichtversicherer einen Kapitalisierungsvergleich über die Direktansprüche der Geschädigten.

Vom 1.9.2011 bis zum 30.11.2013 nahm die Geschädigte an einer Maßnahme zur Teilhabe am Arbeitsleben gem. §§ 97 ff. SGB III (in der bis zum 31.3.2012 geltenden Fassung) in einer Werkstatt für behinderte Menschen teil. Nach Abschluss der Maßnahme wurde die Geschädigte ab dem 1.12.2013 in den Arbeitsbereich der Werkstatt übernommen. Die Kosten der Maßnahme wurden von der Klägerin getragen. Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils gem. § 522 Abs. 2 S. 4 ZPO Bezug genommen.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag vollumfänglich weiter.

Soweit sie erstinstanzlich noch vorgetragen hat, ein Anspruch auf Ersatz der Maßnahmekosten bestehe schon deswegen nicht, weil die Maßnahme aufgrund des Ausmaßes der bei der Geschädigten bestehenden Behinderungen bei verständiger Würdigung nicht geeignet gewesen sei, die Erwerbsfähigkeit zumindest in einer Werkstatt für behinderte Menschen herzustellen, verfolgt sie dies mit der Berufung nicht weiter.

Sie macht nunmehr allein noch geltend, dass der ursprünglich der Geschädigten zustehende Ersatzanspruch auch insoweit, wie jetzt von der Klägerin Regressansprüche gestellt würden, vom Abfindungsvergleich erfasst worden sei, und daher nicht mehr auf die Klägerin habe übergehen können. Jedenfalls aber sei der Anspruch verjährt.

Der Ersatzanspruch habe zum Zeitpunkt des Abschlusses des Abfindungsvergleiches Anfang 2000 noch nicht der Klägerin zugestanden. Zu diesem Zeitpunkt sei nach den konkreten Umständen eine Leistungspflicht der Klägerin nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen gewesen. Bei Vergleichsabschluss seien sowohl die Vertreter der Geschädigten als auch die Beklagte und ihr Haftpflichtversicherer davon ausgegangen, dass die damals 11jährige nie in der Lage sein würde, ein Mindestmaß an wirtschaftlich vertretbarer Arbeitsleistung, und sei es in einer Werkstatt für behinderte Menschen, zu erbringen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 3 des Vergleichs. Zudem erfasse die in § 4 des Vergleichs getroffene Regelung nicht die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche, da diese weder Sozialversicherungsträgerin noch Sozialhilfeträgerin sei.

Jedenfalls aber seien die Ersatzansprüche verjährt. Für alle Anspruchsteile, die sich bei Abschluss des Vergleichs noch in der Hand der Geschädigten befunden hätten, habe die Verjährung mit dem auf den Abschluss folgenden Tag eingesetzt. Die Klägerin habe die Anspruchsteile daher schon mit laufender Verjährung erworben. Verjährungsunterbrechende Maßnahmen seien nicht rechtzeitig erfolgt.

2.

Zunächst ist lediglich der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass nach dem klaren Wortlaut der in § 4 des Kapitalisierungsvergleichs getroffenen Regelung von der in § 1 vereinbarten endgültigen Abfindung alle Ansprüche ausgenommen sind, die kraft Gesetzes auf Sozialversicherungs-/Sozialhilfeträger, aber auch sonstige Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass von § 4 des Vergleichs auch die kraft Gesetzes auf die C übergehende Ansprüche erfasst sind, selbst wenn diese die hier in Rede stehenden Leistungen nicht als Sozialversicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe erbracht hat. Hierauf kommt es aber für das Ergebnis aus den im Folgenden auszuführenden Gründen ohnehin nicht an.

3.

In rechtlich nicht zu beanstandender Weise ist das Landgericht zu der Feststellung gelangt, dass die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kapitalisierungsvergleichs bereits auf Klägerin übergegangen waren und nicht verjährt sind.

a) Nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X geht ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz des Schadens auf einen Sozialversicherungsträger über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen, wobei letztere Voraussetzung zwischen den Parteien jedenfalls in der Berufungsinstanz nicht mehr streitig ist. Diese Vorschrift findet auch auf die klagende C Anwendung. Dies ergibt sich für den im vorliegenden Fall relevanten Zeitraum ab Geburt der Geschädigten für die Zeit bis zum 31.12.1997 aus der Verweisung in § 127 AFG und ab dem 1.1.1998 aus § 116 Abs. 10 SGB X.

aa) Soweit es um einen Träger der Sozialversicherung geht, findet der in § 116 Abs. 1 SGB X normierte Anspruchsübergang in aller Regel bereits im Zeitpunkt des schadenstiftenden Ereignisses statt, da auf Grund des zwischen dem Geschädigten und dem Sozialversicherungsträger bestehenden Sozialversicherungsverhältnisses von vornherein eine Leistungspflicht in Betracht kommt. Es handelt sich um einen Anspruchsübergang dem Grunde nach, der den Sozialversicherungsträger vor Verfügungen des Geschädigten schützt (BGH, NJW 2012, 3639 Tz. 9 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen kann allerdings vorliegend ersichtlich ein Anspruchsübergang nicht angenommen werden, denn zum Zeitpunkt der Geburt der Geschädigten bestand noch kein Sozialversicherungsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin.

bb) Bei Sozialleistungen, die - wie im vorliegenden Fall - nicht auf Grund eines Sozialversicherungsverhältnisses erbracht werden, ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH (NJW 1994, 3097/3098; NJW 2012, 3639 Tz. 10 m.w.N.) für den Zeitpunkt des Rechtsübergangs maßgebend, dass nach den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls eine Leistungspflicht ernsthaft in Betracht zu ziehen ist. Das besondere Band des Sozialversicherungsverhältnisses, das in anderen Fällen den Boden für den Forderungsübergang schafft und es ermöglicht, an die Vorhersehbarkeit künftiger Versicherungsleistungen für einen Rechtsübergang nach § 116 SGB X nur geringe Anforderungen zu stellen, muss in diesen Fällen durch andere Umstände ersetzt werden, die auf eine Pflicht zur Erbringung von Sozialleistungen schließen lassen.

Ob und wann Leistungen für den Geschädigten ernsthaft in Betracht zu ziehen sind, kann nach der Rechtsprechung des BGH nicht allgemein, sondern nur auf Grund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden (NJW 1994, 3097/3098; NJW 2012, 3639 Tz. 10). Je nach der gegebenen tatsächlichen Sachlage kann sich daher der Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger bereits im Unfallzeitpunkt, möglicherweise aber auch erst erheblich später vollziehen. Dabei ist stets zu bedenken, dass es die ohnehin nicht immer einfache Prüfung der Aktivlegitimation für einen etwaigen Abfindungsvergleich unzumutbar erschweren würde, wenn in solchen Fällen der Ersatzanspruch des Verletzten stets bereits im Zeitpunkt des Schadensereignisses auf einen sich noch gar nicht konkret abzeichnenden Sozialleistungsträger übergehen würde (BGH, NJW 1994, 3097/3099).

b) Von diesen Grundsätzen ist ersichtlich auch das Landgericht ausgegangen und in rechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass jedenfalls zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits ernsthaft in Betracht zu ziehen war, dass die Geschädigte zukünftig Leistungen der Klägerin zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben in Anspruch nehmen würde.

aa) Soweit das Oberlandesgericht Oldenburg die Auffassung vertritt, bei Kindern sei zumindest in jungen Jahren völlig offen, ob und wann Fördermaßnahmen der C tatsächlich durchgeführt würden, mit der Folge, dass es an hinreichend konkreten Anhaltspunkte für eine künftige Leistungspflicht fehle (Urt. v. 19.1.2011 - 5 U 113/10, zitiert nach juris Rn. 32; Urt. v. 5.6.2013 - 5 U 76/12, zitiert nach juris Rn. 66), kann offenbleiben, ob dem in dieser Allgemeinheit gefolgt werden kann. Im vorliegenden Fall war die Geschädigte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kapitalisierungsvergleichs immerhin bereits fast 12 Jahre alt. Unter Berücksichtigung des bei der Geschädigten konkret vorliegenden Ausmaßes der Schädigungen, aber auch ihrer Entwicklung und Förderung bis zu diesem Zeitpunkt, war die Inanspruchnahme von Förderleistungen i.S. des § 97 SGB III a.F. nicht mehr nur eine lediglich im Bereich des theoretisch denkbaren liegenden Möglichkeit, sondern war - und ist von den Parteien des Kapitalisierungsvergleichs auch, wie sich aus der in § 3 des Vergleichs getroffenen Regelung ableiten lässt - eine bereits ernsthaft in Betracht zu ziehende zukünftige Entwicklung.

bb) Zutreffend verweist das Landgericht darauf, dass bei der Geschädigten zwar einerseits so schwerwiegende Behinderungen vorlagen, dass eine Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt auszuschießen war. Andererseits war zu diesem Zeitpunkt aber auch schon erkennbar, dass die Beeinträchtigungen nicht so gravierend waren, dass sie von vornherein jegliche Förderungsmaßnahme zur beruflichen Eingliederung ausgeschlossen hätten. Immerhin hatte die Geschädigte trotz ihrer Behinderungen ab 1992 einen heilpädagogischen Kindergarten und ab 1994 eine Schule für Körperbehinderte besucht und war auch in anderer Weise vielfältig gefördert worden.

Angesichts der bis dahin zur Förderung der Geschädigten ergriffenen Maßnahmen, beginnend bereits mit dem Besuch eines heilpädagogischen Kindergartens, war zudem nicht davon auszugehen, dass es die Mutter der Geschädigten nach Beendigung des Schulbesuchs ausschließlich bei einer Betreuung ihrer Tochter im Rahmen der häuslichen Umgebung belassen würde. Vielmehr lag es nach dem bisherigen

Verlauf nahe, dass sie sich auch für die Zeit nach Beendigung des Schulbesuchs in gleicher Weise um eine weitere Förderung des Kindes auch außerhalb ihres Haushalts bemühen würde.

cc) Zu Recht sieht das Landgericht in der in § 3 des Vergleichs getroffenen Regelung zudem einen Beleg dafür, dass die Parteien des Kapitalisierungsvergleichs eine solche weitere Entwicklung tatsächlich bereits konkret ins Auge gefasst hatten. Die vergleichsweise gezahlte Gesamtsumme von 729.800,00 DM umfasst nach § 1 Ziff. 2. des Vergleichs eine kapitalisierte Rente wegen vermehrter Bedürfnisse in Höhe von 629.800,00 DM. Mit § 3 des Vergleichs haben sich die Beklagte und ihr Haftpflichtversicherer eine Rückforderung hinsichtlich dieses Teils der Vergleichssumme vorbehalten für den Fall, dass sie von einem Sozialleistungsträger für die Kosten einer Heimbetreuung in Anspruch genommen werden. Hiervon wiederum ausgenommen sind Zahlungen für eine Heimbetreuung der Geschädigten, die u.a. aus "rehabilitativen, insbesondere berufsfördernden, berufsvorbereitenden und berufsbildenden Maßnahmen" notwendig sind. Soweit die Beklagte mit der Berufungsbegründung vorträgt, § 3 zeige lediglich, dass man "an die weit entfernte Möglichkeit gedacht habe, dass irgendwann berufsfördernde Maßnahmen erforderlich werden könnten", vermag dies nicht zu überzeugen. Nach dem Wortlaut des Vergleichs wird gerade der Fall, dass eine Heimunterbringung im Hinblick auf berufsvorbereitende oder -fördernde Maßnahmen notwendig sein könnte, hervorgehoben ("insbesondere"). Diese Hervorhebung lässt es nicht plausibel erscheinen, dass die Parteien des Vergleichs - trotz der erfolgten Fördermaßnahmen - insoweit lediglich von einer weit entfernt liegenden, theoretischen Möglichkeit ausgegangen sein sollen.

dd) Schließlich war bereits zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses auch konkret erkennbar, dass als Kostenträger für Maßnahmen zur Teilhabe am Arbeitsleben im Falle der Geschädigten nur die klagenden C und nicht ein anderer Sozialversicherungs- oder Sozialleistungsträger in Betracht kam.

Zwar bestimmte § 22 Abs. 2 S. 1 SGB III auch in der zum Zeitpunkt des Abschluss des Vergleichs geltenden Fassung, dass allgemeine und besondere Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben von der C nur erbracht werden dürfen, sofern nicht ein anderer Rehabilitationsträger im Sinne des SGB IX zuständig ist. Als andere Träger kamen zum damaligen Zeitpunkt nach § 6 SGB IX die Unfallversicherungs- und Rentenversicherungsträger, die Jugendhilfeträger sowie die Träger der Kriegsoferversorgung und der Kriegsopferversorgung in Betracht (vgl. Steinmeyer in: Gagel, SGB II/SGB III, 44. Ergänzungslieferung, § 22 SGB II Rn. 43). Eine Zuständigkeit letzterer war ersichtlich nicht begründet. Auch eine Zuständigkeit der gesetzlichen Unfallversicherung war mangels eines Arbeitsunfalles oder Berufskrankheit nicht gegeben (vgl. Lauterbach in: Gagel, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 97 - 115 SGB III Rn. 9). Für eine Leistungspflicht der gesetzlichen Rentenversicherung lagen die notwendigen versicherungsrechtlichen Voraussetzungen im Falle der Geschädigten nicht vor. Die Träger der Jugendhilfe kommen schließlich gem. § 35a SGB VIII nur bei Kindern und Jugendlichen mit einer seelischen Behinderung als Rehabilitationsträger in Betracht.

c) Waren somit die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ersatzansprüche spätestens zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses am 13.1.2000 bereits auf die Klägerin übergegangen, so war - wobei hier nach dem Parteivorbringen für einen kenntnisabhängigen Lauf der Verjährung von Ersatzansprüchen vor dem Abschluss des Kapitalisierungsvergleichs vom 13.1.2000 ohnehin keine konkreten Ansatzpunkte vorlagen - auf jeden Fall bezüglich der auf dem Behandlungsvertrag beruhenden vertraglichen Schadensersatzansprüche bis zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage am 28.12.2012 keine Verjährung eingetreten.

aa) Die Verjährungsfrist für den auf der Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages beruhenden Schadensersatzanspruch der Geschädigten betrug nach dem zum Zeitpunkt der Schädigung, dem 10.5.1988, geltenden Recht zunächst 30 Jahre ab Entstehung des Anspruchs (§ 195 BGB a.F.) und hätte damit erst am 10.5.2018 geendet.

Mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gilt jedoch seit dem 1.1.2002 die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB. Diese ist gem. Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 EGBGB ab dem 1.1.2002 zu berechnen und hätte somit grundsätzlich am 31.12.2004 geendet. Jedoch ist der Fristbeginn in Überleitungsfällen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB zu berechnen (BGH, NJW 2007, 1584 Tz. 19 ff.; NJW 2012, 1645 Tz. 14; BGH, GesR 2014, 601 Tz. 14). Die Frist beginnt mithin nur dann am 1.1.2002, wenn zu diesem Zeitpunkt bei dem nach der Organisation der Klägerin zuständigen Mitarbeiter der Regressabteilung auch die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB - Kenntnis oder grobe Unkenntnis - vorgelegen haben. Bei späterer Kenntniserlangung verschiebt sich der Beginn der Frist nach § 195 BGB entsprechend (BGH, NJW 2007, 1584 Tz. 29). Maßgeblich für das Vorhandensein der Kenntnis ist dabei frühestens der Stichtag, so dass es nicht darauf ankommt, ob die entsprechende Kenntnis zu einem früheren Zeitpunkt einmal gegeben war (BGH, NJW 2012, 1645, Tz. 17; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., Art. 29 § 6 EGBGB Rn. 13). Dies folgt aus dem vom Gesetzgeber mit der Einführung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für den Beginn der Verjährungsfrist verfolgten Konzept, dem nur dann Rechnung getragen werden kann, wenn in Überleitungsfällen wie dem vorliegenden für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf den

Stichtag 1.1.2002 oder die Zeit danach abgestellt wird. Nur dadurch steht dem Gläubiger die dreijährige Überlegungsfrist des § 195 BGB in vollem Umfang zur Verfügung (BGH, NJW 2012, Tz. 17 m.w.N.).

Kenntnis von den Anspruchsvoraussetzungen i.S. des § 199 Abs. 1 BGB hat die Klägerin im vorliegenden Falle jedoch frühestens im 03.2011 mit der Antragstellung seitens der Geschädigten erlangt. Unerheblich ist daher, ob die Geschädigte ihrerseits bereits vor dem Stichtag 1.1.2002 die entsprechende Kenntnis hatte. Auf deren Kenntnis kann es vorliegend nicht ankommen: Hinsichtlich der auf dem Behandlungsvertrag beruhenden Ersatzansprüche galt vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die kenntnisunabhängige 30jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. Erst seit dem 1.1.2002 gilt die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB n.F. Am 1.1.2002, also zu dem Zeitpunkt, in dem es auch für die vertraglichen Schadensersatzansprüche erstmalig für den Beginn der Verjährungsfrist auf die Kenntnis des Gläubigers ankam, stand die Forderung nach dem oben ausgeführten jedoch nicht mehr der Geschädigten, sondern bereits der Klägerin zu. Auch in einem solchen Fall greifen die bereits oben dargestellten Erwägungen zu Sinn und Zweck des durch §§ 195, 199 Abs. 1 BGB eingeräumten Zeitraums als Überlegungsfrist.

bb) Ob entsprechendes auch für die deliktischen Ansprüche der Geschädigten aus § 823 BGB gilt, oder ob insoweit etwas anderes daraus folgt, dass bereits § 852 Abs. 1 BGB a.F. für den Verjährungsbeginn die Kenntnis des Geschädigten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen verlangt hat, kann dahingestellt bleiben, da sich die Klägerin für die hier allein geltend gemachten materiellen Schäden jedenfalls in vollem Umfang auf die auf sie übergegangenen vertraglichen Schadensersatzansprüche der Geschädigten stützen kann.

III.

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung; weder die Rechtsfortbildung noch die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung gebieten eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Insbesondere sind die Grundsätze, nach denen der Zeitpunkt des Forderungsüberganges nach § 116 SGB X auf den Sozialleistungsträger bei Sozialleistungen, die nicht auf Grund eines Sozialversicherungsverhältnisses erbracht werden, zu bestimmen ist, durch die ständige Rechtsprechung des BGH bereits geklärt. Ob und wann Leistungen für den Geschädigten ernsthaft in Betracht zu ziehen sind, ist hingegen eine tatsächliche Frage, die nicht allgemein, sondern nur auf Grund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden kann.

### **39. OLG Köln, Beschluss vom 30.03.2015 – 5 U 128/14 – \* Arzthaftung: Harnleiterabriss bei Einsatz manueller Kraft bei einem Schwangerschaftsabbruch; Schmerzensgeldbemessung bei Verlust einer Niere**

#### **Orientierungssatz**

**1. Der Einsatz manueller Gewalt oder Kraft bei einem operativen Schwangerschaftsabbruch in der 12. Schwangerschaftswoche ist behandlungsfehlerhaft.**

**2. Verliert die Geschädigte die rechte Niere und den rechten Harnleiter, haben die Ausweitung der Operation und der durch die Komplikation erforderliche Bauchschnitt zu Narben geführt und musste ein weiterer Eingriff zur Entfernung der rechten Niere vorgenommen werden, so ist ein Schmerzensgeld von 25.000 EUR angemessen.**

#### **Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 18.06.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 374/12 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beklagten erhalten Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

#### **Gründe**

Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu liegenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der Klage zu Recht in dem zuerkannten Umfang stattgegeben. Die Klägerin kann von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 831 Abs. 1, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB die Zahlung eines Schmerzensgeldes von 25.000 EUR verlangen. Der Feststellungsantrag ist begründet.

Das Landgericht hat nach Einholung eines gynäkologischen Gutachtens von Prof. Dr. C in nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass der Beklagte zu 2) während des operativen Schwangerschaftsabbruchs am 6.7.2009 fehlerhaft vorgegangen ist, indem er eine gewisse, nach Lage der Dinge nicht angebrachte manuelle Kraft einsetzte, die nach bereits vorher erfolgter Uterusperforation den Abriss des mit den Resten des zweiten Embryos geborgenen Harnleiters verursachte. Der Abriss des rechten Harnleiters, der nicht rekonstruiert werden konnte, hat unstreitig am 19.10.2009 zur Entfernung der rechten Niere geführt.

Prof. Dr. C hat dargelegt, dass es sich bei der derben Resistenz und dem derben Widerstand, die im Operationsbericht im Zusammenhang mit der Suche nach dem zweiten Embryo und dem Austasten der

Gebärmutter sowie dem Versuch einer Entfernung mittels verschiedener Küretten beschrieben sind, weder um die Gebärmutterwand noch um einen Fötus in der 11. + 4 Schwangerschaftswoche handeln können. Wie auch Prof. Dr. C2 dargelegt habe, weise der schwangere Uterus eine weiche Gewebeschaffenheit und deshalb ein erhöhtes Perforationsrisiko auf. Ein Fötus habe in der 12. Schwangerschaftswoche durchschnittlich eine Länge von 5,4 cm und ein Gewicht von 14 Gramm. Eine sich verhärtende Knochenstruktur liege noch nicht vor, weshalb zu diesem Schwangerschaftszeitpunkt auch noch eine Absaugung des Embryos in Betracht komme. Es müsse daher dem Operateur entgangen sein, dass er mit seinem Instrument die Gebärmutterwand durchstoßen habe.

Ruckelnde Bewegungen und die hierin liegende Anwendung einer gewissen manuellen Gewalt entsprechen in dem damals vorliegenden Schwangerschaftszeitpunkt nicht dem üblichen Vorgehen, um den Embryo zu entfernen, und seien behandlungsfehlerhaft. Ein Festsitzen des Embryos oder von Organteilen im Uteruskavum, das manuelle Gewalt erforderlich mache, sei zu diesem Schwangerschaftszeitpunkt auszuschließen. Ein Einklemmen des Köpfchens in der Gebärmutterhöhle oder das Festanhängen des Köpfchens seien nicht anzunehmen. Typischerweise entstünden Komplikationen bei der Abortkürettage und dem Schwangerschaftsabbruch vielmehr dadurch, dass der Embryo nicht im Ganzen gewonnen werden könne und einzelne Teile, beispielsweise das Köpfchen, der Kürette auswichen.

Diese Beurteilung überzeugt. Aus ihr folgt zunächst schlüssig, dass der Beklagte zu 2) aufgrund des Tastbefunds einer derben Resistenz und eines derben Widerstands, der durch die Verhältnisse in der Gebärmutter selbst nicht zu erklären war, mit einer Perforation rechnen musste. Schon aufgrund dieses Umstands war beim weiteren Vorgehen besondere Sorgfalt angebracht. Es ist auch ohne weiteres nachvollziehbar, dass der in der 12. Schwangerschaftswoche noch sehr kleine Embryo in der Gebärmutter nicht fest anhaften kann und daher der Einsatz von manueller Kraft oder Gewalt zu dessen Entfernung nicht notwendig ist, zumal Prof. Dr. C unter Hinweis auf medizinische Literatur auf die Möglichkeit einer bloßen Absaugung hingewiesen hat. Dass der Beklagte bei den mehrfach durchgeführten ruckelnden Bewegungen eine gewisse manuelle Gewalt eingesetzt hat, hat Prof. Dr. C dem Operationsbericht schlüssig entnommen. Hierfür spricht nicht nur der Wortlaut des Operationsberichts, der keineswegs leicht ruckelnde Bewegungen oder ähnliches anführt. Auch der Sinnzusammenhang streitet für den Einsatz einer gewissen Kraft. Denn der Beklagte zu 2) hatte zuvor beschrieben, dass der Embryo offensichtlich sehr fest sitze. Dem entspricht es, dass die sich anschließenden mehrfachen ruckelnden Bewegungen mit einer gewissen Kraft und manuellen Gewalt ausgeführt worden sind.

Das Landgericht hat den Ausführungen von Prof. Dr. C mit Recht den Vorrang vor der gegenteiligen Bewertung von Prof. Dr. C2 gegeben. Zwar hat sich das Landgericht, wie die Beklagten in der Berufungsbegründung im Ausgangspunkt zutreffend rügen, in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich mit der von Prof. Dr. C2 vorgenommenen gutachterlichen Beurteilung befasst. In der Sache liegt es aber auf der Hand, warum die Darlegungen von Prof. Dr. C in weit höherem Maß überzeugen. Die Verneinung eines Behandlungsfehlers durch Prof. Dr. C2 beruht lediglich auf der allgemeinen, für sich genommen sicherlich richtigen Aussage, dass es auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt im Falle einer Uterusperforation bei ungünstigen Bedingungen durch das perforierende Instrument zu einer Verletzung an den die Uteruskontur umgebenden Organen kommen könne, was auch für das Aufgreifen des Beckenbauchfells mit dem dahinter liegenden Ureter und dessen Teilentfernung gelte. Eine detaillierte Analyse des Operationsberichts und die unzweifelhaft gebotene Auseinandersetzung mit den Besonderheiten der streitgegenständlichen Operation, das heißt mit der Beschreibung einer derben Resistenz und eines derben Widerstands, eines offensichtlich sehr feststehenden Embryos und mehrfacher ruckelnder Bewegungen, hat Prof. Dr. C2 dagegen nicht vorgenommen. Hierin liegt ein eindeutiger Mangel seines Gutachtens. Dass die genannten Umstände und Besonderheiten im vorliegenden Fall die Feststellung eines Behandlungsfehlers zulassen, folgt schlüssig aus den Darlegungen von Prof. Dr. C.

Das Schmerzensgeld von 25.000 EUR, welches das Landgericht für den Verlust der rechten Niere, des rechten Harnleiters und alle weiteren auf dem Behandlungsfehler beruhenden immateriellen Beeinträchtigungen zuerkannt hat, ist angemessen. Es entspricht der Schmerzensgeldbemessung, die der Senat unter Orientierung an den Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte in einem vergleichbaren Fall bei Verlust einer Niere vorgenommen hat (Urteil vom 11.5.2009 - 5 U 256/06, veröffentlicht in AHRS und iuris). Soweit die Beklagten unter Berufung auf die Darlegungen von Prof. Dr. C geltend machen, dass die andere Niere bei einem nierengesunden Patienten ohne Grunderkrankung die volle Funktion übernehme und kein erhöhtes Morbiditätsrisiko bestehe, verengen sie die Betrachtungsweise in unzulässiger Weise. Zum einen hat Prof. Dr. C auch auf Untersuchungen hingewiesen, nach denen die gesunde, verbliebene Niere nicht die volle Funktion, sondern etwa 80 % der Gesamtfunktion übernimmt. Zum anderen hat auch ein funktionell nicht zwingend erforderliches Organ für den betroffenen Menschen eine Bedeutung. Außerdem sind zahlreiche immaterielle Beeinträchtigungen unabhängig von einer im Ergebnis fortbestehenden Nierenfunktion eingetreten und zu sehen. Die Ausweitung der Operation und der durch die Komplikation erforderliche Bauchschnitt haben zu Narben geführt. Ferner liegt es auf der Hand, dass eine schwere Komplikation bei einem Schwangerschaftsabbruch zu einer erheblichen und auch nachhaltigen

persönlichen Belastung führt, zumal wenn - wie im Operationsbericht dokumentiert - an sich ein Kinderwunsch der Patientin und ihres Ehemanns besteht. Im 10.2009 musste die Klägerin einen weiteren, diesmal allerdings komplikationslosen Eingriff zur Entfernung der rechten Niere vornehmen lassen. Schließlich stellt auch das Wissen, dass sich mögliche spätere Nierenerkrankungen bei einem Menschen mit nur einer Niere anders und schwerer auswirken können, eine bereits jetzt zu berücksichtigende Beeinträchtigung dar.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

#### **40. OLG Köln, Beschluss vom 30.03.2015 – 5 U 139/14 – \* Zahnarztthonorarklage: Aufrechnung mit Kosten einer fehlerbedingt erforderlichen Nachbehandlung; Unbrauchbarkeit einer prothetischen Versorgung**

##### **Orientierungssatz**

**1. Sind die Leistungen des Zahnarztes für den betroffenen Patienten nicht völlig unbrauchbar, können Schadensersatzansprüche des Patienten wegen der Kosten für eine fehlerbedingt erforderlich gewordene Nachbehandlung dem Honoraranspruch des Zahnarztes regelmäßig nur - etwa im Wege der Aufrechnung - entgegengesetzt werden, wenn diese Nachbehandlung tatsächlich stattgefunden hat und der Patient hierfür Kosten aufgewandt hat.**

**2. Eine prothetische Versorgung, die der Patient seit gut sechseinhalb Jahren in unveränderter Form trägt, ist nicht mit der Folge des Entfallens des Honoraranspruchs völlig unbrauchbar.**

##### **Tenor**

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das am 8.07.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln (3 O 187/12) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

II. Die Beklagte erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

##### **Gründe**

I.

Die Berufung der Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Das Landgericht hat die Beklagte vielmehr zu Recht verurteilt, an die Klägerin 5.981,09 Euro und vorgegerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 546,69 Euro jeweils nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung, die sich der Senat zu Eigen macht, wird hier zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich Bezug genommen. Das Berufungsvorbringen der Beklagten rechtfertigt eine abweichende Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:

1. Aus den zutreffenden Gründen von S. 4 der angefochtenen Entscheidung entfällt der Honoraranspruch eines Zahnarztes für die von diesem erbrachten zahnärztlichen und zahnprothetischen Leistungen auch bei Vorliegen von Behandlungsfehlern nur dann, wenn seine Leistungen für den betroffenen Patienten völlig unbrauchbar sind. Dies war bei den hier umstrittenen zahnärztlichen und zahnprothetischen Leistungen des Zahnarztes Dr. O für die Beklagte nicht der Fall, worauf unten zu 2. näher einzugehen sein wird.

Sind die Leistungen des Zahnarztes für den betroffenen Patienten nicht völlig unbrauchbar, können Schadensersatzansprüche des Patienten wegen der Kosten für eine fehlerbedingt erforderlich gewordene Nachbehandlung dem Honoraranspruch des Zahnarztes [abgesehen von dem im vorliegenden Rechtsstreit auch nach dem Vortrag der Beklagten nicht gegebenen Ausnahmefall einer konkret geplanten Nachbehandlungsmaßnahme, deren Kosten feststehen und die der betroffene Patient unstreitig bzw. erwiesenermaßen beabsichtigt] nur - etwa im Wege der Aufrechnung - entgegengesetzt werden, wenn diese Nachbehandlung tatsächlich stattgefunden hat und der betroffene Patient hierfür Kosten aufgewandt hat. Dies ist bei der Beklagten nach ihrem eigenen Vorbringen nicht der Fall.

Ein Vorschussanspruch für eine fehlerbedingt erforderliche, aber noch nicht durchgeführte bzw. konkret in Angriff genommene Nachbehandlung steht dem betroffenen Patienten nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur [statt vieler etwa: BGHZ 97, 14-Rn. 11 ff., 14 sowie 15 und 16 - st. Rspr.; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., 2014, Rn. A 420 m. v. w. N.] nicht zu. Mangels eines Vorschussanspruches kann der betroffene Patient die möglichen Kosten einer fehlerbedingt erforderlichen, aber noch nicht durchgeführten bzw. konkret in Angriff genommenen Nachbehandlung gegenüber dem Honoraranspruch des Zahnarztes nicht im Wege der Aufrechnung geltend machen, was die Beklagte ausweislich ihrer Berufungsbegründung offenbar selbst so sieht. Entgegen der bei der Beklagten offenbar bestehenden Vorstellung steht dem betroffenen Patienten insoweit aber auch ein Zurückbehaltungsrecht oder die dolo-petit-Einrede nicht zu, weil der Patient anderenfalls die Möglichkeit hätte, auf unabsehbare

Zeit den Honoraranspruch des Zahnarztes abzuwehren, ohne die eventuell fehlerbedingt erforderlichen Nachbehandlungsmaßnahmen durchführen zu lassen, und weil dies im Ergebnis dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz [Nachweise wie oben] widerspräche, dass fiktive Heilbehandlungskosten nicht erstattungsfähig sind [vgl. hierzu etwa: OLG München MedR 2006, 596-Rn. 29].

In Fällen der hier in Rede stehenden Art, in denen der Patient davon ausgeht, dass fehlerbedingt Nachbehandlungsmaßnahmen erforderlich sind, die er aber - aus welchen Gründen auch immer - noch nicht konkret in Angriff genommen hat, verbleibt somit die Möglichkeit, den in Höhe der Herstellungskosten, d. h. in Höhe der Nachbehandlungskosten angestrebten Schadensersatz mit einem Antrag auf Feststellung der Kostentragungspflicht durch den Schädiger zu verfolgen [vgl. hierzu etwa: Martis/Winkhart, a. a. O., m. v. w. N.; vgl. hierzu auch BGHZ 97, 14-Rn. 11 ff., 16]. Im erstinstanzlichen Verfahren des vorliegenden Rechtsstreits wäre dies für die Beklagte etwa im Wege der Widerklage möglich gewesen. Von dieser Möglichkeit hat die Beklagte indes in erster Instanz trotz der Hinweise des Landgerichts in dem Hinweisbeschluss vom 9.12.2013 keinen Gebrauch gemacht, wobei vorsorglich darauf hingewiesen wird, dass dem Nachholen einer entsprechenden Widerklage im vorliegenden Berufungsverfahren § 533 ZPO entgegenstehen dürfte.

2. Das Landgericht ist aus den zutreffenden Gründen von S. 4/5 der angefochtenen Entscheidung zu Recht davon ausgegangen, dass die umstrittenen Leistungen des Zahnarztes Dr. O für die Beklagte nicht mit der Folge des Entfallens des Honoraranspruches der Klägerin völlig unbrauchbar waren. Gegen diese Beurteilung wehrt sich die Beklagte ohne Erfolg:

Der Annahme der völligen Unbrauchbarkeit der umstrittenen Leistungen des Zahnarztes Dr. O für die Beklagte steht entgegen der bei ihr offenbar bestehenden Vorstellung bereits der Umstand entgegen, dass die Beklagte die von Dr. O durchgeführte prothetische Versorgung auch nach ihrem eigenen Vortrag seit nunmehr gut sechseinhalb Jahren in unveränderter Form trägt. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Leistungen die von der Beklagten behaupteten Mängel aufweisen. Denn einen der Annahme der völligen Unbrauchbarkeit entgegenstehenden wirtschaftlichen Wert für den betroffenen Patienten stellt eine Versorgung der hier in Rede stehenden Art nach höchstrichterlichen Rechtsprechung auch dann dar, wenn sie zwar objektiv wertlos ist, der Patient sie aber gleichwohl nutzt [vgl. hierzu etwa die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.03.2011, VI ZR 133/10, VersR 2011, 883-Rn. 18 m. w. N.].

Entgegen der bei der Beklagten offenbar bestehenden Vorstellung spielt es im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der völligen Unbrauchbarkeit keine Rolle, aus welchem Grund sie die umstrittene Versorgung nach wie vor trägt, ob dies etwa aus Gründen der Beweissicherung, aus finanziellen oder aus gesundheitlichen Gründen der Fall ist. Denn unabhängig von dem Grund für das bisherige Unterbleiben der Neuversorgung hat die umstrittene Versorgung allein durch die jahrelange tatsächliche Nutzung für die Beklagte einen wirtschaftlichen Wert. Im Hinblick darauf bedarf es letztlich keines näheren Eingehens auf das Vorbringen der Beklagten zu dem Grund für das bisherige Unterbleiben einer Nachbehandlung. In der gebotenen Kürze sei allerdings gleichwohl angemerkt, dass das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin teils unsubstanziert, teils nicht nachvollziehbar und teils in sich widersprüchlich ist. So trägt sie insbesondere weder vor, welche Art von Herzbeschwerden seit wann inwiefern und für welchen Zeitraum einer angeblich erforderlichen zahnärztlichen Nachbehandlung entgegenstehen, noch trägt sie mit Substanz vor, warum in den letzten ca. sechseinhalb Jahren die von ihr behaupteten Operationen im Magen- und Darmbereich und an den Hüften sie zwar nicht von ihren nach ihrem eigenen Vorbringen offenbar durchgeführten zahlreichen Reisen nach Israel, Italien und Ungarn abgehalten, aber gleichwohl der angeblich erforderlichen zahnärztlichen Nachbehandlung entgegengestanden haben. Zudem behauptet die Beklagte einerseits, bis heute wegen ihrer Herzprobleme die angeblich erforderliche Nachbehandlung nicht durchführen lassen zu können, während sie andererseits ohne nähere Substanz behauptet, dass wegen der Durchführung der vorgreiflichen Nachbehandlungsmaßnahmen im Bereich des rechten Unterkiefers die Nachbehandlungsmaßnahmen im Bereich des rechten Oberkiefers erst im 01.2015 erfolgen könnten.

Entgegen der bei der Beklagten offenbar bestehenden Vorstellung besteht auch kein Rechtsgrundsatz dahin, dass eine zahnärztliche bzw. zahnprothetische Leistung eines Zahnarztes auch trotz Verbleibs der fraglichen Prothetik im Mund für den betroffenen Patienten mit der Folge des Entfallens des Honoraranspruches völlig unbrauchbar ist, wenn das Verbleiben im Mund mit erheblichen Beeinträchtigungen verbunden sei. Im Hinblick darauf kann die Frage, ob und ggf. inwiefern und inwieweit für die Beklagte das Tragen der umstrittenen Prothetik für sie mit erheblichen Beeinträchtigungen verbunden war bzw. ist, letztlich dahinstehen. Gleichwohl sei angemerkt, dass das Vorbringen der Beklagten auch insoweit der erforderlichen Substanz ermangelt. So ist etwa nicht nachvollziehbar, warum sich die Beklagte - wie sie behauptet - aus Gründen der Beweissicherung mit den von ihr behaupteten Beeinträchtigungen für die Dauer des vorliegenden Rechtsstreits abgefunden haben will, wenn diese tatsächlich so gravierend gewesen sein sollten, wie sie behauptet; denn in dem Falle hätte ihr zwecks Abkürzung der von ihr behaupteten Leidenszeit die Möglichkeit eines selbständigen Beweisverfahrens als Mittel der Beweissicherung zur Verfügung gestanden.

Aus den zutreffenden Gründen von S. 5 der angefochtenen Entscheidung lassen auch die von der Beklagten behaupteten Mängel der Leistungen des Zahnarztes Dr. O einen Schluss auf deren völlige Unbrauchbarkeit nicht zu.

So trägt die Beklagte nicht mit Substanz vor, weshalb die Zähne 27, 25, 24 und 23 nicht mit einer Krone hätten versorgt werden sollen und welche Probleme daraus resultieren, dass - wie sie behauptet - alle diese Kronen länger sind als der im Kiefer vorhandene Hals. Im Übrigen ist dieser Vortrag durch die Wirklichkeit widerlegt, weil die Beklagten die Versorgung seit mehr als sechseinhalb Jahren trägt. In Bezug auf den Zahn 25 lässt auch die Behauptung der Beklagten in ihrer Berufungsschrift, dass dieser überkronte Zahn inzwischen "herausgefallen" sei, keinen hinreichenden Schluss auf die völlige Unbrauchbarkeit der Leistungen zu. Denn zum einen hat die Beklagte auch insoweit die Versorgung immerhin ca. sechs Jahre getragen. Und zum anderen ist weder von der Beklagten vorgetragen worden noch sonst hinreichend klar ersichtlich, worauf der behauptete Verlust des Zahnes 25 beruht.

Zu den umstrittenen Leistungen in Bezug auf die Zähne 24 und 25 rügt die Beklagte zudem ohne Erfolg, dass das Landgericht sie nicht darauf hingewiesen habe, dass sie zur Begründung einer teilweisen völligen Unbrauchbarkeit der umstrittenen Leistungen insoweit den auf diese Zähne entfallenden Umfang der unbrauchbaren Leistungen anhand von konkreten Einzelpositionen aus der umstrittenen Rechnung eindeutig zuordnen müsse, und dass das Landgericht ihr insoweit keine Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag eingeräumt habe. Dies gilt schon deshalb, weil die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts keine die Entscheidung tragenden Gründe, sondern lediglich eine ergänzende Hilfserwägungen darstellen, mit der das Landgericht zum Ausdruck gebracht hat, dass selbst dann, wenn entgegen der Annahme des Landgerichts von einer völligen Unbrauchbarkeit der Arbeiten in Bezug auf die Zähne 24 und 25 ausgegangen werden könnte, dies nicht die völlige Unbrauchbarkeit der Leistungen insgesamt zur Folge hätte und für eine teilweise, auf die Zähne 24 und 25 beschränkte Unbrauchbarkeit eine eindeutige Zuordnung der umstrittenen Honoraransprüche fehle. Entscheidend war für das Landgericht ungeachtet dieser Hilfserwägungen indes ausweislich der Ausführungen auf S. 5 der angefochtenen Entscheidung und ist auch für den Senat, dass in Bezug auf die Zähne 24 und 25 ebenso wie für die Leistungen im Übrigen aus den oben angesprochenen Gründen von einer völligen Unbrauchbarkeit der Leistung nicht ausgegangen werden kann. Im Hinblick darauf kann die Frage dahinstehen, ob das Vorbringen der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung zu den die Zähne 24 und 25 betreffenden Rechnungspositionen eine hinreichend eindeutige Zuordnung des Honoraranspruches darstellt.

Auch in Bezug auf das Implantat in der Region 14 steht der eigene Vortrag der Beklagten der Annahme einer völligen Unbrauchbarkeit entgegen. Denn sie hat vorgetragen, dass die Kaufunktion - nur - im Bereich der Brücke rechts bei den Zähnen 14 - 16 möglich gewesen sei. Dann aber hatte das - prothetisch versorgte - Implantat in der Region 14 für die Beklagten einen Nutzen, der der Annahme der völligen Unbrauchbarkeit entgegensteht. Im Übrigen ist auch nicht hinreichend klar ersichtlich, worauf die von der Beklagten behauptete Zyste beruht, die immer wieder zu Entzündungen in dem fraglichen Zahnfleischbereich führen soll, und die die Beklagte als Begründung für die ihrer Meinung nach gegebene völlige Unbrauchbarkeit der Leistungen in Bezug auf das Implantat in der Region 14 anführt.

Ebenfalls nicht hinreichend klar ist, worauf die große Zahnfleischtasche beruht, die der überkronte Zahn 27 nach der Behauptung der Beklagten zum Bereich des Implantates im Bereich 26 hin entwickelt haben soll und die wegen der Gefährdung des Implantates in der Region 26 dazu führen soll, dass der überkronte Zahn 27 entfernt werden müsse.

Die Behauptungen der Beklagten zu der fehlerbedingt erheblichen Überlastung der Versorgung im Bereich des rechten Unterkiefers und der dadurch bedingten Erneuerungsbedürftigkeit entbehrt ebenfalls der erforderlichen Substanz. Gleiches gilt für die von der Beklagten behauptete Notwendigkeit der Neuversorgung der Brücke im Bereich der Regionen 16 bis 22. Nicht nachvollziehbar ist schließlich die rechtliche Relevanz der Behauptung der Beklagten, dass die Implantate fehlerhaft ohne Schablone gesetzt worden seien.

3. Dem umstrittenen Honoraranspruch der Klägerin steht auch nicht die von der Beklagten mit ihrer Berufungsbegründung erstmals erklärte Primäraufrechnung mit einem Schmerzensgeldanspruch in Höhe von 6.000 Euro entgegen. Denn die Voraussetzungen des § 533 Nrn. 1 und 2 ZPO für die Zulässigkeit einer - erstmals - in der Berufungsinstanz erklärten Aufrechnung liegen offensichtlich nicht vor.

4. Der Anspruch der Kläger ist schließlich aus den zutreffenden Gründen von S. 6 der angefochtenen Entscheidung, die die Beklagte nicht konkret angreift und denen sie auch ansonsten Relevantes nicht entgegensetzt, nicht verjährt.

II.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung [§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO]; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung [§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO]; eine mündliche Verhandlung ist auch aus sonstigen Gründen nicht geboten [§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO].

#### **41. LG Münster, Urteil vom 25.03.2015 – 108 O 13/13 – \* Ärztliche Aufklärungspflicht vor einer allogenen Stammzelltransplantation: Pflicht zur Aufklärung über entfernte Risiken und Nebenwirkungen eingesetzter Medikamente**

##### **Orientierungssatz**

**Es würde die Anforderungen an eine Aufklärung überspannen, und auch den Patienten regelmäßig überfordern, würde man verlangen, dass sich die Aufklärung über einen medizinisch so komplexen Eingriff wie die allogene Stammzelltransplantation auch auf alle entfernten Risiken - wie etwa einer Infektion konkret mit dem HUS- oder TTP-Virus - sowie sämtliche Nebenwirkungen der eingesetzten Medikamente beziehen muss.**

##### **Tenor**

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

##### **Tatbestand**

Der Kläger ist testamentarischer Gesamtrechtsnachfolger seiner am 26.4.2011 im Alter von 60 Jahren verstorbenen Ehefrau L. Er fordert von der Beklagten materiellen sowie immateriellen Schadensersatz wegen ärztlicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit der Behandlung seiner Ehefrau in dem Zeitraum von März/April 2010 bis 04.2011.

Im Jahr 2002 war bei Frau L ein "Marginalzonenlymphom" (ugs.: "Lymphdrüsenkrebs") festgestellt worden. Durch Einleitung einer Chemotherapie konnte insoweit im Jahr 2003 ein jedenfalls temporäres Nachlassen der Krankheitssymptome im Sinne einer sog. "Remission" erreicht werden. Im Jahr 2007 traten die Symptome des Marginalzonenlymphoms erneut auf (sog. "Rezidiv"), diesmal in einem verstärktem Maße (medizinisch: "hoch proliferationsaktiv"). Eine Chemotherapie sowie die Transplantation eigener Stammzellen von Frau L (sog. "autologe Stammzelltransplantation") führten zu einer erneuten, allerdings jetzt kürzer währenden Remission. Bereits 2008 unterzog sich Frau L auf Grund eines weiteren Rezidivs wieder einer Chemotherapie mit dem Erfolg einer zwischenzeitlich erneuten Remission. Ein weiteres Rezidiv im 03.2010 führte zur Einleitung einer Chemotherapie mit mehreren zytostatischen Wirkstoffen (sog. "Polychemotherapie") in insgesamt sechs Zyklen. Dies bewirkte im 06.2010 eine teilweise Remission.

Zirka Ende März/Anfang 04.2010 erörterten Mitarbeiter der Beklagten mit Frau L die Indikation einer Transplantation fremder Stammzellen (sog. "allogene Stammzelltransplantation"). Die Geschwister von Frau L ließen sich daraufhin typisieren, mit dem Ergebnis einer lediglich eingeschränkten Eignung als Spender. Ab 2010 leitete das Personal der Beklagten im Einverständnis mit Frau L eine Fremdspendersuche ein. Zudem fand am 11.6.2010 in den Räumen der Beklagten ein Aufklärungsgespräch zu der angedachten autologen Stammzelltransplantation statt, das die Zeugin T in Anwesenheit des Klägers mit Frau L führte. Am 13.12.2010, nachdem ein Fremdspender gefunden war, führte die - zu dieser Zeit für die Behandlung hoch maligner Lymphome bei der Beklagten zuständige - Zeugin T1 mit Frau L ein weiteres Aufklärungsgespräch über die Behandlung durch eine allogene Stammzelltransplantation. Frau L willigte in die Durchführung dieser Behandlung ein. Der Eingriff erfolgte im Rahmen eines stationären Aufenthaltes im beklagten Klinikum in der Zeit vom 20.12.2010 bis zum 17.1.2011.

Zwei Tage nach der Entlassung aus der stationären Behandlung stellte sich Frau L am 19.1.2011 ambulant in der beklagten Klinik vor. Sie erbat sich Bedenkzeit zu einer angefragten Teilnahme an einer Studie zu einem Medikament gegen Cytomegalie-Virusinfektionen. Am 21.1.2011 lehnte Frau L im Rahmen einer weiteren ambulanten Vorstellung eine Studienteilnahme ab.

Der Gesundheitszustand von Frau L verschlechterte sich, so dass sie sich am 23.1.2011 in Begleitung des Klägers zur Notaufnahmestation des Beklagten begab, welche sie stationär aufnahm. Am 24.1.2011 fand eine Verlegung von der Notaufnahmestation in ein Zweibettzimmer der Station "11 A Ost" (Onkologie) der Beklagten statt, in der unter anderem auch Nachsorgeprobleme von Patienten nach allogener Stammzelltransplantation behandelt werden. Bei der Zimmernachbarin von Frau L, die wiederholt gehustet hatte, wurde später eine H1N1-Infektion diagnostiziert. In der weiteren Folgezeit stellte man bei Frau L eine Lungenentzündung ("Pneumonie") mit H1N1-Infektion fest. Mitarbeiter der Beklagten verlegten Frau L auf Grund dieses Befundes am 11.3.2011 auf ein Einzelzimmer in der Infektstation "8". Am 29.3.2011 war die vorgenannte Viruserkrankung bei Frau L nicht mehr nachweisbar.

Am 5.4.2011 verlegten Mitarbeiter der Beklagten Frau L nach bakterieller Infektion mit einem nachfolgenden septischen Schock auf die Intensivstation "10 A Ost". Nach Beherrschung der Infektion erfolgte am 10.4.2011 bei negativem H1N1-Befund eine (Rück-)Verlegung auf die Station "11 A Ost" (Onkologie). Vier Tage später, am 24.4.2011, fand auf Grund von Atmungsbeschwerden, einer sog. "Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion" sowie einer Blutvergiftung ("Sepsis") mit Multiorganversagen eine erneute Verlegung auf die Intensivstation "10 A Ost" statt. Dort verstarb Frau L am 26.4.2011.

Der Kläger behauptet, seine Ehefrau sei nicht ausreichend über die hohen Risiken der allogenen Stammzelltransplantation - insbesondere das tödliche Risiko durch die damit verbundene Immunschwächung,

das Risiko einer thrombotisch-thrombozytopenischen Purpura (TTP), eines hämolytisch-urämischen Syndroms (HUS) und/oder einer H1N1-Infektion sowie die schweren Nebenwirkungen der Medikamente wie z. B. "Prograf" - aufgeklärt worden; sie sei nicht darüber informiert worden, dass die Überlegenheit der allogenen Stammzelltransplantation gegenüber der Chemotherapie nicht belegt sei; bei sachgerechter Aufklärung hätte seine Ehefrau nicht eingewilligt.

Hinsichtlich der Behandlungsdurchführung behauptet der Kläger, die allogene Stammzelltransplantation sei im 12.2010/Januar 2011 nicht indiziert gewesen, weil noch im Sommer 2010 eine vollständige Remission vorgelegen habe; der Eingriff werde in der Regel nur bei Patienten in einem Alter von unter 55 Jahren durchgeführt; auf Grund einer Nierenproblematik habe zudem eine Kontraindikation bestanden; darüber hinaus sei eine Durchführung - auf Grund der dann reduzierten Infektionsgefahr - allenfalls im Sommer angezeigt gewesen; die Spenderauswahl sei fehlerhaft gewesen; auch habe die Spende das notwendige Transplantatvolumen nicht erreicht und beim Spender eine Cytomegalie-Virusinfektion vorgelegen; es sei zudem fehlerhaft gewesen, Frau L das Medikament "Prograf" zu verabreichen, sowie, dieses Medikament bei Anstieg der Kreatinwerte am 5.1.2011 und Anzeichen für eine HUS/TTP am 12.1.2011 nicht umgehend abzusetzen, sondern weiter bis Ende 01.2011 zu verabreichen; die Entlassung aus der stationären Behandlung habe - auf Grund anstehender Umbauarbeiten im Knochenmarktransplantationszentrum der Beklagten - bereits am 17.1.2011 und nicht wie üblich erst nach circa 50 Tagen stattgefunden; der Allgemeinzustand seiner Ehefrau sei zu diesem Zeitpunkt schlecht gewesen.

Im Rahmen der Behandlung ab dem 23.1.2011 - so die weitere Behauptung des Klägers - sei Frau L nicht ausreichend vor Ansteckungsgefahren geschützt worden; im Rahmen der Notaufnahme am 23.1.2011 sei keine sofortige Verlegung zum Knochenmarktransplantationszentrum veranlasst worden, obwohl eine Abwehrreaktion des Transplantats bereits begonnen habe; über einen Zeitraum von sechs Stunden habe Frau L keine Nahrungsmittelversorgung erhalten; das ihr zugeteilte Zimmer sei zu kalt gewesen; ihre Temperatur sei nicht gemessen worden; ein hämatologisch-onkologischer Facharzt sei pflichtwidrig nicht hinzugezogen worden; die Zimmernachbarin auf der Station "11 A Ost" sei mit dem H1N1-Virus infiziert gewesen und habe von Beginn an stark gehustet; auf der Infektstation seien Frau L Insulinspritzen trotz hochgradiger Ansteckungsgefahren ohne Desinfektion gesetzt worden; auf der Station "10 A Ost" hätten Rettungsdienste das Zimmer ohne Mundschutz, Kittel und Haarschutz betreten; Schutzkleidung sei bereits im Zimmer wieder abgelegt worden; das Personal der Beklagten habe sodann unzureichend auf die Darmblutungen der Ehefrau des Klägers reagiert, bei der veranlassten Darmspiegelung auf der Infektstation "8" sei ein Darmgeschwür übersehen, die Dauermedikation zum Magenschutz zu spät eingeleitet worden.

Der Kläger ist der Ansicht, es läge jeweils im Einzelnen - jedenfalls aber in der Gesamtheit - eine grob fehlerhafte Behandlung vor; das beklagte Klinikum sei zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 15.000,- Euro und zur Erstattung von Beerdigungskosten in Höhe von 4.028,27 Euro sowie Kosten für die Anforderung der Krankenakten in Höhe von 328,88 Euro verpflichtet.

Der Kläger behauptet zu den Folgen der Behandlung, die Darmblutungen, die zu einer massiven Schwächung geführt hätten, wären bei rechtzeitiger und konsequenter Behandlung des Darms nicht wieder aufgetreten; durch einen unzureichenden Schutz vor Ansteckungsgefahren im Rahmen der stationären Behandlung ab dem 23.1.2011 sei es zu zahlreichen Ansteckungserkrankungen, zum weiteren Krankheitsverlauf sowie letztlich zum Tod seiner Ehefrau auf Grund einer Sepsis gekommen.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

an ihn 19.357,15 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.3.2012 zu zahlen und

ihn von vorprozessualen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.023,16 Euro, zahlbar an die Prozessbevollmächtigten des Klägers, freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die Ehefrau des Klägers sei ausführlich über die Risiken der allogenen Stammzelltransplantation - insbesondere über potentiell tödliche Risiken, auch eine mögliche Sepsis während der Phase der Aplasie/Immunsuppression, sowie über erforderliche häusliche Maßnahmen und Ernährungsbesonderheiten - aufgeklärt worden; im Rahmen eines zirka 60 Minuten andauernden Aufklärungsgesprächs am 11.6.2010 habe die Zeugin T in Gegenwart des Klägers und seiner Ehefrau über Indikation, Nutzen, Ablauf und Risiken des Eingriffs aufgeklärt; in einem mindestens 60 Minuten andauernden weiteren Aufklärungsgespräch vom 13.12.2010 durch die Zeugin T1 seien die Risiken weiter spezifiziert worden; eine mögliche "Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion" sei besprochen, das Risiko tödlicher Nebenwirkungen mit 20 % beziffert worden - wegen der Einzelheiten der behaupteten Aufklärung wird auf den Vortrag im Schriftsatz vom 21.6.2012 (Bl. 44 bis 77 d. A.) Bezug genommen; Frau L habe Patienteninformationen erhalten und sodann schriftlich eingewilligt; selbst bei unzureichender Aufklärung hätte Frau L - so die weiteren Behauptung - im Hinblick auf die Schwere ihrer Erkrankung (hypothetisch) eingewilligt.

Zur Durchführung der Behandlung behauptet das beklagte Klinikum, die allogene Stammzelltransplantation sei nach mehr als einem Rezidiv sowie dem Versagen der Transplantation eigener Stammzellen indiziert gewesen; die Transplantation sei auch medizinisch fehlerfrei durchgeführt worden; die Verwendung eines Transplantats, das aus zwei Spenden stammt, sei in medizinischer Hinsicht nicht problematisch; die Gabe des Medikaments "Prograf" sei indiziert gewesen; die Voraussetzungen einer Entlassung aus der stationären Behandlung am 17.1.2011 hätten vorgelegen, bestehende gesundheitliche Einschränkungen seien nicht schwer und ambulant behandelbar gewesen, der Zustand habe mit dem Leistungsstatus "ECOG 1" bewertet werden können; Anzeichen für eine HUS-Erkrankung hätten nicht vorgelegen; die Aufnahme auf der Station "10 A" sei nicht fehlerhaft gewesen, es habe ausreichende Infektionsschutzmaßnahmen gegeben, die Leukozytenzahlen seien normal gewesen und Frau C1 sei als Hintergrundärztin in Bereitschaft für das Knochenmarktransplantationszentrum hinzugezogen worden; die Zimmernachbarin von Frau L auf der Station "11 A Ost" habe akuten Husten gehabt, der H1N1-Virus sei bei ihr rasch diagnostiziert worden; Frau L sei offenbar durch eine externe Person - für das beklagte Klinikum unvermeidbar - infiziert worden, denn bei der Ehefrau des Klägers habe ein anderer Virenstamm vorgelegen; nach Bekanntwerden der Infektion sei eine sofortige Isolierung erfolgt; bei der später durchgeführten Magenspiegelung sei kein Geschwür übersehen worden; Frau L habe ab dem 23.1.2011 ein prophylaktisches Medikament erhalten, nach dem Auftreten der Blutung sei die Dosis erhöht worden; ursächlich für den Tod von Frau L seien eine "Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion", eine Sepsis sowie Organversagen.

Die Kammer hat den Kläger im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 18.2.2015 gemäß § 141 ZPO persönlich angehört und ferner Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeuginnen T und T1. Auf Basis des Beweisbeschlusses der Kammer vom 10.8.2012 ist zudem Beweis erhoben worden durch Einholung eines - im Rahmen der vorgenannten mündlichen Verhandlung dann näher erläuterten - schriftlichen, medizinischen Gutachtens des Sachverständigen C. Wegen der Ergebnisse der Beweisaufnahme wird auf die Verhandlungsniederschrift vom 18.2.2015 sowie das schriftliche Gutachten des Sachverständigen vom 3.4.2013 Bezug genommen. Das Gericht hat darüber hinaus die Krankenunterlagen zu den Behandlungen im Klinikum der Beklagten sowie die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft Münster zum Az. 3 UJs 1023/11 beigezogen, die dem Sachverständigen für die Begutachtung vorlagen und auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

#### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I.

Der Kläger kann Schadensersatzansprüche auf Grund der streitgegenständlichen Behandlung seiner verstorbenen Ehefrau weder aus dem Heilbehandlungsvertrag gemäß §§ 280 Abs. 1, 611 BGB in Verbindung mit § 1922 BGB noch aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823, 831 BGB in Verbindung mit § 1922 BGB bzw. - bezogen auf die geltend gemachten Beerdigungskosten - § 844 Abs. 1 BGB fordern.

Der Tod der Ehefrau des Klägers ist tragisch. Er beruht jedoch nicht auf einem ärztlichen Behandlungs- oder Aufklärungsfehler, sondern auf einem schicksalhaften, schweren Krankheitsverlauf.

In der Beurteilung der medizinischen Fragen folgt die Kammer den in jeder Hinsicht überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen C. Der Sachverständige verfügt ausweislich seiner der Kammer bekannten Vita sowohl über ein fundiertes theoretisches Wissen als auch über eine umfassende, langjährige praktische Erfahrung in den Bereichen Hämatologie, Onkologie und Immunologie. Die Ausführungen des Sachverständigen beruhen auf einer ersichtlich gründlichen Aufarbeitung der Behandlungsunterlagen. Er hat die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen in seinem Gutachten klar und eindeutig beantwortet. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 18.2.2015 hat er durch klar strukturierte, differenzierte Antworten auf zum Teil nicht schriftsätzlich angekündigte Fragestellungen seine Expertise eindrucksvoll unter Beweis gestellt.

1. Nach den Ausführungen des Sachverständigen, die die Kammer uneingeschränkt überzeugen und die sie daher ihrer Entscheidung zugrunde legt, war die Durchführung einer allogenen Stammzelltransplantation in Anbetracht des konkreten Krankheitsverlaufs bei Frau L medizinisch indiziert.

Der Sachverständige hat sich im Rahmen seiner Begutachtung eingehend mit den verschiedenen Behandlungsoptionen auseinandergesetzt und überzeugend dargestellt, dass im 12.2010 die Transplantation fremder Stammzellen die einzig zur Verfügung stehende Therapiemöglichkeit mit kurativem Anspruch war, mithin ein längeres Überleben hätte ermöglichen können. Nachdem Frau L bereits mit verschiedenen Chemotherapien sowie auch einer autologen Stammzelltransplantation behandelt worden war und trotz der Behandlungen - in immer kürzeren Abständen - Rezidive mit verstärktem, aggressivem Krankheitswert ("hoch proliferationsaktiv") auftraten, lag die Wahrscheinlichkeit für das Auftreten eines weiteren Rezidivs - ohne Transplantation fremder Stammzellen - bei nahezu 100 %.

Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass Frau L für die Durchführung einer allogenen Stammzelltransplantation zum Zeitpunkt Ende 2010 uneingeschränkt geeignet war. Ausweislich eines Arztbriefs vom 18.11.2010 befand sie sich in einem körperlich guten Zustand und fuhr viel Fahrrad. Vorbereitend durchgeführte Untersuchungen hatten keine Kontraindikation ergeben. Auch das Alter von Frau L zum

Zeitpunkt der Transplantation sprach - nach zu dieser Zeit geltenden medizinischen Erkenntnissen - nicht gegen diesen Eingriff.

Die vorbestehende Schädigung der Nieren stellte weder eine Kontraindikation für eine Stammzelltransplantation dar, noch stand sie einer Behandlung mit dem Medikament "Prograf" (Wirkstoff: "Tacrolimus") entgegen. Nach den - auch insoweit überzeugenden - Ausführungen des Sachverständigen wäre der Alternativwirkstoff "Ciclosporin" mit dem gleichen Potential einer Nierenschädigung verbunden gewesen. Auch die fehlende Zulassung des Medikaments "Prograf" widersprach seinem Einsatz im konkreten Fall auf Grund umfassender, langjähriger Erfahrungen mit diesem Medikament - insbesondere im amerikanischen Raum - nicht; der Sachverständige hat hierzu nachvollziehbar erklärt, dass die fehlende Zulassung insbesondere auch darauf beruht, dass Pharmafirmen in dem Bereich Stammzelltransplantation auf Grund der Nebenwirkungen der Transplantation keine Studien (mehr) durchführen.

Der Sachverständige bestätigt den Vortrag des Klägers, dass prospektiv ausgerichtete, randomisierte Studien über den Nachweis einer Überlegenheit der allogenen Stammzelltransplantation gegenüber einer Chemotherapie nicht vorliegen, führt jedoch nachvollziehbar aus, dass auf Grund eines signifikanten Langzeitüberlebens vieler Patienten von einem potentiell kurativen Effekt dieser Behandlung auszugehen ist; entsprechend hätten - so der Sachverständige weiter - die meisten nationalen und internationalen hämatologischen Zentren bei Frau L die Indikation zu einer allogenen Stammzelltransplantation gestellt.

2. Über die Risiken einer allogenen Stammzelltransplantation ist Frau L durch die Zeuginnen T und T1 sowie auf Grundlage des ihr ergänzend ausgehändigten Informationsmaterials hinreichend aufgeklärt worden.

Die wirksame Einwilligung in die allogene Stammzelltransplantation setzte voraus, dass Frau L zuvor über sämtliche für die Einwilligung wesentliche Umstände aufgeklärt worden ist, insbesondere über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf Diagnose und Therapie, vgl. nunmehr §§ 630d, 630e BGB. Dabei soll die Aufklärung jedoch nicht medizinisches Detailwissen vermitteln, sondern dem Patienten die Schwere und Tragweite eines etwaigen Eingriffs verdeutlichen, so dass er eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes über "Ob" und "Wie" der weiteren Behandlung erhält.

Dem wird die Frau L zuteil gewordene Aufklärung nach Auffassung der Kammer umfassend gerecht.

Ausweislich der glaubhaften Angaben der Zeugin Tim Rahmen ihrer Vernehmung am 18.2.2015 hat sie mit Frau L in Anwesenheit des Klägers ein ausführliches Aufklärungsgespräch zur allogenen Stammzelltransplantation geführt. Sie hat zugestanden, sich an Details des Gesprächs mit Frau L nicht erinnern zu können, im Übrigen jedoch nachvollziehbar geschildert und im Einzelnen auch näher ausgeführt, dass sie Frau L entsprechend ihrer üblichen Vorgehensweise in einem solchen Fall über Nutzen und Risiken der vorgenannten Maßnahme sowie ihren Ablauf, die Besonderheiten der Knochenmarktransplantationsstation, die Konditionierungstherapie vor der Transplantation sowie die Transplantation, die Aplasiaphase und die Risiken im Anschluss an die Transplantation unterrichtet hat. Dabei ist sie - der weiteren glaubhaften Aussage zufolge - auch auf besondere Hygienemaßnahmen, die notwendige Immunsuppression sowie eine mögliche Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion eingegangen. Darüber hinaus hat sie nachvollziehbar dargestellt, Frau L auch darüber in Kenntnis gesetzt zu haben, dass zu jedem Zeitpunkt Komplikationen auftreten könnten, die auch zum Tode führen können.

Die Zeugin T1, die mit Frau L ein weiteres Aufklärungsgespräch am 13.12.2010 führte, hat offen zugestanden, sich zwar an Frau L als Patientin, jedoch nicht an die Details des mit ihr geführten Aufklärungsgesprächs erinnern zu können. Sie hat sodann jedoch glaubhaft und anschaulich den bei jedem Patienten eingehaltenen Ablauf der von ihr zahlreich geführten Aufklärungsgespräche dargestellt. Hieraus leitet die Kammer die Überzeugung ab, dass Frau L zeitnah vor Durchführung der allogenen Stammzelltransplantation erneut und vertiefend über die Chancen, Grenzen und Risiken dieses Eingriffs aufgeklärt worden ist. Insbesondere ist gegenüber Frau L - wie von der Zeugin T1 berichtet - zunächst die Indikation des Eingriffs unter Benennung der Alternativen dargestellt und begründet worden. Des Weiteren hat die Zeugin T1 den Ablauf der Konditionierungsphase erklärt und hierzu ausgeführt, dass eine schwerwiegende Immunsuppression durchgeführt wird, die besondere Hygienemaßnahmen - auch im Bereich der Ernährungsgewohnheiten - voraussetzt. Frau L ist zudem verdeutlicht worden, dass es immer wieder zu schweren Infektionen kommen kann, beispielsweise durch eigene Darmbakterien oder aber durch Weichteilverletzungen, etwa auf Grund eines Katheters. In diesem Zusammenhang ist - den weiteren Angaben der Zeugin zufolge - auch darauf hingewiesen worden, dass die Infektionen so schwerwiegend sein können, dass es zu einem Kreislaufschock mit möglicher - mit einer Wahrscheinlichkeit von über 20 % auch tödlich endender - Weiterbehandlung auf der Intensivstation kommt. Ausführlich ist im Rahmen der Aufklärung über das Risiko einer Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion gesprochen und in diesem Zusammenhang erklärt worden, dass es hierdurch zu einer erneuten Immunsuppression mit damit einhergehender Infektanfälligkeit kommen kann. Die Zeugin T1 hat des Weiteren darüber aufgeklärt, welche Medikamente verwendet werden sollten und darauf hingewiesen, dass in der schriftlichen Informationsaufklärung die wichtigsten und häufigsten Nebenwirkungen aufgeführt sind, Frau L jederzeit aber auch zu den einzelnen

Medikamenten auch die Fachinformationen erhalten könne. Frau L ist darüber hinaus bereits mit dem weiteren Ablauf unmittelbar nach Transplantation sowie späterer Entlassung aus der Klinik vertraut gemacht worden, unter besonderem Hinweis darauf, dass der Impfschutz durch die Transplantation verloren geht und daher besondere Vorsicht im Umgang mit Angehörigen und insbesondere Kindern bzw. Enkeln geboten ist.

Nach den glaubhaften Angaben der Zeugin T1 hat sie ihren Patienten - so auch Frau L - jeweils einen schriftlichen Aufklärungsbogen übergeben, verbunden mit der Aufforderung, diesen während eines Zeitraums von mindestens einer Stunde zu lesen und die wichtigsten Fragen zu notieren sowie dann zu stellen. Zum Teil ist der Bogen den Patienten zu diesem Zweck auch mit nach Hause gegeben worden.

Die Zeugin T1 konnte sich noch daran erinnern, dass für Frau L auf Grund eines vorangegangenen Rezidivs ein begrenztes Zeitfenster für die Durchführung der Transplantation bestand und ihr sowie dem auf Nachfrage erklärt worden ist, dass die Maßnahme deshalb nicht bis zum Frühjahr/Sommer aufgeschoben werden konnte. Auf die Frage, ob Frau L eingewilligt habe, gab die Zeugin glaubhaft an, dass Frau L in Kenntnis des hohen Risikos der Transplantation zugestimmt hat.

Auf Nachfrage zu den Risiken einer sog. "HUS"- und/oder "TTP"-Erkrankung erklärte die Zeugin, dass es sich dabei um eine seltene Komplikation handele, die sie daher im Rahmen der Aufklärung sicherlich nicht intensiv ausgeführt habe. Am Ende des jeweils langen Aufklärungsgesprächs fasse sie jeweils das Besprochene zusammen und sage dem Patienten, dass die Stammzelltherapie die einzige ist, die mit einer kurativen Option verbunden ist, im Gegensatz zur Chemotherapie, bei der lediglich eine vorübergehende Kontrolle des Lymphoms erfolgt. Sie weise im Rahmen der Zusammenfassung erneut daraufhin, dass es zwei wesentliche Phasen gebe, in denen Infektionen mit tödlichem Ausgang auftreten könnten, zum einen die tiefe Aplasiephase, bei der mit tödlichen Infekten zu rechnen ist, zum anderen die Phase der möglichen Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion, die insbesondere den Magen-Darm-Trakt befällt. Dabei werde den Patienten erklärt, dass dies eine Phase ist, in der wegen der Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion die Immunsuppression erhöht werden muss, wodurch das Risiko eines Infekts wieder erhöht würde. Erneut würden die Patienten in diesem Zusammenhang darüber aufgeklärt, dass in diesen Phasen das konkrete Risiko eines tödlichen Verlaufs besteht.

Das an Frau L - auch im Hinblick auf eine zunächst angedachte Studienteilnahme - ausgehändigte ausführliche Informationsmaterial wiederholt und vertieft die Inhalte der von den Zeuginnen T sowie T1 mündlich erfolgten Aufklärung. Das Informationsmaterial ist übersichtlich gegliedert und für den Laien verständlich aufbereitet. Ergänzend werden darin etwa die jeweiligen Risiken der Behandlung anhand konkreter Wahrscheinlichkeiten (unter Nennung von Prozentangaben) näher bewertet; so wird das "Risiko tödlicher Nebenwirkungen der gesamten Behandlung", insbesondere durch Infektion oder eine nicht beherrschbare Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion als "hoch" bezeichnet und mit "etwa 20%" ("nach jetzigem Kenntnisstand") beziffert. Im Rahmen des dargestellten "Behandlungsablaufs" werden zudem auch die zum Einsatz kommenden Medikamente konkret benannt. Frau L hat ein Exemplar der - durch handschriftliche Zusätze zum Teil individuell angepassten - Patienteninformation eigenhändig unterschrieben.

Die Kammer hat nach den in sich stimmigen, glaubhaften Aussagen der Zeugen T und T1 sowie unter Berücksichtigung des Inhalts der ausgehändigten schriftlichen Informationen keinen Zweifel, dass Frau L über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der allogenen Stammzelltransplantation sowie auch ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf Diagnose und Therapie hinreichend informiert worden ist und dieser Behandlung in Kenntnis aller wesentlichen Umstände ausdrücklich zugestimmt hat. Nach Auffassung der Kammer würde es die Anforderungen an eine Aufklärung überspannen, und auch den Patienten regelmäßig überfordern, würde man verlangen, dass sich die Aufklärung über einen medizinisch so komplexen Eingriff wie die allogene Stammzelltransplantation auch auf alle entfernten Risiken - wie hier etwa einer Infektion konkret mit dem HUS- oder TTP-Virus - sowie sämtliche Nebenwirkungen der eingesetzten Medikamente beziehen muss. Dass ein erhöhtes Risiko für gravierende, auch tödlich endende Infektionen bestand, war Frau L hinreichend verdeutlicht worden. Darüber hinaus bestand ausreichend Gelegenheit, sich über sämtliche Nebenwirkungen der ihr konkret benannten Medikamente zu informieren.

Dass sich die Zeuginnen nicht in jeder Hinsicht an Details der konkreten Aufklärung von Frau L erinnern konnten, steht der Beweisführung einer umfassend erfolgten Aufklärung nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen, dass an den dem Arzt bzw. dem Klinikum obliegenden Beweis der ordnungsmäßigen Aufklärung des Patienten keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. Urteil vom 8.1.1985, Az. VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399; Urteil vom 10.03.1981, Az. VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; Urteil vom 21.09.1982, Az. VI ZR 302/80, NJW 1983, 333). Der Tatrichter hat die besondere Situation, in der sich der Arzt während der Behandlung des Patienten befindet, ebenso zu berücksichtigen wie die Gefahr, die sich aus dem Missbrauch seiner Beweislast durch den Patienten zu haftungsrechtlichen Zwecken ergeben kann (BGH, Urteil vom 8.1.1985, Az. VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399). Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, soll dem Arzt im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist (BGH, Urteil vom 8.1.1985, Az. VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399).

Dass mit Frau L zwei Aufklärungsgespräche unter der Verantwortung der Zeuginnen T und T1 geführt worden sind, ist unstrittig. Die Zeuginnen konnten sich auch jeweils an einzelne Details der Aufklärung erinnern. Ihre weiteren Angaben zu den mit jedem Patienten in der Situation von Frau L besprochenen Inhalten waren detailliert, anschaulich und ohne Weiteres nachvollziehbar. Der Umstand, dass beide Zeuginnen freimütig einräumten, sich an verschiedene Details der Aufklärungsgespräche mit Frau L nicht erinnern zu können, stärkt das Vertrauen der Kammer in die Glaubwürdigkeit der Zeuginnen. Die Glaubhaftigkeit ihrer Schilderung wird auch dadurch gestärkt, dass sie in wesentlichen Punkten mit den eigenen Angaben des Klägers im Rahmen seiner persönlichen Anhörung am 18.2.2015 übereinstimmt. Der Kläger hat darin bestätigt, dass die Zeugin T mit seiner Ehefrau ein - eher allgemein gehaltenes - Informationsgespräch geführt hat, dass sich auf den Ablauf und generelle Risiken der allogenen Stammzelltransplantation bezog, jedoch noch nicht mit dem Ziel einer konkreten Einwilligung. Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass zu diesem Zeitpunkt noch nicht etwa über konkrete Medikamente gesprochen worden ist und der Kläger, der an dem späteren, detaillierteren Aufklärungsgespräch mit der Zeugin T1 nicht teilgenommen hatte, eine solche Aufklärung auch nicht angeben konnte. Sowohl der Kläger als auch die Zeugin T1 haben angegeben, dass diese die Beziehung eines Angehörigen zum Aufklärungsgespräch begrüßt hätte. Soweit die Zeugin T1 angegeben hatte, Frau L gegenüber erklärt zu haben, dass eine Verschiebung der Transplantation auf einen Zeitpunkt im Frühjahr/Sommer nicht möglich sei, hat der Kläger auch dies im Grundsatz bestätigt. Darüber hinaus war den persönlichen Angaben des Klägers zu entnehmen, dass ihm und seiner Ehefrau das Risiko einer Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion sowie die realistische Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs bekannt waren.

3. Die Durchführung der allogenen Stammzelltransplantation während des stationären Aufenthaltes vom 20.12.2010 bis zum 17.1.2011 entsprach dem zu dieser Zeit geltenden, fachärztlichen Standard.

a) Die Kammer folgt den schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen, nach denen es im Rahmen des medizinischen Ermessensspielraums nachvollziehbar war, dass die behandelnden Mitarbeiter des beklagten Klinikums nicht die Spende eines Geschwisterteils von Frau L ausgewählt haben, bei der nicht alle zehn allgemein anerkannten Prüfmerkmale der Spenderqualifikation übereinstimmten, sondern die Gabe eines deutschstämmigen "Fremdspenders" transplantierten, bei der insoweit Übereinstimmung bestand. Nachvollziehbar hat der Sachverständige dargelegt, dass die damit verbundene Blutgruppeninkompatibilität zwischen Spender und Empfängerin kein Ausschlusskriterium war, weil das Blut im Anschluss an die Transplantation ohnehin neu aufgebaut werden musste. Eine mit der Blutgruppeninkompatibilität regelmäßig einhergehende Hämolyse unter Anstieg des LDH-Wertes ist sodann ein üblicher, in der Regel ca. ein bis drei Wochen andauernder Verlauf. Nach den schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen war die Blutgruppeninkompatibilität insbesondere auch unter Berücksichtigung der vorbestehenden Nierenschädigung unproblematisch, weil das Blut der Empfängerin über Milz und Leber - nicht die Nieren - abgebaut wird bzw. worden ist.

Der Sachverständige hat unter Bezugnahme auf einen Arztbericht vom 17.1.2011, das Transplantationsprotokoll sowie den allgemeinen Ablauf einer Transplantation des Weiteren anschaulich dargelegt, dass - jedenfalls aus Sicht der beklagten Klinik - davon auszugehen war, dass das verwendete Transplantat von "einem" Spender stammte. Retrospektiv wird diese Annahme zudem durch den Umstand belegt, dass das Transplantat bei Frau L anfänglich gut angewachsen ist, was sich an den - vom Sachverständigen nachvollzogenen - Blutwerten zeigte.

Die Verteilung des Transplantats auf zwei Spendenbeutel ist den Ausführungen des Sachverständigen zufolge nicht fehlerhaft, sondern regelmäßig - wie auch hier - den konkreten Umständen der von dritter Seite begleiteten Spendenabgabe geschuldet und für die Empfänger der Spende sogar mit Vorteilen - Verringerung von Manipulationen, Schutz vor Verlust/Zerstörung der vollständigen Spende - verbunden. Auch zeigt der Sachverständige auf, dass die Verwendung einer Spendenmenge von insgesamt "3,73 x10 E 6 Zellen pro kg/KG" - anstelle der empfohlenen Dosis von ">4 x10 E6 Zellen pro kg/KG" - im konkreten Fall - wie auch in vielen Vergleichsfällen - einer medizinisch korrekten Vorgehensweise entsprach. Das den Unterlagen über den weiteren Verlauf zu entnehmende rasche Anwachsen des Transplantats belegt, dass die Zellzahl für die Bedürfnisse von Frau L ausreichend gewesen ist. Ergänzend hat der Sachverständige mit Rücksicht auf den Ablauf einer Transplantation - insbesondere auch Geheimhaltungs- und Schutzinteressen des Spenders - nachvollziehbar erklärt, dass eine zu geringe Zellzahl nicht dem beklagten Klinikum angelastet werden könnte: Er weist zunächst darauf hin, dass die vorbenannte Angabe von ">4 x10 E6 Zellen pro kg/KG" mehr als Richtwert für das Spendezentrum, nicht jedoch als verbindliche Mindestdosis zu verstehen war. Zudem war Frau L im Hinblick auf die bereits notwendig eingeleitete Vorbehandlung durch Chemotherapie auf das Transplantat dringend angewiesen und die Mitarbeiter des Beklagten hatten keinen unmittelbaren Einfluss auf die von dritter Seite entnommene und sodann gelieferte Spendenmenge.

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass ausweislich eines Vermerks auf der Produktinformation der Stammzellspende die Sterilkontrolle noch ausstand. Auch insoweit hat der Sachverständige unter kundiger Schilderung der üblichen Abläufe einer Knochenmarktransplantation aufgezeigt, dass das beklagte Klinikum auf Grund der bereits eingeleiteten Vorbereitungen mittels Chemotherapie sowie auf Grund der

zu erwartenden Verschlechterung des Spendermaterials nach 24 bis 36 Stunden mit der Transplantation nicht bis zur Durchführung einer solchen Kontrolle habe warten können. Etwaig auftretendes Fieber hätte mit Hilfe eines breit angelegten Antibiotikums behandelt werden können.

Der Umstand, dass sowohl Spender als auch Empfänger hinsichtlich des "Cytomegalie-Virus" (CMV) positiv getestet waren, war nach den Ausführungen des Sachverständigen ein für Frau L positiver Umstand, weil in diesem Fall davon ausgegangen werden konnte, dass das zu übertragende Immunsystem des Spenders in der Lage ist, diesen bei Frau L ebenfalls vorhandenen Virus zu kontrollieren.

Soweit der Kläger einwendet, es sei im Hinblick auf gesteigerte Infektionsrisiken falsch gewesen, die Transplantation während der Wintermonate durchzuführen, hat der Sachverständige unter Schilderung des konkreten Behandlungsablaufs sowie insbesondere der Erfordernisse an den Gesundheitszustand des Spendenempfängers - hier Frau L - klargestellt, dass der optimale Transplantationszeitpunkt durch den Verlauf der Erkrankung vorgegeben wird. Ein Zuwarten - etwa bis zum Frühling - wäre mit der Gefahr eines weiteren Rezidivs verbunden gewesen, welches die Erfolgsaussichten deutlich vermindert hätte. Darüber hinaus weist der Sachverständige darauf hin, dass in den Sommermonaten ein mindestens ebenso gefährlich einzuschätzendes Infektionsrisiko durch Magen-Darm-Erkrankungen besteht. Zudem müsse bei jeder Knochenmarkspende in die Erwägung eingestellt werden, dass gefundene Spender nach weiterem Zeitablauf häufig - aus verschiedenen, nicht steuerbaren Gründen - nicht mehr zur Verfügung stehen. Auch dies sprach für die zeitnahe Transplantation.

b) Es war nicht fehlerhaft, Frau L mit dem Medikament "Prograf" zu behandeln. Der Sachverständige hat die Vor- und Nachteile verschiedener Alternativmedikationen ("Enbrel", "Ciclosporin"; erhöhte Steroide und "Cellcept") erwogen, bewertet und sodann differenziert dargelegt, dass das Medikament "Prograf" trotz eines potentiell ungünstigen Einflusses auf die - hier vorbelastete - Nierenfunktion (vgl. auch oben) auf Grund seines Wirkungsgrades sowie der vergleichsweise geringen Nebenwirkungen vorzugswürdig war. Auf Basis eines ersichtlich gründlichen Studiums der Patientenakten hat der Sachverständige des Weiteren ausgeführt, dass auch im weiteren Behandlungsverlauf eine hinreichende Indikation dafür, das Medikament abzusetzen, zunächst (bis zum späteren Wechsel auf "Cortison") nicht vorlag.

c) Zur Dauer der stationären Behandlung stellt der Sachverständige zunächst klar, dass es eine - medizinisch anerkannte - stationäre Mindestverweildauer nach Knochenmarktransplantationen nicht gibt; vielfach würden entsprechende Eingriffe in internationalen Zentren heute auch ambulant durchgeführt. Im Fall von Frau L habe das Knochenmark seine Funktion ausweislich einer laborchemischen Untersuchung gut aufgenommen. Bei leicht erniedrigtem Hämoglobin-Wert und lediglich leichter Erhöhung des LDH-Wertes habe "sicher keine so schwere Hämolyse" bestanden, dass eine stationäre Weiterbehandlung erforderlich gewesen wäre. Vielmehr entsprach eine leichte Hämolyse auf Grund der Blutgruppenungleichheit zwischen Spender und Empfängerin dem zu erwartenden Verlauf (vgl. oben). Nach den schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen war eine Entlassung auf Grundlage des dokumentierten Gesundheitszustands von Frau L medizinisch vertretbar.

4. Nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen ist Frau L auch während ihres stationären Aufenthaltes ab dem 23.1.2011 entsprechend dem zu dieser Zeit geltenden, fachärztlichen Standard behandelt worden.

a) Es war zunächst nicht fehlerhaft, dass Frau L nicht unmittelbar am 23.1.2011, sondern erst am darauffolgenden Tag in einer Station des Knochenmarktransplantationszentrums aufgenommen worden ist. Auch insgesamt war eine sach- und fachgerechte Versorgung von Frau L während des stationären Aufenthaltes ab dem 23.1.2011 nach den Ausführungen des Sachverständigen gewährleistet. Auf Grundlage der Behandlungsunterlagen konnte der Sachverständige nachvollziehbar belegen, dass Frau L auch während der Liegezeiten in anderen Abteilungen jeweils in Absprache mit der Hämatonkologie behandelt wurde und über den hämatonkologischen Facharztstandard hinaus auch der Rat einer Kollegin eingeholt worden ist, die auf dem Gebiet der Knochenmarktransplantation besonders erfahren war.

b) Frau L musste auch nicht unmittelbar isoliert untergebracht werden. Der Sachverständige hat gegenüber der Kammer nachvollziehbar erklärt, dass Patienten nach Erholung des Zellbildes im Anschluss an eine Transplantation nicht in so starkem Maße infektionsgefährdet sind, dass eine Unterbringung auf einer Isolierstation notwendig wäre. Entsprechend zählt es nach den Erläuterungen des Sachverständigen nicht zum bundesweiten Standard, Isolierbetten außerhalb der unmittelbaren Transplantationsphase zu verwenden.

Soweit der Kläger einwendet, seine Ehefrau habe sich bei einer Zimmernachbarin mit dem H1N1-Virus infiziert, liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass bereits zum Zeitpunkt der Verlegung von Frau L am 24.1.2011 die Zimmernachbarin erkennbare Symptome der später bei beiden festgestellten H1N1-Infektion gezeigt hat, nicht vor. Den Krankenakten waren solche nicht zu entnehmen. Der Kläger selbst konnte über einen Husten der Zimmernachbarin erst ab dem 25.1.2011 ("einen Tag später", S. 3 des Protokolls vom 18.2.2015) berichten, wie lange sie bereits gehustet habe, konnte er auf ausdrückliche Nachfrage nicht angeben. Das der Husten möglicherweise zunächst auf eine Pilzinfektion zurückgeführt worden ist, ist nach den Angaben des Sachverständigen plausibel, wenn die Zimmernachbarin über lange Zeit Medikamente im Rahmen einer Chemotherapie erhalten hat.

Für eine Missachtung von Hygienevorschriften beim Setzen von Insulinspritzen fehlt es bereits an einem hinreichend substantiierten Klagevortrag. Darüber hinaus hat der Sachverständige überzeugend dargelegt, dass eine Beeinflussung des Krankheitsverlaufs durch eine versäumte Hautdesinfektion "extrem unwahrscheinlich" (S. 19 des Gutachtens) sei, weil sich typischerweise zunächst Abszesse des Unterhautfettgewebes gezeigt hätten, die klinisch einfach zu diagnostizieren seien; hierüber werde hingegen in den Akten nicht berichtet.

Dass zum Zeitpunkt der Behandlung von Frau L - zumal bezogen auf die konkret befassten Stationen - eine gravierende Anzahl von Virus-Infektionen aufgetreten ist, die Veranlassung gegeben hätte, weiter gesteigerte Hygienemaßnahmen - bis hin zu einer Schließung von Stationen - zu ergreifen, hat der Kläger nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Der pauschale Hinweis darauf, ihm sei zugetragen worden, dass "zu diesem Zeitpunkt zahlreiche H1N1-Fälle in den Kliniktürmen" aufgetreten seien, genügt nicht. Darüber hinaus ist ausweislich der nachvollziehbaren Angaben des Sachverständigen nicht mehr festzustellen, ob Frau L sich mit dem H1N1-Virus im Rahmen der vom beklagten Klinikum beherrschbaren Sphären (Klinikräume, Mitarbeiter, Patienten) oder etwa durch Besucher oder sonstige Vireenträger außerhalb der Klinik angesteckt hat. Eine unmittelbare Isolation der Ehefrau des Klägers zum Zeitpunkt ihrer stationären Aufnahme war - wie bereits erörtert - nicht angezeigt.

c) Ausweislich des Sachverständigengutachtens sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass im Rahmen der Magenspiegelungen ("Gastro Duodenoskopien") am 1.4.2011 oder am 19.4.2011 Befunde fehlerhaft erhoben worden sind. Nach den überzeugenden Ausführungen im Rahmen der Gutachtenerstattung lässt eine am 31.3.2011 festgestellte Blutung nicht notwendig auf ein Magengeschwür schließen, vielmehr kann sie auch aus dem Dünn- oder Dickdarm heraus stattgefunden haben. Der Sachverständige hat erklärt, dass bei dem zu dieser Zeit gegebenen Mangel an Blutplättchen ("Thrombopenie") eine starke Blutung auch bei Annahme einer geringen Verletzung ("Läsion") erklärbar ist. Auch sei die schwere Erkrankung von Frau L mit ggf. bereits begonnener Transplantat-gegen-Wirt-Reaktion durchaus geeignet, die Entstehung der am 19.4.2011 festgestellten Geschwüre ("Ulzerationen") innerhalb der kurzen Zeit von 19 Tagen zu erklären.

Nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen sind die festgestellten Blutungskomplikationen "korrekt und zeitgerecht medikamentös therapiert" (S. 20f. des Gutachtens) worden. Der Sachverständige konnte insoweit den Krankenunterlagen entnehmen, dass Frau L zum prophylaktischen Magenschutz zunächst 20 mg des Medikaments "Pantozol" bekommen hat. Mit Auftreten der ersten Blutung am 31.3.2011 ist bis zum 5.4.2011 - nach den Ausführungen des Sachverständigen: fachgerecht - eine Umstellung auf hochdosiertes (80mg), intravenös verabreichtes "Pantozol" erfolgt. Ab dem 5.4.2011 sind 40mg "Pantozol" oral verabreicht worden. Der Umstand, dass Frau L ausweislich der Behandlungsdokumentation für den Zeitraum vom 12.4. bis zum 17.4.2011 keine entsprechende Medikation erhalten hat, führt jedenfalls nicht zur Annahme eines (groben) Behandlungsfehlers, weil - wie der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt hat - der Zeitraum vergleichsweise kurz war und es zudem "keine harte Evidenz" (S. 21. Des Gutachtens) für eine Gabe des Magenschutzmedikaments in der konkreten Behandlungssituation gegeben habe. Dass es bei ununterbrochener Medikation mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 % zu einer Verhinderung der später diagnostizierten Geschwüre gekommen wäre, ist ausweislich der auch insoweit überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nicht feststellbar, so dass selbst bei Annahme einer fehlerhaft unterlassenen Medikamentenbehandlung während der Zeit vom 12.4.2011 bis zum 17.4.2011 die klägerseits behaupteten Folgen nicht mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit (vgl. hierzu klarstellend BGH, Urteil vom 7.2.2012, Az. VI ZR 63/11, NJW 2012, 850) festgestellt werden könnten.

d) Die spätere Behandlung von Frau L mit dem Medikament "Cortison" anstelle von "Prograf" war aus medizinischer Sicht richtig. Nach den Ausführungen des Sachverständigen existiert hierzu kein standardisiertes Vorgehen. Der Sachverständige hat sich auch in diesem Punkt - insbesondere im Rahmen der Erläuterung des Gutachtens am 18.2.2015 - umfassend mit Alternativmedikamenten wie z. B. "Enbrel" und "Sirolimus" auseinandergesetzt und nachvollziehbar dargelegt, dass auch diese mit erheblichen Komplikationen und/oder Risiken - wie im Fall von Enbrel mit dem Risiko schwerer bakterieller Infektionen - verbunden gewesen wären.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 u. 2 ZPO.

#### **42. OLG Köln, Urteil vom 25.03.2015 – I-5 U 100/14, 5 U 100/14 – \* Kinderarztthaftung: Haftung für Unterlassen; Erforderlichkeit der Einweisung eines Neugeborenen in ein Krankenhaus bei Gelbfärbung; Anforderungen an eine Sicherungsaufklärung**

##### **Orientierungssatz**

**1. Eine Haftung für Unterlassen setzt voraus, dass der Arzt eine Garantenstellung zum Schutz des Lebens und der Gesundheit des Patienten hat, die ein Handeln gebietet. Eine Garantenstellung hat**

ein Arzt nicht, wenn eine Notlage nicht besteht und weitere Möglichkeiten, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, gegeben sind.

**2. Eine Gelbfärbung eines Neugeborenen allein erfordert noch keine Krankenhauseinweisung, sondern es reicht eine zeitnahe Blutuntersuchung. Anders liegt der Fall, wenn weitere auf eine pathologische Neugeborenenengelbsucht hindeutende Symptome oder Risikofaktoren hinzukommen, wie ein schlechtes Trinken oder eine zunehmende Lethargie.**

**4. Bei einem Neugeborenen liegt eine kritische Gewichtsabnahme erst im Falle eines Verlustes des Geburtsgewichtes von mindestens 10 % vor.**

**5. Erklärt ein Kinderarzt der Mutter eines Neugeborenen gegenüber, dass ihr Kind jetzt ein Krankenhaus brauche, gibt er eine Krankenhauseinweisung mit und erklärt er den Weg in die Kinderklinik, so ist dies für eine dringliche und hinreichend deutliche Sicherungsaufklärung ausreichend.**

#### Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 07.05.2014 - 25 O 539/09 - wird zurückgewiesen.

Die Streithelferin der Klägerin trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das vorliegende Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Gründe

I.

Die Klägerin wurde am 24.10.2003 als erstes Kind ihrer Eltern in der 38. Schwangerschaftswoche im Krankenhaus I geboren. Mutter und Kind wurden am Folgetag aus dem Krankenhaus entlassen. Der Beklagte, ein niedergelassener Kinderarzt, führte am Abend des 28.10.2003 die Vorsorgeuntersuchung U 2 durch. Er stellte eine Gelbfärbung der Haut der Klägerin fest und bestellte sie für den nächsten Morgen in seine Praxis zur Blutuntersuchung ein. Am Morgen des 29.10.2003 erschien die Mutter der Klägerin mit der Klägerin in der Praxis des Beklagten. Der Beklagte nahm der Klägerin Blut ab. Ob er der Mutter der Klägerin den dringenden Rat erteilte, sofort ein Krankenhaus aufzusuchen, ist zwischen den Parteien streitig. Die Mutter der Klägerin fuhr mit der Klägerin nicht sofort ins Krankenhaus. Erst auf dringendes Anraten der versorgenden Hebamme, die am Vormittag des 29.10.2003 der Klägerin einen Hausbesuch abgestattet hatte, brachte die Mutter die Klägerin in das Kinderkrankenhaus B in L. Die Klägerin wurde um 13:45 Uhr stationär aufgenommen. Der Bilirubinwert betrug bei Aufnahme 33,6 mg/dl. Die Klägerin erhielt zunächst eine Fototherapie. Am Abend des 29.10.2003 wurde eine Blutaustauschtransfusion durchgeführt. Die Klägerin musste in den Folgetagen mehrere Tage maschinell beatmet werden. Sie wurde am 05.12.2003 u.a. mit den Diagnosen "Bilirubin-Enzephalopathie, Kernikterus, Enteritis durch Rotaviren, Rezidivierende Apnoeanfälle, Respiratorische Insuffizienz, Klavikulafaktur rechts" aus der stationären Behandlung entlassen.

Die Klägerin ist schwerbehindert. Sie leidet unter einer dyskinetischen, hypotonen Cerebralparese, einer spastischen Tetraparese, einer Sprachentwicklungsstörung und einer Schluckstörung. Sie konnte bislang nur lautieren und hat erst kürzlich die ersten Worte gesprochen. Die Klägerin ist in ihrer Bewegungsfähigkeit erheblich eingeschränkt. Sie kann lediglich mit einer Gehhilfe und nur in Geradeausrichtung gehen. Die Klägerin hat behauptet, ihre Mutter habe bereits am Montag, den 27.10.2003 in der Kinderarztpraxis des Beklagten angerufen und dort mitgeteilt, dass bei ihr die Milchbildung noch nicht eingesetzt habe. Ihr sei von einer Arzthelferin ein Rückruf des Beklagten zugesagt worden, der dann - insoweit unstreitig - nicht erfolgt sei. Ihre Mutter habe am Dienstagmorgen erneut in der Praxis angerufen und habe geschildert, dass es der Klägerin schlechter gegangen sei und sie die Nahrung verweigere. Als der Beklagte abends zur Vorsorgeuntersuchung zu ihr nach Hause gekommen sei, habe ihm die Mutter ihre Sorge darüber berichtet, dass die Milchbildung noch nicht eingesetzt habe und die Klägerin auch keine Flaschenmilch mehr getrunken habe. Am nächsten Morgen habe der Beklagte, nachdem er der Klägerin Blut abgenommen habe, sie wieder nach Hause geschickt mit der Maßgabe, es solle zunächst das Ergebnis der Blutuntersuchung abgewartet werden. Eine Krankenhauseinweisung sei der Mutter nicht mitgegeben worden. Die Klägerin hat dem Beklagten vorgeworfen, nicht rechtzeitig reagiert zu haben. Sie hat behauptet, sie sei infolge der Versäumnisse des Beklagten schwerstbehindert und werde sich absehbar nicht selbst versorgen können, sondern sei auf Hilfe rund um die Uhr angewiesen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass der Beklagte dazu verpflichtet ist, ihr den gesamten vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen materiellen und immateriellen durch die unterlassene und fehlerhafte Behandlung in der Zeit vom 27. bis zum 29.10.2003 entstandenen Schaden zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden,

2. den Beklagten zu verurteilen, an sie zu Händen ihrer gesetzlichen Vertreter Behandlungskosten, die nicht von den Sozialversicherungsträgern oder sonstigen Dritten erstattet worden sind, in Höhe von 4.196,52 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
3. den Beklagten zu verurteilen, an sie zu Händen ihrer gesetzlichen Vertreter Fahrtkosten in Höhe von 5.816,76 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
4. den Beklagten zu verurteilen, an sie zu Händen ihrer gesetzlichen Vertreter Kosten für Hilfsmittel und naturheilkundliche Behandlungen in Höhe von 31.389,19 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
5. den Beklagten zu verurteilen, an sie zu Händen ihrer gesetzlichen Vertreter Fahrtkosten in Höhe von 712,33 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
6. den Beklagten zu verurteilen, an sie zu Händen ihrer gesetzlichen Vertreter zum Ausgleich ihres behinderungsbedingten zusätzlichen Pflegebedarfs für den Zeitraum vom 06.12.2003 bis zum 24.11.2009 einen Betrag von 130.500 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
7. den Beklagten zu verurteilen, an sie zu Händen ihrer gesetzlichen Vertreter ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, das aber 250.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit und eine Rente von monatlich 700 EUR seit Rechtshängigkeit nicht unterschreiten sollte,
8. den Beklagten zu verurteilen, ihr außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.965,48 EUR zu erstatten.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat behauptet, er habe die Klägerin am Abend des 28.10.2003 sorgfältig und gründlich untersucht. Die Mutter der Klägerin habe ihm gegenüber geäußert, die Klägerin trinke und gedeihe gut. Als die Mutter der Klägerin am nächsten Morgen mit der Klägerin, die nun eine deutliche Gelbfärbung der Haut aufgewiesen habe, in seiner Praxis erschienen sei, und die Mutter berichtet habe, dass die Klägerin die Nacht über nicht geschlafen und die Nahrungsaufnahme verweigert habe, habe er der Mutter dringend angeraten, die Klägerin unverzüglich in das Krankenhaus zu bringen. Er habe ihr eine Krankenhauseinweisung mitgegeben.

Wegen der Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 476 ff d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat zunächst Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens von Prof. Dr. I2, medizinischer Direktor der Kinderklinik T (Gutachten vom 21.10.2010, Bl. 99 ff d.A.), welches der Sachverständige am 22.07.2011 schriftlich ergänzt (Bl. 166 ff d.A.) und in der mündlichen Verhandlung am 14.03.2012 mündlich erläutert hat (Bl. 202 Rs ff d.A.). Anschließend hat das Landgericht ein weiteres Gutachten von Dr. T2, niedergelassener Facharzt für Kinderheilkunde und Jugendmedizin, eingeholt (Gutachten vom 08.10.2012, Bl. 329 ff d.A.), welches Dr. T2 am 12.06.2013 schriftlich ergänzt (Bl. 385 ff d.A.) und in der mündlichen Verhandlung vom 19.03.2014 mündlich erläutert hat (Bl. 464 Rs ff d.A.). Darüber hinaus hat die Kammer die Zeugen X, C, R und I3 und die Mutter der Klägerin als Partei vernommen sowie den Beklagten angehört. Nach Durchführung der Beweisaufnahme hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es gehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon aus, dass die Mutter der Klägerin bereits am 27.10.2003 in der Praxis angerufen habe und unter Hinweis auf eine ausbleibende Milchbildung um einen Hausbesuch zur Durchführung der Vorsorgeuntersuchung U 2 gebeten habe. In der Praxis des Beklagten sei vielmehr erstmals am 28.10.2003 im Laufe des Tages ein Anruf der Mutter der Klägerin eingegangen. Bei Durchführung der Vorsorgeuntersuchung am Abend des 28.10.2003 sei dem Beklagten von der Mutter der Klägerin mitgeteilt worden, die Klägerin trinke und gedeihe gut. Am Morgen des 29.10.2003 habe er der Mutter nach Blutabnahme bei der Klägerin eine Krankenhauseinweisung mit der Diagnose "Nahrungsverweigerung" mit der Anweisung gegeben, mit der Klägerin unverzüglich in die Klinik zu fahren. Ausgehend von diesem Sachverhalt seien Behandlungsfehler des Beklagten nicht festzustellen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Begehren unter Wiederholung der erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Sie greift die Beweiswürdigung des Landgerichts an. Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe es zu Unrecht nicht als erwiesen erachtet, dass ihre Mutter am Morgen des 27.10.2003 in der Praxis angerufen habe und ihr ein Rückruf zur Vereinbarung eines Hausbesuches versprochen worden sei. Der Anruf habe laut Einzelverbindungs nachweis zwei Minuten und 53 Sekunden gedauert. Soweit das Landgericht es als nicht ausgeschlossen angesehen habe, dass die Verbindung

lediglich mit dem Anrufbeantworter zustande gekommen sei, hat sie behauptet, dass ein Anrufbeantworter nicht über eine Dauer von fast drei Minuten Nachrichten wiedergebe, sondern sich gewöhnlich nach einer oder nach spätestens zwei Minuten abschalte. Zu Unrecht habe das Landgericht es weiter nicht als erwiesen erachtet, dass ihre Mutter erneut am Dienstagmorgen um 8:45 Uhr und um 14:58 Uhr in der Praxis des Beklagten angerufen habe. Beide Anrufe hätten über eineinhalb bzw. über zwei Minuten gedauert. Die Kammer habe nicht gewürdigt, dass zumindest ein Anruf ihrer Mutter zur Vereinbarung eines Termins stattgefunden habe müsse. Denn nach Aussage der Hebamme, der Zeugin R, habe diese selbst nicht am Dienstag, den 28.10.2003 in der Praxis angerufen.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe im Anschluss an den Vorsorgetermin am Dienstagabend weitere Maßnahmen ergreifen müssen. Er habe mit der Blutabnahme nicht bis zum nächsten Morgen warten dürfen, sondern sie sofort ins Krankenhaus einweisen müssen. Soweit die Kammer angenommen habe, ihre Mutter habe gegenüber dem Beklagten geäußert, sie, die Klägerin, "trinke und gedeihe gut", habe sie die Aussage ihrer Mutter nicht gewürdigt, nach der sie mehrfach gegenüber den Praxismitarbeitern und dem Beklagten erklärt habe, dass ihr Kind die Nahrungsaufnahme verweigere. Es sei überdies vollkommen unplausibel, dass ihre Mutter dem Beklagten von einem guten Trinken berichten habe, wenn sie doch am Sonntag zuvor im Krankenhaus wegen Problemen mit der Milchbildung angerufen habe. Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, sie habe am Dienstag ausreichend Flüssigkeit zu sich genommen. Soweit ihre Mutter gegenüber der Hebamme R angegeben habe, sie, die Klägerin, habe 20 ml Tee getrunken, sei dies eine auch für ein Neugeborenes wesentlich zu geringe Flüssigkeitsaufnahme. Wenn sie, wie die Kammer angenommen habe, voll gestillt gewesen wäre, hätte es auch keinen Sinn ergeben, zusätzlich 20 ml Tee zu trinken zu geben. Gegen die Annahme, der Beklagte habe bei der Untersuchung am 28.10.2003 die erforderliche Sorgfalt angewendet, spreche auch, dass der Beklagte die während der Untersuchung zu erhebenden Daten betreffend Gewicht, Größe und Kopfumfang ohne eigene Messung aus dem Geburtsbericht oder aus dem Vorsorgeheft ohne eigene Überprüfung übernommen habe. Da der Beklagte das Gewicht nicht selbst gemessen habe und auch die obligate Frage nach dem Trinkverhalten seiner Dokumentation zufolge nicht der Mutter gestellt habe, treffe ihn die Beweislast für die Behauptung, die Mutter habe ihm "gutes Gedeihen" ihres Kindes versichert. Das Argument des Landgerichts, der Beklagte habe das Gewicht der Klägerin nicht kontrollieren müssen, weil die Hebamme noch kurz zuvor gewogen habe, überzeuge nicht, denn es bestehe kein Grund zu der Annahme, dass der Beklagte die Messergebnisse der Zeugin R überhaupt zur Kenntnis genommen habe. Die Klägerin behauptet, ein Gewichtsverlust von 7,7 % bis 7,8 % sei nicht mehr hinnehmbar gewesen. Fehlerhaft sei die Kammer nicht dem Sachverständigen Prof. Dr. I2 gefolgt, nach dessen Einschätzung der Bilirubinwert der Klägerin bereits am 28.10.2003 bei 15 mg/dl gelegen habe und der Beklagte dies unschwer hätte erkennen können. Die Auffassung des Sachverständigen habe auch die Zeugin R bestätigt, die bereits am Nachmittag des 28.10.2003 "Haut: gelb!" dokumentiert habe und die ihrer Mutter die Vorstellung beim Kinderarzt dringend empfohlen habe.

Schließlich wirft die Klägerin dem Beklagten vor, er habe auch am Morgen des 29.10.2003 den Ernst der Situation verkannt. Der Beklagte habe sie sofort in die Kinderklinik mit der Diagnose "Amnioninfektionssyndrom" oder "z.A. Amnioninfektionssyndrom" einweisen müssen. Die im Vergleich zur "Nahrungsverweigerung" gefährlichere Diagnose eines Amnioninfektionssyndroms habe schon allein deshalb auf dem Einweisungsschein genannt werden müssen, um den behandelnden Ärzten die Notwendigkeit schneller Maßnahmen zu verdeutlichen. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe ihrer Mutter nur prophylaktisch eine Krankenhauseinweisung mitgegeben, und ihr aufgegeben, das für den Nachmittag erwartete Ergebnis der Blutuntersuchung abzuwarten. Soweit die Kammer angenommen habe, der Beklagte habe ihre Mutter angewiesen, sofort ins Krankenhaus zu fahren, sei die Beweiswürdigung fehlerhaft. Es habe keinen Sinn ergeben, sie sofort ins Krankenhaus zu schicken, und gleichzeitig eine Blutanalyse in Auftrag zu geben, denn die Blutanalyse hätte im Krankenhaus viel schneller, nämlich binnen Minuten, durchgeführt werden können. Widersprüchlich sei auch der Vortrag des Beklagten, er habe einerseits keinen Rettungswagen gerufen, weil die Mutter im eigenen Auto schneller im Kinderkrankenhaus gewesen wäre, und andererseits sich noch die Zeit genommen, eine Blutabnahme durchzuführen und den Fahrer erst zwei bis drei Stunden später mit der Probe ins Labor zu schicken. Auch die Diagnose "Nahrungsverweigerung" spreche nicht für eine sofortige Einweisung, denn wegen einer solchen Diagnose schicke man niemanden sofort in die Kinderklinik, sondern gebe allenfalls prophylaktisch einen Einweisungsschein mit. Auch die durch die Zeugenaussage R bestätigte telefonische Mitteilung einer Arzthelferin des Beklagten am Mittag des 29.10.2003, die Laborwerte seien noch nicht da und ohne diese könne der Beklagte nichts sagen, spreche gegen eine sofortige Einweisung. Die Bemerkung der Arzthelferin wäre widersinnig gewesen, wenn der Beklagte sie, die Klägerin, bereits am frühen Morgen in die Klinik geschickt hätte. Denn dann hätte die Arzthelferin zumindest erstaunt darauf reagieren müssen, dass sie noch nicht im Krankenhaus gewesen sei. Die Klägerin behauptet, ihre Mutter habe sich stets penibel an alle Anweisungen und selbst nur an Empfehlungen des Beklagten gehalten. Es sei nicht nachvollziehbar, weswegen ihre Mutter gegen die Anweisung des Beklagten, sofort in die Kinderklinik zu fahren, habe verstoßen sollen. Der Umstand, dass der Beklagte nur "Nahrungsverweigerung" und nicht den tatsächlich vorliegenden Grund

für die Einweisung notiert habe, spreche für eine prophylaktische Einweisung für den Fall, dass bis zum Nachmittag positive Ergebnisse des Bluttestes vorgelegen hätten. Entgegen der Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 sei es übliche Routine, Einweisungen prophylaktisch mitzugeben, um sich bei Vorliegen weiterer Erkenntnisse miteinander abzustimmen. Schließlich habe der Beklagte in einem am 03.02.2009 mit dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin geführten Telefongespräch die prophylaktisch erteilte Einweisung selbst bestätigt. Einen entsprechenden Telefonvermerk ihres Prozessbevollmächtigten habe das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung nicht hinreichend gewürdigt. Der handschriftliche Vermerk sei während des Telefongesprächs angefertigt worden und die vollständigere Klarschrift sei nach einem sich unmittelbar nach dem Telefongespräch anschließenden Diktat auf der Grundlage frischer Erinnerung erstellt worden. Die Angaben des Beklagten zum Inhalt des Gesprächs überzeugten hingegen nicht. Entgegen der Erinnerung des Beklagten könne die Beratung des Beklagten mit Herrn Dr. I4 nicht vor dem Telefongespräch stattgefunden haben. Wäre er nämlich beraten gewesen, hätte er gegenüber dem klägerischen Prozessbevollmächtigten nicht auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Zudem sei die Angabe des Beklagten unzutreffend, nicht er habe ihren Prozessbevollmächtigten, sondern dieser habe ihn angerufen. Für einen Anruf durch ihren Prozessbevollmächtigten kurz nach Versendung des Schreibens und der dort gesetzten Frist zur Stellungnahme bis zum 11.02.2009 habe kein Anlass bestanden. Es sei vielmehr plausibel, dass der Beklagte sich nach Eingang des Schreibens bei ihrem Prozessbevollmächtigten telefonisch gemeldet habe. Die Klägerin ist der Auffassung, die Kammer habe aufgrund der sich widersprechenden Ergebnisse der Gutachten von Prof. Dr. I2 und Dr. T2 ein Obergutachten einholen müssen. Die zwischen den Sachverständigen umstrittene Frage der Möglichkeit einer Rückrechnung des Bilirubinwertes auf den 28.10.2003 und die Ursache der Hyperbilirubinämie und die Frage der Notwendigkeit einer Abklärung eines Amnioninfektionssyndroms hätte die Kammer weiter aufklären müssen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Er hält die mit der Berufungsbegründung erhobenen Einwände gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts für nicht durchgreifend. Dies gelte zunächst für die Annahme des Landgerichts, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei Anruf der Mutter der Klägerin am Morgen des 27.10.2003 nur der Anrufbeantworter angeschaltet gewesen sei. Die Bandansage habe eine sehr umfassende Auflistung aller in Frage kommenden Situationen wie die Öffnungszeiten, die Praxissprechstunden, umfangreiche Hinweise zu Freitags-, Nachts-, Wochenend- und Feiertagsregelungen, Hinweise auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Kinderklinik B unter Angabe von Adresse und Telefonnummer sowie für besondere Notfälle die Handynummer des Beklagten enthalten. Die Bandansage habe gut drei Minuten gedauert. Unabhängig davon könne die Klägerin aus dem Einzelverbindungs-nachweis und der dort dokumentierten Dauer des Gesprächs nichts Günstiges für sich herleiten. Die Verbindung werde erst dann unterbrochen, wenn der Anrufer auflege. Zu Recht habe das Landgericht auch die behaupteten Anrufe der Mutter der Klägerin am 28.10.2003 nicht als erwiesen angesehen, denn sämtliche Anrufe seien in Zeiten erfolgt, als der Anrufbeantworter eingestellt gewesen sei. Der Beklagte bestreitet, dass er schon am Abend des 28.10.2003 weitere Maßnahmen habe ergreifen müssen. Sowohl der Sachverständige Dr. T2, als auch der Sachverständige Prof. Dr. I2 als auch der vorgeichtlich tätig gewordene Sachverständige Prof. Dr. S hätten am 28.10.2003 begangene Behandlungsfehler verneint. Der Beklagte bestreitet weiter mit Nachdruck, die Mutter der Klägerin habe ihm oder seinen Praxismitarbeiterinnen am 27.10. oder am 28.10.2003 über eine Nahrungsverweigerung der Klägerin berichtet. Die Angaben der Mutter der Klägerin seien in hohem Maße widersprüchlich und durch die Dokumentationen der Hebamme R und der Kinderklinik B widerlegt. Er habe sich auch nicht deswegen sorgfaltswidrig verhalten, weil er die Klägerin nicht gewogen habe. Die Feststellung des Gewichts habe der Hebamme obliegen, über deren Besuch er unterrichtet gewesen sei. Er habe das Gewicht der Klägerin bei der Mutter erfragt, die ihm ein Gewicht von 2.950 g mitgeteilt habe. Dieses habe er dann in das Vorsorgeheft eingetragen. Er habe sich auf die Angaben der Mutter der Klägerin, dass die Klägerin gut trinke und gedeihe, verlassen dürfen. Der Beklagte weist den Vorwurf, er habe am Morgen des 29.10.2003 den Ernst der Situation nicht erkannt, von sich. Nachdem die Mutter der Klägerin berichtet habe, dass die Klägerin seit dem Vorabend nichts mehr getrunken habe, habe er folgerichtig die zu diesem Zeitpunkt gesicherte Diagnose einer Nahrungsverweigerung in die Krankenhauseinweisung aufnehmen lassen und die Klägerin sofort eingewiesen. Es sei zwar richtig, dass eine Blutabnahme nicht mehr notwendig gewesen sei, er habe sich aber an seine gegenüber der Mutter der Klägerin am Vorabend erteilte Zusage gebunden gefühlt. Im Übrigen habe anhand der vom Beklagten veranlassten Blutuntersuchung der Verlauf des Bilirubinanstiegs beurteilt werden können, so dass ein Informationsgewinn zu erzielen gewesen sei. Die Diagnose "Nahrungsverweigerung" stelle bei einem 6 Tage alten Neugeborenen eine sehr gefährliche Diagnose dar, die eine sofortige Einweisung indiziert habe. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist unbegründet.

Die Kammer hat Behandlungsfehler auf der Grundlage des von ihr festgestellten Sachverhaltes zutreffend verneint. Ohne Erfolg greift die Klägerin mit der Berufung die Beweiswürdigung des Landgerichts an. Es bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen, die einen erneuten Einstieg in die Beweisaufnahme erfordern.

#### 1. Keine Haftung des Beklagten für Behandlungsfehler am Montag, den 27.10.2003

Die Behauptung der Klägerin, es sei ihr von Mitarbeiterin der Praxis des Beklagten am 27.10.2003 ein Rückruf zugesagt worden, der dann aber - insoweit unstrittig - nicht erfolgt ist, begründet eine Haftung des Beklagten nicht. Es ist schon keine Anspruchsgrundlage ersichtlich. Selbst wenn man den Vortrag der Klägerin als wahr unterstellte, ihre Mutter habe in der Praxis des Beklagten angerufen und um einen Hausbesuch gebeten, scheidet eine vertragliche Haftung mangels eines am 27.10.2003 zwischen der Mutter der Klägerin und dem Beklagten zustande gekommenen Behandlungsvertrages aus. Ein Behandlungsvertrag kommt in der Regel dadurch konkludent zustande, dass sich der Patient in Behandlung begibt und der Arzt die Behandlung übernimmt. In dem Fall, dass der Patient geschäftsunfähig ist, kann ein Vertrag mit dem gesetzlichen Vertreter unter den gleichen Voraussetzungen zustande kommen. Unstrittig ist die Klägerin am 27.10.2003 nicht behandelt worden, so dass eine vertragliche Haftung für etwaige Versäumnisse an diesem Tag ausscheidet.

Der Beklagte haftet auch nicht aus Delikt. Da eine Behandlung nicht stattgefunden hat, kommt einzig eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323c StGB in Betracht. Eine Haftung für Unterlassen setzt voraus, dass der Arzt eine Garantenstellung zum Schutz des Lebens und der Gesundheit des Patienten hat, die ein Handeln gebietet (Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, 7. Auflage, A 57). Eine Garantenstellung hatte der Beklagte nicht. Dies gilt auch dann, wenn man unterstellte, die Mutter der Klägerin hätte am Morgen des 27.10.2003 in der Arztpraxis angerufen und um einen Hausbesuch zur Durchführung einer Vorsorgeuntersuchung U 2 gebeten. Die Klägerin oder ihre Mutter waren nicht in der Weise hilfsbedürftig, dass ein Rückruf und ein Hausbesuch vom Beklagten dringend zu fordern gewesen wären. Eine Notlage bestand nicht. Die Mutter der Klägerin hatte durchaus weitere Möglichkeiten, ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Sie hätte eine andere Kinderarztpraxis - in ihrer unmittelbarer Nähe befand sich eine Kinderarztpraxis - anrufen können.

Im Übrigen hat die Klägerin aber auch nicht bewiesen, dass ihre Mutter am 27.10.2003 in der Praxis des Beklagten angerufen und um einen Hausbesuch zur Durchführung der U 2 gebeten hat. Das Landgericht hat es in nicht zu beanstandender Weise als nicht erwiesen erachtet, dass an diesem Montagmorgen ein Gespräch zwischen der Mutter und einer Praxismitarbeiterin stattgefunden hat. Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit dieser erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen gebieten würden, liegen nicht vor. Die Mutter der Klägerin, die als gesetzliche Vertreterin der Klägerin entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Ansicht von der Kammer nicht als Zeugin, sondern zutreffend als Partei vernommen worden ist (vgl. Zöller-Greger, 29. Auflage, § 373 ZPO, Arz. 1, 4, 6), hat zwar ausgesagt, dass sie angerufen, mit einer Mitarbeiterin des Beklagten gesprochen und um einen Hausbesuch gebeten habe. An der Richtigkeit und Zuverlässigkeit der Erinnerung der Mutter der Klägerin an die gesamten Vorgänge vom 27.10.2003 bis zum 29.10.2003 bestehen jedoch erhebliche Zweifel. Diese sind insbesondere deswegen angebracht, weil die Angaben der Mutter der Klägerin zum Trinkverhalten der Klägerin mit dem Inhalt der vorliegenden Behandlungsunterlagen nicht in Einklang zu bringen sind. Die Aussage der Mutter, sie habe gegenüber dem Beklagten geäußert, dass die Klägerin nicht trinke, weil sie - die Mutter - keine Muttermilch gebildet habe und die Klägerin auch keine Flaschenmilch zu sich genommen habe, ist mit der Dokumentation der Zeugin R, der Aussage der Zeugin sowie mit den laut Behandlungsdokumentation der Kinderklinik B gemachten Angaben der Mutter nicht in Übereinstimmung zu bringen. Gegen die Richtigkeit der Angaben der Mutter der Klägerin, sie habe dem Beklagten gesagt, dass die Klägerin weder Muttermilch noch Flaschenmilch getrunken habe, spricht, dass die Klägerin nach der Dokumentation der Zeugin R und ihrer Zeugenaussage "voll gestillt" wurde, d.h. also keine zusätzliche Flaschenmilchnahrung bekam, was eine Zugabe von kleineren Mengen Tee nicht ausschließt, und dass in der Dokumentation der Zeugin die Brüste der Mutter als "laktierend", demnach als Milch absondernd beschrieben wurden. Zudem hat die Zeugin in ihrem Gedächtnisbericht für den 28.10.2003 vermerkt: "Das Kind trinkt an der Brust". Auch bei der Einweisung der Klägerin in der Kinderklinik B hat die Mutter angegeben, sie habe die Klägerin gestillt und sie habe (erst) seit dem Vortag (28.10.2003) nicht mehr getrunken. Nicht zuletzt sind Zweifel an dem Erinnerungsvermögen der Mutter der Klägerin begründet, weil sich die Mutter der Klägerin an die feststehende, am 29.10.2003 erfolgte Übergabe des Krankenhauseinweisungsscheins nicht mehr erinnern konnte.

Schließlich haben auch die Zeuginnen X und C einen Anruf der Mutter der Klägerin in der Praxis am Montag, den 27.10.2003 nicht bestätigen können. Die Zeugin X hat bekundet, in ihrer Praxis seien Bitten um Rückruf grundsätzlich immer zuverlässig aufgenommen und notiert worden. Da eine Eintragung im Tischkalender für den 27.10.2003 Tag nicht erfolgt sei, müsse davon ausgegangen werden, dass ein Anruf nicht eingegangen sei. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung beweist der von ihr im Prozess vorgelegte Einzelverbindungsanruf ein Telefongespräch mit dem von ihr behaupteten Inhalt nicht. Die Aufstellung über die vom Telefonanschluss ihrer Mutter getätigten Anrufe zeigt zwar, dass

eine telefonische Verbindung zwischen dem Anschluss der Mutter und dem Praxisanschluss zustande gekommen ist. Der Beweis, dass ein Telefongespräch stattgefunden hat, ist damit jedoch nicht erbracht. Zweifel an einem geführten Telefongespräch bestehen insbesondere deshalb, weil der Anruf am Montagmorgen gegen 8:13 Uhr und damit zu einer Zeit getätigt wurde, in der nach glaubhafter Aussage der Zeugin X nicht selten noch die automatische Bandansage vom Wochenende lief. Die Aussage ist glaubhaft. Auch nach eigener Erfahrung des Senates kommt es durchaus vor, dass Arztpraxen Montag morgens das Band auch nach Praxisöffnung noch eine gewisse Zeit laufen lassen. Insbesondere wenn es der Patientenzulauf nach dem Wochenende nicht zulässt, eingehende Anrufe entgegen zu nehmen, wird die automatische Bandansage häufig zunächst nicht ausgeschaltet. Es ist daher zumindest nicht auszuschließen, dass im Zeitpunkt des Anrufes die automatische Bandansage noch lief. Die Klägerin wendet zwar nicht ganz zu Unrecht ein, dass die durch den Einzelverbindungs nachgewiesene Verbindungsdauer von 2 Minuten und 53 Sekunden gegen die Annahme spreche, dass ihre Mutter lediglich das Band abgehört habe. In der Tat erscheint eine solche Dauer der automatischen Bandansage selbst dann ungewöhnlich, wenn man davon ausginge, auf dem Band wäre eine sehr umfassende Auflistung aller in Frage kommenden Informationen wie Öffnungszeiten, Praxissprechstunden, umfangreiche Hinweise zu Freitags-, Nachts-, Wochenend- und Feiertagsregelungen, Hinweise auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Kinderklinik B unter Angabe von Adresse und Telefonnummer sowie für besondere Notfälle die Handynummer des Beklagten enthalten gewesen. Ausgeschlossen ist eine derart lange Dauer des Ansages indes nicht. Den Beweis, dass das Band kürzer als 2 Minuten und 53 Sekunden lief, kann die Klägerin jedenfalls nicht erbringen und sie kann auch nicht den Zweifel ausräumen, dass sie nach Abfrage der Bandansage den Telefonhörer nicht richtig aufgelegt hatte. Warum die Mutter am selben Tag nicht ein zweites Mal in der Praxis angerufen hat, ob sie es vergessen hat oder ob sie möglicherweise doch angerufen hat und ihr ein Rückruf zugesagt wurde, ist heute nicht mehr zu klären. Auf die Frage kommt es aber, wie ausgeführt, mangels Anspruchsgrundlage nicht an. Darüber hinaus hätte sich eine unterstellte Pflichtverletzung auch nicht ausgewirkt. Denn weder am 27.10.2003 noch - wie aufzuzeigen sein wird - am 28.10.2003 war eine Krankenhauseinweisung geboten.

## 2. Keine Haftung für Behandlungsfehler am Dienstag, den 28.10.2003

a) Der Senat geht davon aus, dass die Mutter der Klägerin am 28.10.2003 in der Arztpraxis angerufen und um einen Hausbesuch gebeten hat. Unstreitig ist es zu einem Hausbesuch am Abend des 28.10.2003 gekommen, der zuvor telefonisch abgesprochen worden sein muss. Gegen die Behauptung des Beklagten, nicht die Mutter der Klägerin, sondern die Zeugin R habe diesen Termin mit der Praxis abgesprochen, spricht die Aussage der Zeugin R, die einen am 28.10.2003 getätigten Anruf in Abrede gestellt hat. Auch der von der Zeugin R zeitnah gefertigte Gedächtnisbericht vom 01.12.2003 deutet auf die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin hin, ihre Mutter habe am Dienstag in der Praxis angerufen und dort selbst einen Termin vereinbart, wenngleich nicht viel dafür spricht, dass sie - so ihrer Angaben in der mündlichen Verhandlung - einen Termin erst in der Mittagszeit vereinbart hat. Denn die Zeugin R hat in dem Gedächtnisbericht für den Tag des 28.10.2003 vermerkt, die Mutter habe gegen ca. 10:30 Uhr in ihrer Hebammenpraxis angerufen und berichtet, der Beklagte werde am Nachmittag zur U 2 zu ihr nach Hause kommen. Der Anruf in der Praxis muss daher am Morgen des 28.10.2003 stattgefunden haben. Nicht fest steht damit allerdings, dass die Mutter der Klägerin im Rahmen des Telefongesprächs mitgeteilt hat, die Tochter verweigere die Nahrung. An einen solchen Gesprächsinhalt konnte sich schon die Mutter der Klägerin im Rahmen ihrer Vernehmung nicht erinnern.

b) Behandlungsfehler des Beklagten im Zusammenhang mit der am Abend des 28.10.2003 durchgeführten Vorsorgeuntersuchung sind ebenfalls nicht feststellbar. Dem Beklagten ist nicht vorzuwerfen, er habe noch am Abend eine sofortige Blutuntersuchung veranlassen oder die Klägerin in das Kinderkrankenhaus einweisen müssen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 erfordert eine Gelbfärbung eines Neugeborenen, die physiologisch sein kann, allein noch keine Krankenhauseinweisung, sondern es reicht eine zeitnahe Blutuntersuchung. Anders liegt der Fall, wenn weitere auf eine pathologische Neugeborenenengelbsucht hindeutende Symptome oder Risikofaktoren hinzukommen, wie ein schlechtes Trinken oder eine zunehmende Lethargie. Nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme steht jedoch nicht fest, dass solche Symptome oder Risikofaktoren im Zeitpunkt des Hausbesuches vorlagen und für den Beklagten erkennbar waren.

Der Sachverständige Dr. T2 hat in einer auch den Senat überzeugenden Weise ausgeführt, dass sich für den Beklagten bei der Vorsorgeuntersuchung kein Hinweis auf ein schlechtes Trinkverhalten ergeben habe. Es habe ausweislich der Eintragungen im Vorsorgeheft kein Hinweis auf eine Austrocknung (Exsikkose) bestanden, die auf ein schlechtes Trinkverhalten hätte hindeuten können. Der Zustand der Klägerin sei vielmehr als rosig und stabil dokumentiert worden ("Vital u. rosig - Gesund mit gutem Kreislauf entspr. 38 Wo"). Der Arzt dürfe sich bei einem unauffälligen Befund, so der Sachverständige Dr. T2, grundsätzlich auf die Angaben der Mutter des Neugeborenen verlassen. Dies deckt sich mit der abschließenden Beurteilung von Prof. Dr. I2, dass bei Angabe eines guten Trinkverhaltens durch die Mutter und unauffälliger Untersuchung von Fontanelle, Hautturgor und Schleimhäuten keine Nachfrage des Arztes erforderlich sei. Dass die Mutter der Klägerin, wie diese behauptet, dem Beklagten am Abend des 28.10.2003 von

einem schlechten Trinkverhalten oder gar einer Nahrungsverweigerung der Klägerin berichtet hat, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht erwiesen. Das Landgericht hat die Mutter der Klägerin auch zu dieser Frage als Partei vernommen und den Beklagten angehört. Die Darstellung der Mutter der Klägerin stand im klaren Widerspruch zu den Ausführungen des Beklagten und ist in den maßgeblichen Teilen mit der zeitnah gefertigten Dokumentation nicht in Einklang zu bringen. Die Mutter der Klägerin hat ausgesagt, sie habe dem Beklagten gegenüber geäußert, dass die Klägerin nicht trinke, weil sie - die Mutter - keine Muttermilch gehabt habe und die Kleine auch keine Flaschenmilch zu sich genommen habe. Demgegenüber hat der Beklagte ausgeführt, die Mutter habe auf seine Frage nach dem Gedeihen und Trinken des Kindes mit "gut" geantwortet. Entsprechendes ist auch in der Patientenakte dokumentiert worden. Nach der Dokumentation der Hebamme, der Zeugin R, hatte die Mutter der Klägerin zwar noch einige Stunden zuvor ihre "Sorge wegen Trinken und gelb" geäußert, so dass nicht recht verständlich erscheint, warum die Mutter dann am Abend von einem guten Trinken und Gedeihen gesprochen haben soll. Gegen die Richtigkeit der Angaben der Mutter der Klägerin, sie habe dem Beklagten gesagt, dass die Klägerin weder Muttermilch noch Flaschenmilch getrunken habe, spricht jedoch, wie bereits ausgeführt, dass die Klägerin nach der Dokumentation der Zeugin R und ihrer Zeugenaussage "voll gestillt" wurde, d.h. also keine zusätzliche Flaschenmilchnahrung bekam, und dass in der Dokumentation die Brüste der Mutter als "laktierend", also als Milch absondernd beschrieben wurden. Auch im Gedächtnisbericht der Zeugin R ist für den 28.10.2003 vermerkt, die Klägerin habe an der Brust getrunken. Schließlich hat die Mutter der Klägerin auch bei der Aufnahme in der Kinderklinik B angegeben, sie habe die Klägerin gestillt und sie habe (erst) seit dem Vortag (28.10.2003) nicht mehr getrunken. Soweit die Klägerin mit der Berufung einwendet, es sei vollkommen unplausibel, dass ihre Mutter dem Beklagten von einem guten Trinken berichtet habe, wenn sie doch am Sonntag zuvor noch im Krankenhaus wegen Problemen mit der Milchbildung angerufen habe, überzeugt dies nicht. Die Mutter hatte ausweislich des Einzelverbindungsnotens am Sonntag, den 26.10.2003 gegen 14:42 Uhr im Krankenhaus angerufen. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin, die am 24.10.2003 um 23.26 Uhr zur Welt kam, gerade einmal 38 Stunden auf der Welt. Dass zu diesem Zeitpunkt bei der Mutter möglicherweise noch kein Milcheinschuss stattgefunden hatte, ist, wie Mitgliedern des Senates aus eigener Erfahrung bekannt ist, durchaus nicht ungewöhnlich und bedeutet jedenfalls nicht, dass auch am Dienstag noch keine Milch gebildet worden war. Es ist nicht zu verkennen, dass die Zeugin R in der Wochenbettdokumentation für den 28.10.2003 die Anmerkung "in Sorge wegen trinken + gelb" vermerkt hatte und dies nur schwerlich mit dem Eintrag des Beklagten in Einklang zu bringen ist, die Klägerin trinke und gedeihe nach den Angaben der Mutter gut. Dieser nicht aufzulösende Widerspruch muss jedoch letztlich zulasten der beweispflichtigen Klägerin gehen. Eine eigene Gewichtskontrolle durch den Beklagten war nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 nicht zu fordern. Das Mitsichführen einer Waage bei einem Hausbesuch eines Kinderarztes ist nach Aussage des Sachverständigen unüblich. Der Kinderarzt darf sich auf die Gewichtsbestimmung der Hebamme verlassen. Auf die nicht mehr zu klärende Frage, wie es dazu kommen konnte, dass der Beklagte im Vorsorgeheft das Geburtsgewicht von 2950 g und nicht das von der Hebamme erst einige Stunden zuvor ermittelte Gewicht von 2720 g eintrug, kommt es nicht an. Denkbar ist, dass der Beklagte die Daten aus den Eintragungen im Vorsorgeheft zur U 1 übernommen hat oder dass er die Mutter der Klägerin nach den Messergebnissen der Hebamme gefragt hat und die Mutter dann unzutreffender Weise das Geburtsgewicht genannt hat. Die Frage kann dahin stehen, denn jedenfalls steht nicht fest, dass im Falle einer zutreffenden Ermittlung oder Erfragung des Gewichts durch den Beklagten ein reaktionspflichtiger Befund zutage getreten wäre. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 liegt eine kritische Gewichtsabnahme erst im Falle eines Verlustes des Geburtsgewichtes von mindestens 10 % vor. Das von der Hebamme ermittelte Gewicht entsprach einer Gewichtsabnahme von 7,7 %. Selbst wenn die Klägerin danach gar nichts mehr getrunken hätte, müsste man, so der Sachverständige, von einem Gewicht am Abend des 28.10.2003 von 2680 g ausgehen, was einen Gewichtsverlust von 8,6 % bedeute. Die Ausführungen des Sachverständigen überzeugen den Senat. Die Schätzung des mutmaßlichen Gewichtes der Klägerin am Abend des 28.10.2003 wird gestützt durch den Aufnahmebefund im Kinderkrankenhaus am nächsten Tag. Bei Aufnahme der Klägerin am 29.10.2003 gegen Mittag wurde ein Gewicht von 2620 g ermittelt. Geht man davon aus, dass die Klägerin den Angaben ihrer Mutter zufolge in der Nacht auf den 29.10.2003 gar nichts mehr zu sich genommen hat, ist die Gewichtsangabe von 2680 g am Vorabend und ein damit unterstellter Gewichtsverlust über Nacht und Vormittag des 29.10.2003 von lediglich 60 g eher zu niedrig als zu hoch geschätzt. Ebenfalls nicht erwiesen ist, dass das Hautbild der Klägerin am Abend des 28.10.2003 bereits so auffallend ikterisch war, dass an eine ernsthafte Erkrankung im Sinne einer signifikanten, schweren Hyperbilirubinämie zu denken war, die eine sofortige Krankenhauseinweisung erfordert hätte. Laut Dokumentation des Beklagten war die Klägerin bei der Untersuchung rosig-leicht ikterisch. Soweit die Zeugin R in ihrer Dokumentation "Haut: gelb!" vermerkt hat, ist darin kein Widerspruch zu sehen. Auch nach der Dokumentation des Beklagten war die Klägerin - wenn auch nur leicht - ikterisch. Die Zeugin R hat die Situation bei ihrem Hausbesuch am 28.10.2003 ihren Bekundungen zufolge trotz des Vermerks "Haut: gelb!" gleichwohl als stabil eingeschätzt. Im Übrigen ist die qualitative Beschreibung eines Ikterus zur Abgrenzung, ob

eine Gelbsucht vorliegt, die bei Neugeborenen immer mal wieder vorkommt, oder ob ein verdächtiger Ikterus gegeben ist, nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 eine rein subjektive, aus der sich keine verlässlichen Schlüsse ziehen lassen. Objektivierbare Hinweise auf eine dramatische Erhöhung des Bilirubinwertes waren, so der Sachverständige Dr. T2, nicht vorhanden. Aus den am Folgetag bestimmten Bilirubinwerten von 32,1 mg/dl bzw. 33,8 mg/dl ist kein Rückschluss darauf möglich, welcher Wert am Abend des 28.10.2003 vorgelegen hat. Die insoweit teilweise entgegen stehenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. I2 hat der Sachverständige Dr. T2 kritisch gewürdigt und ist dabei nach eingehender Recherche und kollegialer Beratung mit Herrn Prof. Dr. H, Direktor der Kinderklinik Universitätsklinikum I5, zu dem überzeugenden Ergebnis gelangt, dass von einem kinetischem Verlauf des Bilirubinanstiegs mangels Kenntnis der Ursachen des plötzlichen Bilirubinanstieges in der Nacht nicht ausgegangen werden könne. Auch der Sachverständige Prof. Dr. I2 hat letztlich keine sichere Aussage dazu treffen können, welcher Wert am Abend des 28.10.2003 vorgelegen hat. Er hat eingeräumt, dass der von ihm mit 20 mg/dl angegebene Wert nur eine Schätzung sei, die auch mehr auf "Glauben" beruhe, als auf "Wissen". Kann man über den Bilirubinwert am Abend des 28.10.2003 nur spekulieren, ist noch weniger eine Aussage dazu möglich, ob ein spekulativer Wert in irgendeiner Weise zu optischen Auffälligkeiten geführt hätte, die der Beklagte hätte erkennen können und müssen. Der Sachverständige Dr. T2 hat hierzu abschließend und überzeugend ausgeführt, dass der Beklagte die Intensität der Entwicklung der Hyperbilirubinämie am Abend des 28.10.2003 nicht erkennen konnte, da das Ausmaß zu diesem Zeitpunkt noch völlig unklar war und auch keine besonderen Risikofaktoren wie eine Rhesus-unverträglichkeit oder ein zu geringes Geburtsgewicht vorhanden waren. Diese Einschätzung teilt auch der Sachverständige Prof. Dr. I2, der ausgeführt hat, die Intensität der Entwicklung der Hyperbilirubinämie und in der Folge die Gefahr einer Bilirubin-Enzephalopathie sei für den Beklagten am Abend des 28.10.2003 nicht zu erkennen gewesen.

Soweit der Sachverständige Prof. Dr. I2 die Auffassung vertreten hat, der Beklagte habe ausweislich der Eintragung in der Karteikarte "z.A. Amnioninfektionssyndrom" den Verdacht auf ein Amnioninfektionssyndrom gehabt, dem er durch stationäre Einweisung habe nachgehen müssen, hat der Sachverständige Dr. T2 dem überzeugend entgegen gehalten, die Abkürzung "z.A." ("zum Ausschluss") bedeute lediglich, dass der Untersucher an eine solche Erkrankung gedacht hat, sie aber bei der Untersuchung sicher habe ausschließen können. Dafür, dass es sich um eine bereits klinisch hinreichend sicher ausgeschlossene Diagnose gehandelt hat, spricht, dass auch Prof. Dr. I2 keine für ein Amnioninfektionssyndrom richtungsweisenden Symptome oder Hinweise angeführt hat. Schließlich hat ein Amnioninfektionssyndrom unstrittig nicht vorgelegen, so dass, selbst wenn der Beklagte Anhaltspunkte für den Verdacht auf ein Amnioninfektionssyndrom gehabt haben sollte, eine Haftung an dem fehlenden Zurechnungszusammenhang scheitern würde.

3. Keine Haftung für Behandlungsfehler am Mittwochmorgen, den 29.10.2003

Dass am Morgen des 29.10.2003 eine unverzügliche Einweisung in das Krankenhaus indiziert war, ist zwischen den Parteien unstrittig. Der Beklagte war daher gehalten, die Mutter der Klägerin darauf hinzuweisen, dass sie nunmehr unverzüglich ein Krankenhaus aufsuchen müsse. Den dem Patient obliegenden Beweis einer unterlassenen Sicherungsaufklärung hat die Klägerin nicht zu erbringen vermocht. Eine Beweiserleichterung unter dem Gesichtspunkt eines Dokumentationsmangels kommt der Klägerin nicht zugute. Dass der Beklagte der Mutter der Klägerin einen Krankenseinweisungsschein mit der Diagnose "Nahrungsverweigerung" mitgegeben hat, ergibt sich aus der Dokumentation des Beklagten ("M Einweisung KKA (TRi&#8595;") und im Übrigen aus den Behandlungsunterlagen der Kinderklinik und ist von der Klägerin im Lauf des Prozesses auch nicht weiter bestritten worden.

Soweit die Klägerin behauptet, der Einweisungsschein sei ihrer Mutter lediglich "prophylaktisch" mitgegeben worden mit der Maßgabe, die Ergebnisse der am Morgen veranlassten Blutuntersuchung abzuwarten, hat sie ihren Vortrag nicht bewiesen. Die Aussage ihrer Mutter hierzu ist unergiebig, denn sie konnte sich im Rahmen ihrer Vernehmung schon nicht daran erinnern, überhaupt eine Krankenseinweisung erhalten zu haben. Gegen die gleichwohl aufgestellte Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe die Einweisung nur "prophylaktisch" ausgestellt und sie nicht auf die Dringlichkeit des Krankenhausbesuchs hingewiesen, sprechen die Angaben des in erster Instanz angehörten Beklagten. Er hat durchaus glaubhaft ausgeführt, er habe der Mutter der Klägerin gegenüber die Dringlichkeit der Fahrt in die Kinderklinik dargestellt. Er habe ihr eine Krankenseinweisung mitgegeben und ihr gesagt, dass "das Kind jetzt ein Krankenhaus braucht" und ihr den Weg in das Kinderkrankenhaus erklärt. Der Beklagte war sich auch sicher, dass die Mutter seinen ärztlichen Rat auch verstanden habe, und ging seinen Angaben zufolge davon aus, dass die Mutter unverzüglich ins Krankenhaus fahren würde. Die Zeugin C hat die Darstellung des Beklagten im Wesentlichen bestätigt. Sie hat bekundet, sie habe den Einweisungsschein vorbereitet, der dann vom Beklagten unterschrieben worden sei. In diesem Zusammenhang habe sie mitbekommen, dass die Mutter die Einweisung mit dem Hinweis erhalten habe, sie solle unverzüglich ins Krankenhaus fahren. Soweit die Zeugin abweichend vom Vortrag des Beklagten bekundet hat, die Notwendigkeit einer Einweisung sei erst nach der Blutabnahme zur Sprache gekommen, nachdem die Mutter berichtet habe, dass die Klägerin schlecht trinken würde, während der Beklagten ausgesagt hat, er habe zuerst für eine

Krankenhauseinweisung aufgrund der Nahrungsverweigerung entschieden und danach sei der Klägerin noch Blut abgenommen worden, ist dieser Widerspruch auch nach Auffassung des Senates nicht derart gravierend, dass den Angaben des Beklagten und der Zeugin kein Glaube geschenkt werden könnte. Keine entscheidende Bedeutung misst der Senat dem Umstand bei, dass der Beklagte noch eine Blutabnahme durchgeführt hat, obwohl er davon ausgehen konnte, dass eine solche Untersuchung im Krankenhaus standardmäßig durchgeführt werden würde. Die Erklärung des Beklagten, er habe sich an seine Zusage vom Vorabend gebunden gefühlt, die Ursache der Gelbfärbung der Haut durch eine Blutuntersuchung zu klären, ist nicht völlig unplausibel. Die Untersuchung war, neben der Ausstellung der Einweisung, das Einzige, was der Beklagte für die Klägerin in dieser Situation noch tun konnte. Darüber hinaus konnten durch eine Blutabnahme möglicherweise Erkenntnisse hinsichtlich des Verlaufes des Bilirubinwertanstieges erwartet werden. Das von der Zeugin R dokumentierte Gespräch mit einer Praxismitarbeiterin des Beklagten, wonach die Laborwerte noch nicht da seien und der Beklagte ohne diese nichts sagen könne, belegt ebenfalls nicht, dass der Beklagte tatsächlich eine Einweisung von dem Ergebnissen der Laboruntersuchungen abhängig gemacht hatte. Denn die Mitarbeiterin musste nicht den Inhalt des am Morgen zwischen der Mutter der Klägerin und dem Beklagten geführten Gespräches kennen.

Es kann nicht angenommen werden, dass die Sicherungsaufklärung der Mutter nicht hinreichend deutlich war. Der Beklagte hat nach seinen nicht widerlegten Bekundungen zufolge der Mutter gegenüber erklärt, dass ihr Kind jetzt ein Krankenhaus brauche. Er hat ihr eine Krankenhauseinweisung mitgegeben und den Weg in die Kinderklinik erklärt. Dies war für eine dringliche und hinreichend deutliche Sicherungsaufklärung ausreichend. Warum sich die Mutter an den dringlichen Rat des Beklagten nicht gehalten hat und nicht sofort ins Krankenhaus gefahren ist, ist ein Umstand, der nicht mehr aufzuklären ist. Denkbar ist, dass die Mutter derart durch die kritische Situation ihrer erstgeborenen Tochter aufgewühlt und überfordert war, dass bei ihr der dringliche Hinweis des Beklagten "nicht angekommen" ist. Dies muss für den Beklagten jedoch nicht erkennbar geworden sein. Für die Annahme, dass die Mutter der Klägerin den dringenden Rat des Beklagten offenbar nicht aufgenommen hatte, spricht auch, dass sie wenige Stunden später der Hebamme nicht von der Krankenhauseinweisung durch den Beklagten berichtet hat. Auf ihren dringenden Rat, nun schnell das Krankenhaus aufzusuchen, hat die Mutter der Klägerin ausweislich der Eintragungen der Zeugin R in der Wochenbettdokumentation erklärt, sie wolle "auf Dr. X warten", d.h. sie wollte offensichtlich die Ergebnisse der Blutuntersuchung abwarten. Dies kann indessen, wie bereits ausgeführt, darauf beruhen, dass die Mutter der Klägerin die hinreichend deutliche Warnung des Beklagten in der Situation nicht richtig aufgenommen hat und belegt eine unterlassene Sicherungsaufklärung nicht. Zu Recht hat das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass gegen die Annahme einer lediglich vorsorglich erteilten Krankenhauseinweisung die darauf vermerkte Diagnose "Nahrungsverweigerung" spricht. Wenn eine Absprache bestanden hätte, auf die Ergebnisse der Blutuntersuchung zu warten, wäre die Diagnose "Hyperbilirubinämie" vermerkt worden, nicht aber die Diagnose "Nahrungsverweigerung". Es deutet auch sonst nichts darauf hin, dass der Beklagte auf die Angabe der Mutter der Klägerin, ihre Tochter habe die Nacht über nicht getrunken, nicht gehandelt haben sollte. Die Klägerin war ein drei Wochen zu früh geborener, wenige Tage alter Säugling mit einem geringen, wenn auch nicht dramatisch niedrigen Gewicht. Dass die Klägerin seit der letzten Nacht nicht mehr getrunken hatte, war schon für sich genommen, jedenfalls aber im Zusammenhang mit der sich aufgrund der starken Gelbfärbung der Haut abzeichnenden Hyperbilirubinämie Anlass zu großer Sorge und zu sofortigem Handeln. Es ist nur schwer vorstellbar, dass der Beklagte, ein Kinderarzt mit langjähriger Berufserfahrung, bei dieser Sachlage in der von der Klägerin behaupteten Weise gehandelt haben soll. Außerdem wäre im Fall eines abwartenden Vorgehens am Morgen des 29.10.2003 eine klinische Untersuchung der Klägerin zu erwarten gewesen, die aber nicht dokumentiert ist und die die Mutter der Klägerin auch nicht geschildert hat.

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht der Aussage des Prozessbevollmächtigten der Klägerin, der Beklagte habe in einem mit ihm am 03.02.2009 geführten Telefongespräch erklärt, er habe die Krankenhauseinweisung nur vorsorglich mitgegeben, keinen stärkeren Glaube geschenkt hat als der gegenteiligen Darstellung des Beklagten. Die Aufzeichnung im handschriftlichen Telefonvermerk des klägerischen Prozessbevollmächtigten "29.10. 7.30 Untersuchung, Einweisung mitgegeben, am Nachmittag angerufen und in die Klinik geschickt" entspricht schon nicht dem Vorbringen der Klägerin im Prozess, denn es wurde zu keiner Zeit behauptet, der Beklagte habe die Mutter der Klägerin angerufen und sie gebeten, jetzt in die Kinderklinik zu fahren. Der Beklagte hat der Aussage des Zeugen I3 zu dem Inhalt des am 03.02.2009 geführten Telefongespräches deutlich widersprochen. Er hat erklärt, er habe während des Telefonates nichts Derartiges gesagt. Er sei vom Zeugen I3 angerufen und zu den damaligen Geschehnissen befragt worden und habe gegenüber dem Zeugen I3, nachdem er am Tag zuvor mit Herrn Dr. I4 gesprochen habe und dieser ihm angeraten habe, keine Äußerung zu machen, sondern die Sache an den Haftpflichtversicherer zu geben, nichts gesagt und auch nichts versprochen. Die Argumentation der Klägerin, eine solche Beratung könne nicht vor dem Telefongespräch stattgefunden haben, da der Beklagte schließlich während des Telefongespräches auf die Einrede der Verjährung verzichtet habe,

überzeugt nicht, denn der Beklagte hat einen solchen Verzicht in Abrede gestellt. Der Einwand, der Beklagte habe sich auf Nachfrage der Kammer an ein Datum, an dem die Beratung mit dem Hartmannbund stattgefunden habe, nicht mehr erinnern könne, was im Protokoll keine Erwähnung gefunden habe, steht im Widerspruch zum Inhalt des Sitzungsprotokolls der Kammer vom 19.03.2014. Der Kammervorsitzende hat protokolliert, der Beklagte habe gesagt, er habe am Montag, dem 02.02. mit Herrn Dr. I4 gesprochen und der Beklagte habe hierzu handschriftliche Notizen vorgelegt. Eine Vernehmung des Zeugen I3 zu dieser Frage ist aufgrund der Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (§ 165 ZPO) nicht erforderlich. Ebenfalls nicht durchschlagend ist der Einwand, es könne aufgrund des gesamten Ablaufes gar nicht sein, dass der Zeuge I3 den Beklagten angerufen habe, vielmehr müsse es anders herum gewesen sein. Es mag zwar zutreffen und auch plausibel sein, dass der Beklagte angerufen hat, weil er auf das Aufforderungsschreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin reagieren wollte und dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hingegen keinen Grund hatte, den Beklagten anzurufen, nachdem er erst wenige Tage zuvor ein Aufforderungsschreiben an ihn übersandt hatte, auf das noch keine Reaktion zu erwarten war. Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Beklagte angerufen hat, um dem Prozessbevollmächtigten mitzuteilen, dass er sich in der Sache nicht äußern, sondern diese an seinen Versicherer weitergeben werde, so wie er es auch mit Herrn Dr. I4 besprochen hatte.

Eine Wiederholung der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme durch den Senat war nicht angezeigt. Die Beweisaufnahme durch das Landgericht ist erschöpfend. Es hat Sachverständigenbeweis erhoben, die Parteien angehört und Zeugen vernommen und die Aussagen ausführlich protokolliert. Konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachengrundlage bestehen nicht.

Soweit die Klägerin mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 13.02.2015 argumentiert, es könne nicht in allen streitigen Punkten ihrer Darstellung des Sachverhaltes Zweifel entgegen gebracht werden, übersieht sie, dass sie den vollen Beweis eines behandlungsfehlerhaften Vorgehens des Beklagten schuldet. Ein Zweifeln Schweigen gebietender Grad an Wahrscheinlichkeit, dass sich das Geschehen in den Tagen vom 27.10. bis zum 29.10.2003 - auch in Teilaspekten - so abgespielt hat, wie es die Klägerin dargestellt hat, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aber, wie ausgeführt, nicht gegeben.

4. Da ein Behandlungsfehler des Beklagten nicht feststeht, kommt es nicht darauf an, ob der eingetretene Gesundheitsschaden und die darauf beruhenden materiellen Schäden auf den Behandlungsfehler zurückzuführen sind. Offen bleiben kann daher die nach den Ausführungen von Prof Dr. I2 ohnehin nicht sicher zu beantwortende Frage, ob eine stationäre Aufnahme am Abend des 28.10.2003 oder am Morgen des 29.10.2003 die fatale Entwicklung der Bilirubin-Enzephalopathie mit ihren schwerwiegenden Folgen hätte aufhalten können.

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 97, 101, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

#### **43. OLG Frankfurt, Urteil vom 24.03.2015 – 8 U 179/13 – \* Arzthaftung: Ärztliche Methodenwahl bei der Behandlung eines Hüftgelenkschadens**

##### **Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 18.7.2013 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden (2 O 384/11) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das angefochtene Urteil und das Berufungsurteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 59.199,20 EUR festgesetzt.

##### **Gründe**

I.

Die 195... geborene Klägerin hat in erster Instanz materielle und immaterielle Schadensersatzansprüche sowie einen Feststellungsanspruch gegen die Beklagte geltend gemacht, die Trägerin des A-Krankenhauses in O1 ist. Sie hat dabei den Vorwurf behandlungsfehlerhaften Verhaltens der Ärzte der Beklagten im Zusammenhang mit einer Hüftgelenksbehandlung erhoben, bei der die Klägerin am ....2009 ein erstes Mal und, nachdem sich daraufhin kein befriedigendes Ergebnis eingestellt hatte, am ....2009 (im selben Monat) ein zweites Mal operiert wurde.

Schon vor der streitgegenständlichen Behandlung hatte sich die Klägerin Eingriffen am linken Hüftgelenk unterzogen. Sie war im Bereich der linken Hüfte erstmals im Jahre 1985 operiert und im ... 1995 mit einer Totalendoprothese links versorgt worden. Im Jahr 2007 war es ferner zu einem Hüftpfannenwechsel rechts gekommen.

Am ....2009 (im Vormonat) stellte sich die Klägerin in der orthopädischen Ambulanz des Krankenhauses der Beklagten mit Hüftbeschwerden links vor. Dort wurde eine „Pfannenbodenfraktur links bei Zustand Hüft-TEP-Wechsel 1995“ und ein „Zustand nach aseptischem Pfannenwechsel rechts im ... 2007 in domo“ diagnostiziert.

Am ....2009 führten Ärzte der Beklagten bei der Klägerin den ersten streitbefangenen Eingriff durch und zwar unter Verwendung einer Burch-Schneider-Schale zur Rekonstruktion der gebrochenen Hüftpfanne. Wegen der hierbei zu bewältigenden Schwierigkeiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (hier S. 3 oben/ Bl. 381 d.A.) verwiesen; das Gleiche gilt für die anschließende Entwicklung bis zur zweiten streitgegenständlichen Operation am ....2009 (im selben Monat) (S. 3 unten bis 4 oben des angefochtenen Urteils/ Bl. 381, 381 Rs. d.A.).

Am ....2009 (im selben Monat) wurde die Klägerin erneut im Krankenhaus der Beklagten an der linken Hüfte operiert. Es wurden ein Pfannenwechsel und ein Kopfwechsel „auf ESKA CL-Cranialsockelpfanne mit anatomischer Lasche mit Abstützstiel bei zusätzlicher Verankerung mehrerer Schrauben im linken Becken durchgeführt“ und ein zugearbeitetes Knochenfragment eingesetzt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands und der in der ersten Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen (Bl. 380 ff d.A.). Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen B vom 25.12.2012 (Bl. 235 ff d.A.) und dessen mündlicher Erläuterung in der Verhandlung vom 16.5.2013 (Verhandlungsniederschrift des Landgerichts Bl. 327 ff) abgewiesen. Ein Behandlungsfehler sei nicht festzustellen. Eine Klageänderung und -erweiterung im Schriftsatz der Klägervertreterin vom 25.6.2013 sei unzulässig und eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht geboten. Auch insoweit wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (Bl. 383 ff d.A.), soweit nicht im Nachfolgenden darauf näher einzugehen sein wird.

Die Berufung rügt im Wesentlichen eine unzureichende Feststellung der medizinischen Sachverhalte zu behaupteten Behandlungsfehlern und hält dazu näheren Vortrag. Insbesondere habe sich das Landgericht kritiklos den Ausführungen des Sachverständigen B angeschlossen und es an einer Auseinandersetzung mit den Standpunkten des Privatgutachters C fehlen lassen, wonach (u.a.) bei der ersten Operation sogleich diejenige Methode hätte Anwendung finden müssen, die dann bei der zweiten Operation gewählt wurde. Die Berufung legt insoweit eine weitere gutachterliche Stellungnahme des Privatgutachters C vom 24.3.2014 vor, die dieser gegenüber dem MDK BL1 abgegeben hat. Sie beruft sich ferner erstmals auf eine Stellungnahme des Arztes D vom 24.9.2013. Prozessual fehlerhaft sei die Behandlung des Schriftsatzes vom 25.6.2013 gewesen, dem eine gutachterliche Stellungnahme des Privatgutachters C vom 12.6.2013 beilag.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiter, verlangt jedoch nunmehr die Zahlung von 22.789,20 EUR materiellen Schadensersatz.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 22.789,20 EUR zu zahlen nebst jeweils 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB aus 17.623,20 EUR seit dortiger Rechtshängigkeit sowie aus 15.338,40 EUR seit dortiger Rechtshängigkeit sowie aus 6.888 EUR seit dortiger Rechtshängigkeit;

2. die Beklagte zu verurteilen, ein in das Ermessen des Gerichts zustellendes Schmerzensgeld an die Klägerin zu zahlen nebst 5 % Zinsen

hieraus über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit dem 8.9.2011;

3. die Beklagte zu verurteilen, eine Geldrente an die Klägerin zu zahlen á monatlich 105 EUR;

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle weiteren materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus den operativen Eingriffen am ....2009 und am ....2009 (im selben Monat) noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen sind;

5. die Beklagte zu verurteilen, die vorgerichtlichen Verfahrenskosten in Höhe von 1.761,08 EUR nebst 5 % Zinsen hieraus über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen.

hilfsweise,

den Rechtsstreit an das Landgericht Wiesbaden zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Standpunkte. Sie erhebt Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung, weil die Berufungsbegründungsschrift einen systematischen Aufbau nicht erkennen lasse. Die prozessuale Behandlung des klägerischen Schriftsatzes vom 25.6.2013 sei nicht zu beanstanden und die Vorlage der Stellungnahme des D verspätet.

Der Senat hatte zunächst beabsichtigt, die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, davon aber abgesehen, nachdem die Klägerin im Rahmen ihrer Stellungnahme zu dem beabsichtigten Vorgehen eine Stellungnahme des Privatgutachters C vom 11.5.2014 vorgelegt hatte. Der Senat hat den Sachverständigen B in der mündlichen Verhandlung am 16.12.2014 zur Erläuterung seiner bisherigen Ausführungen mündlich angehört. Gegenstand der Anhörung waren auch prä- und postoperative Röntgenbilder, wobei dem Sachverständigen B anders als dem Privatgutachter C die präoperativen Röntgenbilder in zwei Ebenen vom ...2009 (vier Tage vor dem Ersteingriff) erstmals vorlagen, nachdem der Senat zwischenzeitlich deren Vorlage durch die Parteien betrieben hatte. Auf die Verhandlungsniederschrift (Bl. 639 ff d.A.) wird verwiesen.

Nachdem die Klägervertreterin um eine Verlängerung der zunächst antragsgemäß bis 20.1.2015 gesetzten Frist zur Stellungnahme zum Ergebnis der Gutachtenerläuterung bis 2.3.2015 gebeten hat, weil der Privatgutachter C für eine weitere Stellungnahme bis zum Ablauf des Monats 02.2015 brauchen werde, und der Senat dem nachgekommen ist, musste der auf den 24.2.2015 anberaumte Termin zur Verkündung einer Entscheidung verlegt werden auf den 24.3.2015. Mit ihrer Stellungnahme vom 2.3.2015 legt die Klägervertreterin eine weitere Stellungnahme des Privatgutachters C vom 11.2.2015 vor.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Die Berufung ist zulässig. Bei der Sache nach eindeutigen Berufungsanträgen lässt die Berufungsbegründung hinreichend erkennbar werden, dass die Berufung sich im Wesentlichen auf eine unzureichende Tatsachenfeststellung stützt, was einen zulässigen Berufungsgrund darstellt (§ 513 Abs. 1 2. Alt. ZPO). Denn sie bringt insbesondere vor, Äußerungen des Privatgutachters C seien erstinstanzlich nicht hinreichend berücksichtigt worden, bzw. es ergebe sich aus berücksichtigungswerten weiteren Äußerungen etwa des Privatgutachters C oder des D konkreter Anlass, die Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen zu bezweifeln.

Die Berufung ist aber unbegründet. Ein Behandlungsfehler, der die Beklagte aus vertraglicher (§§ 630a Abs. 2, 280 Abs. 1, 278, 249, 253 Abs. 2 BGB) oder deliktischer Sicht (§§ 823, 831, 842 f, 249, 253 Abs. 2 BGB) zur Leistung materiellen oder immateriellen Schadensersatzes verpflichten würde, ist weder für den Ersteingriff (...2009) noch für den Zweiteingriff (...2009) festzustellen. Das geht zu Lasten der Klägerin.

Soweit das Landgericht das Vorbringen in dem Schriftsatz vom 25.6.2013 als Klageänderung (offenbar im Sinne einer nachträglichen objektiven Klagehäufung) bewertet hat, ist diese Auffassung nicht zu teilen. Die Klägerin hat ihren Anträgen als Lebenssachverhalt ausweislich der Klagebegründung den gesamten Behandlungsverlauf und ausweislich ihres Feststellungsantrags ausdrücklich beide Operationen unterlegt. Als Klageänderung ist es u.a. nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes der Klageantrag in der Hauptsache erweitert wird (§ 264 Nr. 2 ZPO).

Davon zu untersuchen ist allerdings, dass die Kammer dem erstmals im Schriftsatz vom 25.6.2013 erhobenen Zweifel, „ob die mit dem streitbefangenen gegnerischen Zweiteingriff gewährte Versorgung die medizinisch richtige war“, im Ergebnis dennoch zu Recht nicht nachgegangen ist. Auch unter Berücksichtigung der ärztlichen Stellungnahme des D vom 24.9.2013 (Bl. 457 d.A.) bestand daraufhin nämlich weder sachlicher Anlass zur Wiedereröffnung der Verhandlung in erster Instanz noch besteht Veranlassung, im Berufungsverfahren neue oder weitere Feststellungen zur behaupteten Behandlungsfehlerhaftigkeit des zweiten Eingriffs zu treffen.

Selbst die ärztliche Stellungnahme des D beschreibt nämlich, dass die Behandlung am ...2009 (Zweiteingriff) adäquat „angegangen“ worden sei, allerdings nicht zum gewünschten Erfolg geführt habe. Von einem Behandlungsfehler ist nicht die Rede. Die unklare Bemerkung des D, dem Eingriff vom ...2009 (im selben Monat) fehle aus radiologischer Beurteilung heraus die Konsequenz des vorausgegangenen Eingriffs vom ...2009 im Hinblick auf die Frakturversorgung, erfordert keine weitere Sachaufklärung. Denn mit der Behandlung am ...2009 (im selben Monat) haben sich sowohl der gerichtlich bestellte Sachverständige B als auch der Privatgutachter C mehrfach eingehend befasst. Sie stimmen in der Beurteilung des operativen Vorgehens am ...2009 (im selben Monat) als nicht zu beanstanden überein. Der Privatgutachter C vertritt sogar die Auffassung, es hätte sogleich (also schon am ...2009) so vorgegangen werden sollen, wie am ...2009 (im selben Monat) vorgegangen wurde. Auch der im Arzthaftungsrecht geltende sog. eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz zwingt nicht dazu, einen bereits sachverständig geklärten medizinischen Sachverhalt auf unklare Bemerkungen eines Privatgutachters hin abermals zu untersuchen.

Zu dem Eingriff vom ...2009 hat das Landgericht die Freiheit der Methodenwahl und ihre rechtlichen Grenzen auf S. 8 f des angefochtenen Urteils herausgearbeitet und hierzu festgestellt, dass die angewendete Methode weder kontra- noch nichtindiziert war, und dass demgegenüber die von der Berufung favorisierte Methode (Einsatz einer Cranialsockelpfanne mit Ileumstiel/Darmbeinzapfen) am ...2009 weder zwingend noch gleichermaßen indiziert war. Denn dies hätte sich als der invasivere Eingriff dargestellt, der darüber hinaus (im Unterschied zur Verwendung einer Burch-Schneider-Schale) mit dem gravierenden Risiko verbunden war, dass bei Eintritt von Komplikationen (Herausbrechen des Schafts aus dem

Darmbein) überhaupt keine prothetische Versorgung der Klägerin mehr hätte stattfinden können. Dies hat der Senat seiner Entscheidung zu Grunde zu legen (§ 529 Nr. 1 ZPO), weil keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich sind, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellungen begründen und eine erneute Feststellung gebieten.

Maßgebliche Widersprüche zwischen den Ausführungen des Privatgutachters C (Gutachten vom 8.10.2012, B. 88 d.A., Ergänzung vom 18.2.2013, Bl. 302 ff d.A., weitere Ergänzung vom 12.6.2013, Bl. 361 ff d.A. - soweit die Berufungsbegründung auf S. 7 eine Äußerung des C vom 18.10.2013 zitiert, handelt es sich um ein Schreibversehen im Datum) und den Ausführungen des Sachverständigen B liegen insoweit nicht vor. Der Sachverständige B wurde in der mündlichen Verhandlung des Landgerichts auch zu den bis dahin vorliegenden schriftlichen Äußerungen des Privatgutachters C gehört, hat das Vorgehen der Ärzte der Beklagten kritisch hinterfragt und dennoch nicht als behandlungsfehlerhaft bezeichnet. Das leuchtet zur Frage der Methodenwahl auch deswegen unmittelbar ein, weil der Versuch, eine stabile Lösung mittels Burch-Schneider-Schale herzustellen, im Grundsatz selbst von dem Privatgutachter C nicht als fehlerhaft dargestellt, sondern in erster Linie bemängelt wird, dass dieses nicht gelungen sei (S. 8 des Privatgutachtens vom 8.10.2010/ Bl. 95 d.A.). Der Privatgutachter C hat in der weiteren Stellungnahme vom 12.6.2013 sogar formuliert, er würde dem Vorgehen der Ärzte der Beklagten zustimmen, wenn „die Diktion“ gelautet hätte, man habe bei der ersten Operation eine Variante gewählt, die von der Hoffnung getragen wurde, dass das Verfahren ausreichend stabil sei. Rechtlich könnte das Misslingen eines solchen Versuchs nicht ohne weiteres mit einem Behandlungsfehler gleichgestellt werden, denn ein Arzt schuldet sorgfältige Behandlung, nicht aber einen Behandlungserfolg.

Soweit die Berufungsbegründung anführt, der Privatgutachter C habe das Vorgehen der Ärzte der Beklagten für eindeutig fehlerhaft gehalten (vgl. S. 6 der Berufungsbegründung/ Bl. 492 d.A.), lässt sich das anhand der hierfür benannten Zitate nicht nachvollziehen. Es trifft entgegen der Berufungsbegründung (S. 6 vorletzter Absatz/ Bl. 492 d.A.) nicht zu, dass der Privatgutachter C auf Seite 2 seiner Stellungnahme vom 18.2.2013 darauf hingewiesen hat, 'in dieser instabilen Situation bei Fehllage der Pfanne und der erhöhten Luxationsneigung des Gelenks durfte die Hüfte keinesfalls belassen werden'. Vielmehr lässt sich eine solche Äußerung seiner Stellungnahme vom 18.2.2013 nicht entnehmen.

Es trifft entgegen der Berufungsbegründung (S. 6 unten) nicht zu, dass der Privatgutachter C der Beklagten entgegen gehalten hat, das am ....2009 (im selben Monat) gewählte OP-Verfahren hätte bereits am ....2009 zur Anwendung gelangen müssen'. Das Fehlzitat intendiert, dass es aus Sicht des Privatgutachters C grundsätzlich ein Verstoß gegen Behandlungspflichten darstellte, den Eingriff vom ....2009 nicht schon nach der von ihm bevorzugten Methode anzulegen. Eine solche Äußerung lässt sich den Ausführungen des Privatgutachters indes nicht entnehmen. Der Privatgutachter C gibt lediglich und durchaus wiederholt zu erkennen, dass es aus seiner Sicht günstiger gewesen wäre, gleich eine Cranialsockelpfanne einzusetzen. Dies kennzeichnet jedoch nicht jedes andere Vorgehen als behandlungsfehlerhaft und insbesondere nicht in der maßgeblichen Bewertung der sich damals bietenden Situation.

Es trifft entgegen der Berufungsbegründung (S. 7) nicht zu, dass der Privatgutachter C sich im Hinblick auf die erste Operation dahin geäußert hat, 'der alleinige Hüftkopfwechsel habe wegen der schwierigen Ausgangslage keine ausreichende Sicherung gegen eine Luxation erbringen können'. Es trifft vielmehr zu, dass der Privatgutachter C für den Eingriff am ....2009 (Zweiteingriff) beschrieben hat, ein alleiniger Hüftkopfwechsel hätte keine ausreichende Sicherung erbracht. Es trifft aber auch zu, dass am ....2009 nicht lediglich der Hüftkopf gewechselt, sondern auch eine Cranialsockelpfanne mit Ileumstiel/Darmbeinzapfen eingesetzt wurde.

Soweit die Kritik des Privatgutachters C darauf gründet, bei dem Ersteingriff sei die erforderliche Stabilität nicht erreicht worden, ergab die Anhörung des Sachverständigen B durch den Senat, dass dies nicht zutrifft. Der Sachverständige B hat erläutert, dass es durchaus gelungen sei, die Burch-Schneider-Schale stabil und damit fachgerecht einzubringen, wenn auch nicht in der dafür zunächst vorgesehenen Weise. Der Sachverständige B hat ausgeführt, Ziel des Eingriffs sei eine stabile Verankerung der Prothese, was dem Operateur, nachdem intraoperativ „der Unterbau nicht gehalten“ habe, durch eine Verankerung im Darmbein gelungen sei. Aus dem Operationsbericht (Bl. 28 f d.A.) folgt nichts anderes. Der Operationsbericht belegt im Übrigen auch, dass das Vorliegen einer Subluxationstendenz und einer Luxationstendenz bei bekannter Veränderung des Drehzentrums intraoperativ geprüft und verneint wurde. Der Senat folgt dem Sachverständigen B. Die weitere Stellungnahme des Privatgutachters C vom 11.2.2015 steht dazu nicht im Widerspruch. Der Privatgutachter C führt hier vielmehr insoweit nur noch an, dass eine ausreichende Primärstabilität zu verlangen sei, ohne sich mit den ihm bekannten Angaben des Sachverständigen B auseinander zu setzen, wonach diese Stabilität tatsächlich erreicht wurde.

Soweit die Klägerin in der Stellungnahme vom 2.3.2015 die Formulierung des Sachverständigen B bei seiner Anhörung durch den Senat aufgreift, der Operateur habe sozusagen die zweitbeste Option gewählt, und daraus den Vorwurf ableitet, nicht bestmöglich behandelt worden zu sein, unterliegt sie offenbar einem Missverständnis. Wie aus den Ausführungen des Sachverständigen B folgt, war die zunächst präferierte Verankerung der Burch-Schneider-Schale auf Grund der intraoperativen Gegebenheiten nicht

durchführbar. Eine bessere Option als diejenige einer Verankerung im Darmbein bestand daher nicht mehr.

Schließlich stellt es auch keinen Behandlungsfehler dar, dass die Ärzte der Beklagten präoperativ keine CT-Diagnostik betrieben, sondern es bei Röntgenaufnahmen vom ....2009 (vier Tage vor dem Ersteingriff) belassen hatten, was als solches unstrittig war und ist.

Dass präoperativ bei Meidung eines Behandlungsfehlers eine CT-Diagnostik hätte durchgeführt werden müssen, war nach den Angaben des Privatgutachters C vom 12.6.2013 anzunehmen, wenn eine Hüftpfannenprothese spezialangefertigt werden muss. Dass eine behandlungsfehlerfreie Therapie nur unter Verwendung einer spezialangefertigten Hüftpfannenprothese möglich war, hatte der Privatgutachter C nicht behauptet. Auf dieser Grundlage hätte es möglicherweise bei der Wertung des Sachverständigen B sein Bewenden haben können, dass sich erst intraoperativ das Ausmaß der Defektsituation ergebe und gerade dann die regelhafte Verwendung einer Burch-Schneider-Schale indiziert war (mündliche Anhörung am 16.5.2013 S. 3/ Bl. 329 d.A.). Das war auch der Stand der Dinge bei Beschlussfassung des Senats am 23.4.2014.

Erstmals beruft sich die Klägerin demgegenüber durch Vorlage einer weiteren Stellungnahme des Privatgutachters C vom 11.5.2014 (Bl. 583 ff d.A.) darauf, dass die Beurteilung einer wie im zu beurteilenden Fall schwierigen Ausgangslage eine präoperative CT-Untersuchung erfordere, die eine präzise Darstellung der Knochenverhältnisse (Ausmaß des Knochenschadens) erlaube (Bl. 586 d.A.). Damit eröffnet sich ein neuer medizinischer Fragenkreis, womit die Klägerin nicht präkludiert ist. Denn es handelt sich um einen Umstand, der zu medizinischen Zusammenhängen zählt, für die der eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz gilt, und die Klägerin verfügte über diese Information offenbar auch erst auf Grund der Stellungnahme des Privatgutachters vom 11.5.2014, also nach dem gerichtlichen Hinweis vom 23.4.2014.

Nach den mündlichen Ausführungen des Sachverständigen B ist nicht davon auszugehen, dass die Ärzte der Beklagten präoperativ eine CT-Diagnose hätten durchführen müssen. Der Sachverständige B hat ausgeführt, dass eine Notwendigkeit zu einer CT-Untersuchung nur gesehen werde, wenn es gelte, ein spezielles Implantat einzubringen. Das war bei der Klägerin nicht der Fall (s.o.). Der Sachverständige B hat bestätigt, dass eine CT-Untersuchung Aufschluss über das Ausmaß der knöchernen Defekte geben könne, hierzu aber auch Röntgenbilder dienen könnten. Er hat ferner die präoperativ gefertigten Röntgenbilder der Klägerin in Augenschein genommen und bestätigt, dass sich im zu beurteilenden Fall das Ausmaß der knöchernen Defekte habe ersehen lassen, insbesondere, dass die Kontinuität des Beckens komplett aufgehoben war. Dem folgt der Senat. Der Privatgutachter C geht zwar in seiner Stellungnahme vom 11.2.2015 weiter von der Notwendigkeit einer CT-Diagnostik aus, befasst sich aber auch insoweit nicht mit den Ausführungen des Sachverständigen B, sondern beschreibt allgemein die Vorteile einer CT-Diagnostik, welche das Ausmaß der Defekte darzustellen vermöge und die Basis für eventuelle individuelle Produkte sei, setzt sich aber nicht mit der Auffassung auseinander, dass (jedenfalls im zu entscheidenden Fall) diese Informationen bereits durch Röntgenbilder gegeben gewesen seien und fordert auch hier nicht, dass für die Klägerin ein individuelles Produkt hätte vorgesehen werden müssen. Woraus sich ergeben könnte, dass - anders als vom Sachverständigen B angenommen - ein Facharztstandard besteht oder 2009 bestand, eine CT-Diagnostik durchzuführen, legt der Privatgutachter C nicht dar. Schließlich setzt sich der Privatgutachter C auch nicht mit der vom Sachverständigen B begründet verneinten Frage auseinander, ob vor der Operation am ....2009 andere Implantate hätten vorgehalten werden müssen.

Ein tragfähiger Ansatz für die Annahme eines Behandlungsfehlers folgt schließlich auch nicht aus dem postoperativen Röntgenbild vom ....2009 (vier Tage nach dem Ersteingriff). Der Sachverständige B hält bereits die Annahme, dass eine von den dort abgebildeten Schrauben locker sei, für spekulativ, weil diese Schraube möglicherweise auch schräg eingebracht worden sei. Der Privatgutachter C befasst sich hiermit in seiner Stellungnahme vom 11.2.2015 nicht.

Ein Grund, die Sache zurück zu verweisen (§ 538 Abs. 2 ZPO), ist nicht ersichtlich.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen, weil ihr Rechtsmittel keinen Erfolg hat (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Die Anordnungen zur Vollstreckbarkeit folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

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

Ausgehend von dem erweiterten Klageantrag zu 1. (22.789,20 EUR) und den im Übrigen unveränderten hauptsächlichen Interessen der Klägerin (Mindestschmerzensgeldinteresse i.H. von 28.000 EUR, Renteninteresse i.H. von 4.410 EUR nach 9 ZPO, Feststellungsinteresse i.H. von 4.000 EUR) ergibt sich ein Berufungswert von 59.199,20 EUR.

**44. OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2015 – 5 W 4/15 – \* Haftung für Medizinprodukte: Dem beklagten Hersteller von einer dem Kläger implantierten ASR-Hüftgelenksprothese ist es ggf. zuzumuten, dass Sachverständige als Gerichtsgutachter herangezogen werden, die sich bereits außergerichtlich mit den von der Beklagten hergestellten Hüftgelenksprothesen und der Frage ihrer Fehlerhaftigkeit befasst haben.**

#### Orientierungssatz

**Dem beklagten Hersteller von einer dem Kläger implantierten ASR-Hüftgelenksprothese ist es ggf. zuzumuten, dass Sachverständige als Gerichtsgutachter herangezogen werden, die sich bereits außergerichtlich mit den von der Beklagten hergestellten Hüftgelenksprothesen und der Frage ihrer Fehlerhaftigkeit befasst haben.**

#### Tenor

Die sofortige Beschwerde der Beklagten vom 5.1.2015 gegen den Beschluss der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 10.12.2014 - 25 O 282/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

#### Gründe

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Das Landgericht hat das gegen den Sachverständigen I gerichtete Ablehnungsgesuch zu Recht zurückgewiesen.

Nach §§ 406 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 1 und 2 ZPO kann ein Sachverständiger wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen in seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Gründe für ein solches Misstrauen sind gegeben, wenn eine Partei von ihrem Standpunkt aus bei vernünftiger, objektiver Betrachtung davon ausgehen kann, der Sachverständige werde sein Gutachten nicht unparteiisch erstatten.

Zwar wird die Besorgnis der Befangenheit regelmäßig begründet sein, wenn ein Sachverständiger vorgeichtlich in derselben Sache ein Privatgutachten für die andere Prozesspartei oder deren Haftpflichtversicherer erstattet hat. Privatgutachter neigen erfahrungsgemäß vielfach dazu, die Auffassung ihres Auftraggebers zu bestätigen und sich, insbesondere soweit Beurteilungs- und Ermessensspielräume bestehen, von dessen Interessen leiten zu lassen. Auch legt ein Privatgutachter üblicherweise die ihm von seinem Auftraggeber vorgegebene Tatsachengrundlage zugrunde. Eine vernünftig urteilende Partei wird daher, sofern keine Besonderheiten vorliegen, befürchten müssen, dass diese Umstände den zum gerichtlichen Sachverständigen bestellten Privatgutachter bei der Erstellung des gerichtlichen Gutachtens beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 1.2.1972 - VI ZR 134/70, iuris Rdn. 12, abgedruckt in VersR 1972, 488 ff. und OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.2014 - 32 W 6/14, iuris Rdn. 8 m.w.Nachw.).

Diese Erwägungen sind aber auf den vorliegend in Rede stehenden Fall, dass der Sachverständige in einer ähnlichen oder vergleichbaren Sache ein Privatgutachten für einen Dritten erstattet hat, der ebenfalls Ersatzansprüche gegen die den Ablehnungsantrag stellende Partei geltend macht, nicht ohne weiteres übertragbar. Im Ausgangspunkt wird einem Sachverständigen die nach der Bestellung zum gerichtlichen Gutachter gebotene unvoreingenommene Beurteilung leichter fallen, wenn nicht sein Auftraggeber, sondern eine andere Partei an dem Rechtsstreit beteiligt ist. Daher kann eine Abwägung aller Umstände dazu führen, dass die Besorgnis der Befangenheit bei vernünftiger und objektiver Betrachtung zu verneinen ist. So liegt es nach dem vorgetragenen und glaubhaft gemachten Sachverhalt hier.

Der Beklagten, die die dem Kläger implantierte ASR-Hüftgelenksprothese im Sinne von § 4 ProdHaftG hergestellt hat, ist es in besonderem Maße zuzumuten, dass Sachverständige als Gerichtsgutachter herangezogen werden, die sich bereits außergerichtlich mit den von der Beklagten hergestellten ASR-Hüftgelenksprothesen und der Frage ihrer Fehlerhaftigkeit befasst haben. Wie dem ständig mit Arzthaftungssachen und hiermit in Zusammenhang stehenden Rechtsgebieten wie der Haftung für Medizinprodukte befassten Senat aus seiner Tätigkeit bekannt ist, steht auf dem betroffenen Fachgebiet nur eine kleine Anzahl von Gutachtern zur Verfügung. Dem steht eine große Zahl von Personen gegenüber, denen ASR-Hüftgelenksprothesen implantiert worden sind und die durch einen etwaigen Produktfehler geschädigt sein könnten. Zu dieser Lage, in der gleichzeitig ein größerer außergerichtlicher und gerichtlicher Klärungsbedarf besteht, hat die Beklagte durch die Herstellung und den Rückruf der ASR-Hüftprothesen beigetragen.

Es kommt hinzu, dass die Fehlerhaftigkeit eines Medizinprodukts in der Regel dadurch ermittelt wird, dass dessen Zustand und Beschaffenheit durch verschiedene Messverfahren untersucht wird und die gewonnenen Messergebnisse mit den aus medizintechnischen Normen und Regelwerken ersichtlichen Vorgaben abgeglichen werden. Ein besonders ausgeprägter Beurteilungs- und Ermessensspielraum besteht dabei nicht, so dass die Gefahr geringer als bei anderen Fallgestaltungen ist, dass der Sachverständige sich bei der Erstattung des Privatgutachtens für den Dritten einseitig von dessen Interessen hat leiten lassen und hierdurch in einem späteren Streitverfahren, an dem ein anderer Patient beteiligt ist, beeinflusst wird. Schließlich ist nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht, dass der Sachverständige I sich in dem außergerichtlichen Gutachten für den Dritten, dem ebenfalls eine ASR-Hüftgelenksprothese implantiert worden war, überhaupt in einer Weise für die Beklagte nachteilig geäußert hat, die für das vorliegende Verfahren von Bedeutung werden könnte. Dass der Sachverständige I einen Konstruktionsfehler angenommen hat, der allen ASR-Hüftgelenksprothesen anhaften würde, hat die Beklagte nicht dargelegt. Aus dem außergerichtlichen Gutachten hat sie, obwohl bereits das Landgericht auf die hieraus folgende mangelnde Darlegung hingewiesen hat, nur das Titelblatt und die Seite mit der Ausgangssituation und den Fragestellungen in Kopie vorgelegt. Sollte der Sachverständige I einen Fabrikationsfehler bejaht haben, wäre dies für

das vorliegende Verfahren nicht oder nur am Rande von Bedeutung. Denn insoweit ist für jedes Produkt einzeln und gesondert zu prüfen, ob es von den Beschaffenheitsvorgaben des Herstellers abweicht. Soweit die Beklagte die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen I mit der Berichterstattung in den Medien und einer vermeintlich fehlenden wirtschaftlichen Unabhängigkeit begründet, wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 574 ZPO) liegen nicht vor. Insbesondere weicht der Senat, der entscheidend auf einzel-fallbezogene Umstände abgestellt hat, nicht von dem in der Beschwerdebegründung angeführten Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8.7.1997 - 22 W 29/97 (abgedruckt in BauR 1998, 365 f.) ab.

Streitwert: bis 95.000 EUR (50% des Hauptsachestreitwerts).

#### **45. OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2015 – 5 W 5/15 – \* Sachverständigenablehnung: Besorgnis der Befangenheit wegen Erstattung eines Privatgutachtens für einen Dritten in derselben Sache**

##### **Orientierungssatz**

**1. Hat ein Sachverständiger in einer ähnlichen oder vergleichbaren Sache ein Privatgutachten für einen Dritten erstattet, der ebenfalls Ersatzansprüche gegen die den Ablehnungsantrag stellende Partei geltend macht, so kann eine Abwägung aller Umstände dazu führen, dass die Besorgnis der Befangenheit bei vernünftiger und objektiver Betrachtung zu verneinen ist.**

**2. Einem Beklagten, der ein dem Kläger implantiertes Medizinprodukt (hier: ASR-Hüftgelenksprothese) im Sinne von § 4 ProdHaftG hergestellt hat, kann es in besonderem Maße zuzumuten sein, dass Sachverständige als Gerichtsgutachter herangezogen werden, die sich bereits außergerichtlich mit dem von dem Beklagten hergestellten Medizinprodukt und der Frage seiner Fehlerhaftigkeit befasst haben.**

##### **Tenor**

Die sofortige Beschwerde der Beklagten vom 5.1.2015 gegen den Beschluss der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 10.12.2014 - 25 O 164/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

##### **Gründe**

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Das Landgericht hat das gegen den Sachverständigen I gerichtete Ablehnungsgesuch zu Recht zurückgewiesen.

Nach §§ 406 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 1 und 2 ZPO kann ein Sachverständiger wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen in seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Gründe für ein solches Misstrauen sind gegeben, wenn eine Partei von ihrem Standpunkt aus bei vernünftiger, objektiver Betrachtung davon ausgehen kann, der Sachverständige werde sein Gutachten nicht unparteiisch erstatten.

Zwar wird die Besorgnis der Befangenheit regelmäßig begründet sein, wenn ein Sachverständiger vorge-richtlich in derselben Sache ein Privatgutachten für die andere Prozesspartei oder deren Haftpflichtversicherer erstattet hat. Privatgutachter neigen erfahrungsgemäß vielfach dazu, die Auffassung ihres Auftraggebers zu bestätigen und sich, insbesondere soweit Beurteilungs- und Ermessensspielräume bestehen, von dessen Interessen leiten zu lassen. Auch legt ein Privatgutachter üblicherweise die ihm von seinem Auftraggeber vorgegebene Tatsachengrundlage zugrunde. Eine vernünftig urteilende Partei wird daher, sofern keine Besonderheiten vorliegen, befürchten müssen, dass diese Umstände den zum gerichtlichen Sachverständigen bestellten Privatgutachter bei der Erstellung des gerichtlichen Gutachtens beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 1.2.1972 - VI ZR 134/70, iuris Rdn. 12, abgedruckt in VersR 1972, 488 ff. und OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.2014 - 32 W 6/14, iuris Rdn. 8 m.w.Nachw.).

Diese Erwägungen sind aber auf den vorliegend in Rede stehenden Fall, dass der Sachverständige in einer ähnlichen oder vergleichbaren Sache ein Privatgutachten für einen Dritten erstattet hat, der ebenfalls Ersatzansprüche gegen die den Ablehnungsantrag stellende Partei geltend macht, nicht ohne weiteres übertragbar. Im Ausgangspunkt wird einem Sachverständigen die nach der Bestellung zum gerichtlichen Gutachter gebotene unvoreingenommene Beurteilung leichter fallen, wenn nicht sein Auftraggeber, sondern eine andere Partei an dem Rechtsstreit beteiligt ist. Daher kann eine Abwägung aller Umstände dazu führen, dass die Besorgnis der Befangenheit bei vernünftiger und objektiver Betrachtung zu verneinen ist. So liegt es nach dem vorgetragenen und glaubhaft gemachten Sachverhalt hier.

Der Beklagten, die die dem Kläger implantierte ASR-Hüftgelenksprothese im Sinne von § 4 ProdHaftG hergestellt hat, ist es in besonderem Maße zuzumuten, dass Sachverständige als Gerichtsgutachter herangezogen werden, die sich bereits außergerichtlich mit den von der Beklagten hergestellten ASR-Hüftgelenksprothesen und der Frage ihrer Fehlerhaftigkeit befasst haben. Wie dem ständig mit Arzthaftungssachen und hiermit in Zusammenhang stehenden Rechtsgebieten wie der Haftung für Medizinprodukte

befassten Senat aus seiner Tätigkeit bekannt ist, steht auf dem betroffenen Fachgebiet nur eine kleine Anzahl von Gutachtern zur Verfügung. Dem steht eine große Zahl von Personen gegenüber, denen ASR-Hüftgelenksprothesen implantiert worden sind und die durch einen etwaigen Produktfehler geschädigt sein könnten. Zu dieser Lage, in der gleichzeitig ein größerer außergerichtlicher und gerichtlicher Klärungsbedarf besteht, hat die Beklagte durch die Herstellung und den Rückruf der ASR-Hüftprothesen beigetragen.

Es kommt hinzu, dass die Fehlerhaftigkeit eines Medizinprodukts in der Regel dadurch ermittelt wird, dass dessen Zustand und Beschaffenheit durch verschiedene Messverfahren untersucht wird und die gewonnenen Messergebnisse mit den aus medizintechnischen Normen und Regelwerken ersichtlichen Vorgaben abgeglichen werden. Ein besonders ausgeprägter Beurteilungs- und Ermessenspielraum besteht dabei nicht, so dass die Gefahr geringer als bei anderen Fallgestaltungen ist, dass der Sachverständige sich bei der Erstattung des Privatgutachtens für den Dritten einseitig von dessen Interessen hat leiten lassen und hierdurch in einem späteren Streitverfahren, an dem ein anderer Patient beteiligt ist, beeinflusst wird. Schließlich ist nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht, dass der Sachverständige I sich in dem außergerichtlichen Gutachten für den Dritten, dem ebenfalls eine ASR-Hüftgelenksprothese implantiert worden war, überhaupt in einer Weise für die Beklagte nachteilig geäußert hat, die für das vorliegende Verfahren von Bedeutung werden könnte. Dass der Sachverständige I einen Konstruktionsfehler angenommen hat, der allen ASR-Hüftgelenksprothesen anhaften würde, hat die Beklagte nicht dargelegt. Aus dem außergerichtlichen Gutachten hat sie, obwohl bereits das Landgericht auf die hieraus folgende mangelnde Darlegung hingewiesen hat, nur das Titelblatt und die Seite mit der Ausgangssituation und den Fragestellungen in Kopie vorgelegt. Sollte der Sachverständige I einen Fabrikationsfehler bejaht haben, wäre dies für das vorliegende Verfahren nicht oder nur am Rande von Bedeutung. Denn insoweit ist für jedes Produkt einzeln und gesondert zu prüfen, ob es von den Beschaffenheitsvorgaben des Herstellers abweicht. Soweit die Beklagte die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen I mit der Berichterstattung in den Medien und einer vermeintlich fehlenden wirtschaftlichen Unabhängigkeit begründet, wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 574 ZPO) liegen nicht vor. Insbesondere weicht der Senat, der entscheidend auf einzelfallbezogene Umstände abgestellt hat, nicht von dem in der Beschwerdebegründung angeführten Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8.7.1997 - 22 W 29/97 (abgedruckt in BauR 1998, 365 f.) ab.

Streitwert: 7.500 EUR (50% des Hauptsachestreitwerts).

**46. LG Münster, Urteil vom 23.03.2015 – 111 O 41/12 – \* Schadensersatz nach grob fehlerhafter Behandlung: Erstattung von Fahrtkosten für Angehörigenbesuche; Erstattungsfähigkeit erhöhter Reisekosten**

**Orientierungssatz**

**1. Im Rahmen eines Erstattungsanspruchs wegen Besuchsfahrten von Angehörigen ist in Anlehnung der entsprechenden Entschädigungsregelungen im JVEG (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1) eine Pauschale in Höhe von 0,25 EUR pro Kilometer in Ansatz zu bringen.**

**2. Erhöhte Reisekosten (hier: Flugkosten) im Zusammenhang mit einer erforderlichen Folgebehandlung, die dadurch entstehen, dass sich der Geschädigte mit seinem Ehegatten mehrere Monate im Jahr im gemeinsamen Ferienhaus aufhält, sind erstattungsfähig.**

**Tenor**

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 346.183,02 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus ..... zu zahlen.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner zu verurteilt, an die Klägerin ab dem 01.03.2015 eine vierteljährlich vorauszahlbare monatliche Rente in Höhe von 2.450,66 EUR jeweils im Voraus zum 01.01., 01.04., 01.07. und 01.10. eines jeden Jahres bis zum 31.12.2024 (Renteneintrittsalter der Klägerin) zu zahlen.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin monatlich weitere 75,00 EUR beginnend ab dem 01.3.2015 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die Klägerin von außergerichtlichen, nicht anrechenbaren Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 6.188,48 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.04.2012 gegenüber der Rechtsanwaltssozietät L. GbR freizustellen.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner zu verurteilt, an die Klägerin weitere 9.000,00 EUR sowie ab dem 01.03.2015 eine vierteljährlich vorauszahlbare Rente in Höhe von 246,27 EUR zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 7 %, die Beklagten als Gesamtschuldner zu 93 %.

Das Urteil ist für die Parteien jeweils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 125 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

### Tatbestand

Die Klägerin verfolgt weitere materielle Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einer grob fehlerhaften Behandlung, die der Beklagte zu 2) im Hause der Beklagten zu 1) im Jahr 2005 durchgeführt hat. Im Rahmen einer endoskopischen Hysterektomie verursachte der Beklagte zu 2) damals eine Dünn-darmläsion. Diese hatte u.a. zahlreiche Operationen, die Amputation beider Füße oberhalb des oberen Sprunggelenks sowie den Verlust von vier bzw. zwei Fingern an den Händen der Klägerin zur Folge. Die Klägerin ist wegen der fehlerhaften Behandlung zu 100 Prozent schwerbehindert und nicht mehr arbeitsfähig. Wegen des groben Behandlungsfehlers sind die Beklagten mit Urteil der Kammer vom 02.08.2007 (Az. 11 O 1102/06) zur Zahlung von Schmerzensgeld verurteilt worden. Darüber hinaus ist in dem genannten Urteil rechtskräftig festgestellt worden, dass die Beklagten vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs verpflichtet sind, der Klägerin alle materiellen und weiteren materiellen Schäden aus der Behandlung vom 13. bis zum 17.04.2005 zu zahlen.

Auf dieser Grundlage macht die Klägerin folgende materiellen Ansprüche geltend.

Die Klägerin behauptet zunächst, aufgrund der groben Fehlbehandlung im Hause der Beklagten zu 1) seien ihr im Zusammenhang mit sich anschließenden Heilbehandlungen im V. N. (V.) Kosten entstanden. Diesbezüglich macht sie Fahrtkosten ihres Ehemannes, dem Zeugen L1, und ihres Bruders für deren Besuche im V. geltend. Unstreitig sind für den Ehemann 40.840 km und für den Bruder 6.468,8 km an Fahrtstrecke angefallen, wobei der Fahrtaufwand des Ehemannes, von dem 1.710 km bereits abgerechnet worden sind, auch darauf beruht, dass er zwei bis drei Fahrten täglich von dem gemeinsamen Wohnort M. nach N. und zurück unternommen hat. Die Klägerin behauptet, sowohl die Besuche des Ehemannes als auch diejenigen ihres Bruders seien aus medizinischer Sicht für ihren Genesungsprozess förderlich gewesen. Sie meint, es seien 0,30 EUR pro Kilometer an Fahrtkosten zu erstatten. Wegen der Fahrten im Einzelnen wird auf die Klageschrift Seite vier f. (= Bl. 4 f. d.A.) nebst Anlagen verwiesen. Ferner wird im Zusammenhang mit den genannten Besuchen die Erstattung von Parkgebühren in Höhe von insgesamt 906,00 EUR verlangt. Wegen der Zusammensetzung dieser Forderung wird ebenfalls auf die Klageschrift (Bl. 6 f. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin verlangt Erstattung von Flugkosten in Höhe von 756,35 EUR. Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen: Am 18.05.2006 ist die Klägerin gemeinsam mit ihrem Mann wegen eines Narbenbruchs von J., wo die Eheleute eine Ferienwohnung besitzen und sich mehrere Monate im Jahr aufhalten, nach N. geflogen. Hierfür sind Kosten in Höhe von 189,00 EUR angefallen. Für den Rückflug des Zeugen L1. nach J. sind Kosten in Höhe von 277,00 EUR entstanden. Ferner werden Flugkosten geltend gemacht für die Teilnahme des Zeugen L1. an einem Besprechungstermin mit den Bevollmächtigten dieses Prozesses über die Möglichkeiten einer außergerichtlichen Einigung. In diesem Zusammenhang sind 290,35 EUR an Flugkosten aufgewandt worden.

Vom V. sind der Klägerin für die Aufenthalte in den Jahren 2005 und 2006 Telefonkosten in Höhe von insgesamt 662,70 EUR in Rechnung gestellt worden. Die Klägerin behauptet teilweise unter Vorlage von Überweisungsbelegen, die Rechnungen seien ausgeglichen worden.

Die Klägerin behauptet aufgrund der grob fehlerhaften Behandlung im Hause der Beklagten zu 1) habe sie für Folgebehandlungen im V. Zuzahlungen in Höhe von 304,54 EUR geleistet. Wegen der Zusammensetzung der Forderung wird auf Seite sieben der Klageschrift (= Bl. 7 f. d.A.) verwiesen.

Für die Durchführung von Rehabilitationsmaßnahmen in einer Klinik in C. verlangt die Klägerin 1.699,20 EUR.

Fehlerbedingt seien abgesehen von den bereits genannten Zuzahlungen weitere Aufwendungen für Hilfsmittel in Höhe von insgesamt 13.824,07 EUR getätigt worden. Dabei entfällt der wesentliche Teil dieser Position auf ein Paar Silikonüberzüge für vorhandene Prothesen (12.421,46 EUR). Die Klägerin behauptet, diese Anschaffung sei fehlerbedingt erforderlich gewesen. Wegen der übrigen Positionen wird auf die Klageschrift verwiesen (Bl. 8 d.A.).

Die Klägerin behauptet weiter, sie habe Zuzahlungen an die technische Orthopädie in Höhe von 652,90 EUR geleistet. Wegen der konkreten Zusammensetzung dieser Forderung wird auf Seite neun der Klageschrift verwiesen.

Desweiteren fordert die Klägerin Ersatz für Kosten aufgrund veränderter Lebensumstände, die auf der streitgegenständlichen Behandlung aus dem Jahr 2005 beruhen sollen. Für die Klägerin ist im Jahr 2010 ein Jahreswagen der Marke Mercedes Benz, Typ E 250 CDI, für 35.950,00 EUR angeschafft worden. Ein von der Klägerin vor der streitgegenständlichen Behandlung genutzter Mercedes-Benz, Typ 300 SL, Erstzulassung 1992, ist für 6.650,00 EUR in Zahlung gegeben worden. In Höhe von 4.579,33 EUR sind Umrüstkosten entstanden. Ferner sind für den neu angeschafften Pkw Winterräder erworben worden (775,40 EUR). Insgesamt verlangt die Klägerin 34.654,73 EUR. Sie behauptet, die Neuanschaffung des Pkw und die Umrüstung seien aufgrund der streitgegenständlichen Behandlung erforderlich.

Die Klägerin behauptet weiter, fehlerbedingt sei ein kompletter Austausch ihrer Garderobe erforderlich geworden. Kleider, Hosen und Schuhe hätten aufgrund des durch die Prothesen erhöhten Verschleißes eine vergleichsweise kürzere Lebensdauer. Für den Zeitraum 2005 bis 03.2012 verlangte die Klägerin 10.000,00 EUR, danach 100,00 EUR monatlich als laufende Zahlung.

Ferner verlangt die Klägerin Ersatz der Anschaffungskosten für eine Brille (598,00 EUR), und 25,47 EUR, die als Zuzahlung für eine Behandlung bei Prof. Dr. I. (Psychosomatik und Psychotherapie) entstanden sind.

Einen Betrag in Höhe von 162,00 EUR begehrt die Klägerin im Zusammenhang mit vier Übungsfahrten in einer Fahrschule, die erforderlich geworden seien, weil die Klägerin habe lernen müssen, mit ihrer Behinderung sicher zu fahren. In Höhe von 600,00 EUR seien Kosten für die Unterbringung des gemeinsamen Schäferhundes in einer Hundepension angefallen, weil der Zeuge L1. diesen Hund neben einem weiteren Hund während der Besuche bei der Klägerin nicht allein zu Hause habe lassen können. Zudem beansprucht die Klägerin Ersatz für Rechtsanwaltskosten in Höhe von 618,80 EUR, die für die Einholung einer zweiten Meinung von Frau Rechtsanwältin E. angefallen seien, sowie weitere 8.564,90 EUR für die Anschaffung von Ersatzprothesen.

Schließlich macht die Klägerin einen Erwerbsschaden geltend. Unstreitig hätte sie im Falle einer pflichtgemäßen Behandlung durch die Beklagten zum 01.06.2005 bei der Fa. E1. GmbH eine Erwerbstätigkeit mit einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von 3.650,00 EUR aufgenommen. Nach § 11 Abs. 3 des unter dem 02.04.2005 geschlossenen Anstellungsvertrages finden ergänzend zu den Bestimmungen des Vertrages die einschlägigen gesetzlichen und tarifvertraglichen Vorschriften und die Bestimmungen über die Betriebsvereinbarungen in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Wegen des weiteren Inhalts des Anstellungsvertrages wird auf Bl. 145 ff. d.A. verwiesen. Die Klägerin behauptet, der Nettoschaden liege damit bei 2.450,66 EUR. Dieser Betrag sei als monatliche Erwerbsunfähigkeitsrente zu zahlen.

Die Haftpflichtversicherung der Beklagten ist mit Schreiben vom 04.02.2009 bezüglich eines Betrages in Höhe von 128.467,42 EUR vergeblich zum Ausgleich bis zum 20.02.2009 aufgefordert worden. Bezüglich weiterer Positionen, die sich auf zusätzlich 69.621,05 EUR belaufen, erfolgte mit Schreiben vom 16.11.2011 eine erfolglose Zahlungsaufforderung bis zum 30.11.2011.

Schließlich verlangt die Klägerin Freistellung von außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 6.188,48 EUR, die ausgehend von einem Streitwert in Höhe von 441.702,72 EUR nach einer 1,8-fachen Gebühr berechnet worden sind. Eine Rechtsschutzversicherung besteht nicht.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 377.336,22 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 128.367,65 EUR seit dem 21.02.2009, aus 69.621,05 EUR seit dem 02.12.2011 und aus jeweils 7.351,98 EUR seit dem 01.03.2009, 01.06.2009, 01.09.2009, 01.12.2009, 01.03.2010, 01.06.2010, 01.09.2010, 01.12.2010, 01.03.2011, 01.06.2011, 01.09.2011, 01.12.2011, 01.03.2012, 01.06.2012, 01.09.2012, 01.12.2012, 01.03.2013, 01.06.2013, 01.09.2013, 01.12.2013, 01.03.2014, 01.06.2014, 01.09.2014, 01.12.2014 sowie aus jeweils 100,00 EUR seit jeweils dem Monatsersten ab dem Monat 04.2012 bis einschließlich 02.2015 zu zahlen;
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie ab dem 01.03.2015 eine vierteljährlich voranzahlbare monatliche Rente in Höhe von 2.450,66 EUR jeweils im Voraus zum 01.01., 01.04., 01.07. und 01.10. eines jeden Jahres bis zum 31.12.2024 (Renteneintrittsalter der Klägerin) zu zahlen;
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie monatlich weitere 100,00 EUR beginnend ab dem 01.3.2015 zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die Klägerin von außergerichtlichen, nicht anrechenbaren Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 6.188,48 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.04.2012 gegenüber der Rechtsanwaltssozietät L. GbR freizustellen;
5. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie weitere 9.000,00 EUR sowie ab dem 01.03.2015 eine vierteljährlich voranzahlbare monatliche Rente in Höhe von 249,00 EUR zu zahlen.

Der Beklagten beantragen,  
die Klage abzuweisen.

Sie sind der Auffassung, die geltend gemachten Fahrtkosten seien übersetzt. Zwei bis drei Fahrten pro Tag seien nicht erforderlich. Die in Ansatz gebrachte Pauschale in Höhe von 0,30 EUR sei zu hoch. Fahrtkosten für Besuche des Bruders seien nicht erstattungsfähig, weil es sich nicht um einen nahen Angehörigen handele. Zudem müsse sich die Klägerin etwaige Steuervorteile anrechnen lassen.

Die Kosten für die Silikonüberzüge seien unverhältnismäßig hoch. Bezüglich der Anschaffung eines Ersatz-Pkw sind die Beklagten der Auffassung, es seien allein die Umrüstkosten als Schadensersatz geschuldet. Sie meinen ferner, der für den Wechsel der Garderobe in Ansatz gebrachte Betrag in Höhe von 10.000,00 EUR sei unangemessen hoch, die Kosten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Fahrstunden, der Hundepension, der Einholung einer zweiten Rechtsmeinung und die Kosten für die Ersatzprothese seien nicht nachvollziehbar dargelegt.

Bei der Berechnung des Erwerbsschadens - so die Behauptung der Beklagten - habe die Klägerin Steuervorteile, die sich aus ihrer Behinderung ergäben, nicht berücksichtigt.

Die Beklagten sind der Auffassung, der geltend gemachten Aufwand für zukünftigen Garderobenverschleiß in Höhe von 100,00 EUR monatlich sei überhöht.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die wechselseitigen Schriftsätze Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung von drei schriftlichen Sachverständigengutachten sowie durch Vernehmung des Zeugen L1. Die Klägerin wurde persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das steuerrechtliche Gutachten von M1 vom 11.02.2014 (Bl. 300 ff. d.A.), auf das unfallchirurgische/orthopädische Gutachten von F. vom 01.09.2014 (Bl. 348 ff. d.A.) sowie auf das allgemein-viszeralchirurgische Gutachten von L2. vom 22.08.2014 (Bl. 363 ff. d.A.) und auf die Protokolle über die mündlichen Verhandlungen vom 03.01.2013 (Bl. 196 ff. d.A.) und vom 09.02.2013 (Bl. 391 ff. d.A.) verwiesen.

### Entscheidungsgründe

Die Klage ist zu einem wesentlichen Teil begründet.

Der Klägerin stehen gegen die Beklagten die geltend gemachten Ansprüche aus § 823 Abs. 1, 831, 280 Abs. 1, 611, 252 BGB zum überwiegenden Teil zu.

Dass die Klägerin durch die Beklagten grob fehlerhaft behandelt worden ist und die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin alle materiellen Schäden und weiteren immateriellen Schäden aus der Behandlung vom 13. bis zum 17.04.2005 zu zahlen, steht aufgrund des Urteils des Landgerichts Münster vom 02.08.2007 rechtskräftig fest.

Das Gericht ist davon überzeugt, dass der Klägerin durch die vorgenannte Behandlung folgende materielle Schäden entstanden sind:

Der Klägerin steht zunächst ein Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten für die Besuche von dem Zeugen L1 und ihrem Bruder zu. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Aufenthalte im V., die Anlass für die von der Klägerin dargelegten Besuchsfahrten ihrer Angehörigen waren, auf der grob fehlerhaften Behandlung aus dem Jahr 2005 im Hause der Beklagten zu 1) beruhen. Ferner ist das Gericht auf der Grundlage der sachverständigen Ausführungen von F. und L2. davon überzeugt, dass die Besuche in vollem Umfang für die Genesung der Klägerin (unbedingt) erforderlich bzw. zweckmäßig waren. Eine Kürzung der geltend gemachten Aufwendungen unter dem Gesichtspunkt übermäßiger Besuchsfahrten bzw. aus dem Grund, dass es sich bei dem Bruder der Klägerin nicht um einen Angehörigen im engsten Kreis handelt, kommt somit nicht in Betracht. Allerdings ist in Anlehnung der entsprechenden Entschädigungsregelungen im JVEG (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1) eine Pauschale in Höhe von 0,25 EUR pro Kilometer in Ansatz zu bringen, so dass der Erstattungsanspruch wegen der Fahrtkosten in Höhe von 11.399,75 EUR begründet ist ( $39.130 + 6.468,8 = 45.598,8 \times 0,25 \text{ EUR} = 11.399,75 \text{ EUR}$ ).

Vollumfänglich begründet ist der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung von Parkkosten (906,00 EUR). Von der Klägerin sind die entsprechenden Aufwendungen in der Klageschrift schlüssig dargelegt worden. Es ist auch gerichtsbekannt, dass sich in unmittelbarer Nähe zu den Einrichtungen des V., in denen die Klägerin behandelt worden ist, nur bezahlpflichtige Parkplätze befinden. Dass die Gebühren angefallen und beglichen worden sind, folgt zur Überzeugung des Gerichts trotz mangelnder Belege aus der Aussage des Zeugen L1. Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass der Zeuge Quittungen über die einzelnen Parkvorgänge nicht vorlegen kann, da er diese nicht archiviert hat. Hierfür bestand zum Zeitpunkt der Folgebehandlungen auch kein Anlass, da der Zeuge nicht davon ausgehen musste, solche Belege im Rahmen eines Prozesses vorlegen zu müssen.

Der Anspruch hinsichtlich der Erstattung von Flugkosten ist teilweise berechtigt (466,00 EUR). Das Gericht ist aufgrund des sachverständigen Gutachtens von L2 davon überzeugt, dass der am 23.05.2006 im V. operierte Narbenbruch auf die grob fehlerhafte Behandlung im Jahr 2005 zurückzuführen ist. Die Beklagten haben dementsprechend die An- und Abreisekosten, die im Zusammenhang mit dieser Folgebehandlung angefallen sind, zu ersetzen. Dies gilt sowohl für die Flugkosten der Klägerin als auch für diejenigen des Zeugen L1., da eine Begleitung der zu 100 % schwerbehinderten Klägerin durch den Ehemann erforderlich war. Dass die geltend gemachten Reisekosten hier in Flugkosten bestehen, steht einer Erstattungspflicht nicht entgegen. Unter schadensrechtlichen Gesichtspunkten kann es der Klägerin grundsätzlich nicht zum Nachteil gereichen, dass sie sich mit ihrem Ehemann mehrere Monate im Jahr im gemeinsamen Ferienhaus auf J. aufhält und aus diesem Grund erhöhte Reisekosten im Zusammenhang mit erforderlichen Behandlungen entstehen. Maßgeblich ist, dass es die Operation vom 23.05.2006 und damit auch die An- bzw. Rückreise nicht gegeben hätte, wenn die Klägerin lege artis behandelt worden wäre.

Eine Kausalität in diesem Sinne ist zwar auch hinsichtlich der Reisekosten des Zeugen L1. im Zusammenhang mit dem Besprechungstermin im 05.2010 gegeben. Insofern ist aber keine Erforderlichkeit der Aufwendungen festzustellen. Anders als bei der Operation vom 23.05.2006 ist nicht nachvollziehbar dargelegt, warum die Besprechung über die außergerichtliche Regulierung nicht zu einem Zeitpunkt hätte stattfinden können, zu dem sich der Zeuge L1. mit der Klägerin ohnehin in Deutschland aufgehalten hat. Die geltend gemachten Telefonkosten sind in voller Höhe erstattungsfähig (663,70 EUR). Die Klägerin hat die entsprechenden Rechnungen in Kopie zur Akte gereicht. Aufgrund der ebenfalls in Kopie zur Akte

gereichten Zahlungsbelege bzw. aufgrund der Aussage des Zeugen L1. ist das Gericht davon überzeugt, dass die Rechnungen sämtlich ausgeglichen worden sind.

Das Gericht ist aufgrund der eingereichten Belege und der Aussage des Zeugen L1. weiter davon überzeugt, dass die Zuzahlungen in Höhe von 304,54 EUR (Zuzahlungen V.), bzw. in Höhe von 13.824,07 EUR (Zuzahlungen Hilfsmittel) und die Zuzahlungen an die technische Orthopädie (652,60 EUR) tatsächlich geleistet worden sind. Auf der Grundlage der sachverständigen Ausführungen von F. steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass diese Aufwendungen sämtlich auf dem groben Behandlungsfehler beruhen und im schadensrechtlichen Sinne erforderlich waren.

Dies gilt dem Grunde nach auch für die Anschaffung eines behindertengerechten Pkw. Diese war aufgrund der grob fehlerhaften Behandlung erforderlich. Im Hinblick auf die Schadenshöhe ist allerdings einerseits zu berücksichtigen, dass die Klägerin gezwungen war, ein anderes Fahrzeugmodell zu erwerben, da der bislang genutzte Pkw (Roadster) nicht behindertengerecht umgerüstet werden konnte, andererseits die Erstzulassung des bislang genutzten und in Zahlung gegebenen Pkw auf das Jahr 1992 datiert. Durch die Neuanschaffung eines Jahreswagens hat die Klägerin somit in vermögensmäßiger Hinsicht auch Vorteile erzielt. Das Gericht schätzt gemäß § 287 ZPO, dass die Klägerin für 15.000,00 EUR ein adäquates Fahrzeug hätte erwerben können, welches von Marke und Typ her betrachtet mit dem bisher genutzten Pkw vergleichbar gewesen wäre und ebenso hätte umgerüstet werden können, wie der tatsächlich erworbene Pkw. Zuzüglich der Umrüstkosten in Höhe von 4.579,33 EUR ergibt sich zunächst ein erstattungsfähiger Betrag in Höhe von 19.579,33 EUR. Bezüglich der Winterreifen ist die Klägerin dem Sowieso-Kosten-Einwand der Beklagten nicht substantiiert entgegengetreten, so dass der Betrag in Höhe von 775,40 EUR nicht erstattungsfähig ist. Im Ergebnis sind von den Beklagten unter Berücksichtigung des in Zahlung gegebenen Pkw demnach für die Anschaffung eines behindertengerechten Pkw 12.929,33 EUR zu erstatten. Darüber hinaus sind auch die Kosten für die Übungsfahrten in Höhe von 162,00 EUR erstattungsfähig. Das Gericht ist überzeugt, dass vier Fahrstunden erforderlich und angemessen waren, um die Klägerin im Umgang mit dem umgerüsteten Pkw zu schulen.

Weiter waren der Klägerin 7.500,00 EUR als erforderliche Aufwendungen für die Erneuerung ihrer Garderobe zuzusprechen. Das Gericht ist aufgrund der zur Akte gereichten Lichtbilder davon überzeugt, dass fehlerbedingt ein Austausch des ganz überwiegenden Teils der bislang genutzten Garderobe erforderlich war. Unter Berücksichtigung der Lebensumstände der Klägerin (z.B. Ferienhaus auf J.) und der Notwendigkeit Kleidung für verschiedene Anlässe und Jahreszeiten zu erwerben, schätzt das Gericht gemäß § 287 ZPO, dass unter Berücksichtigung eines Abzugs Neu für Alt hierfür ein Betrag in Höhe von 7.500,00 EUR erforderlich war.

Weiter waren der Klägerin ab dem Zeitpunkt ab dem 01.04.2012 bis 02.2015 weitere 2.625,00 EUR für einen Mehrbedarf an Kleidung zuzusprechen. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung plausibel dargelegt, dass aufgrund der Prothesen an Schuhen und Hosen ein erhöhter Verschleiß entsteht. Das Gericht schätzt den Mehrbedarf unter Berücksichtigung von Sowieso-Kosten, die mit der regelmäßigen Erneuerung von Kleidung anfallen, auf 75,00 EUR monatlich.

Eine Kausalität zwischen der grob fehlerhaften Behandlung im Jahr 2005 und der Zuzahlung in Höhe von 25,47 EUR an I. (Psychosomatik und -therapie) sowie der Anschaffung einer Brille (598,00 EUR) steht dagegen zur Überzeugung des Gerichts nicht fest, so dass insoweit kein Anspruch besteht. Auch im Hinblick auf die geltend gemachten Kosten für die Hundepflege vermochte das Gericht eine Erstattungsfähigkeit letztlich nicht zu erkennen. Im Ergebnis war für das Gericht schon nicht nachvollziehbar, warum die beiden Hunde während der Besuche des Zeugen L1. nicht räumlich getrennt im Haus gelassen werden konnten.

Auch die Kosten für die ambulante Reha-Maßnahme in C. in Höhe von insgesamt 1.699,20 EUR sind nicht erstattungsfähig. Insofern hat der Zeuge L1. im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 09.02.2015 darauf hingewiesen, dass diese Kosten noch gar nicht angefallen sind. Entsprechende Belege finden sich auch nicht in der Akte.

Dass die Klägerin eine zweite rechtliche Meinung von Frau Rechtsanwältin E. eingeholt hat, war wiederum schon angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit erforderlich und angemessen, so dass die Beklagten weitere 618,80 EUR zu erstatten haben.

Ferner besteht auch eine Erstattungspflicht bezüglich der Ersatzprothesen (8.564,90 EUR). Nach dem Gutachten von F. war diese Anschaffung aus medizinischer Sicht erforderlich.

Hinsichtlich des geltend gemachten Erwerbsschadens geht das Gericht nach §§ 287 ZPO, 252 BGB auf der Grundlage des zur Akte gereichten Anstellungsvertrages vom 02.04.2005 davon aus, dass die Klägerin die dort genannte Tätigkeit zu den im Vertrag aufgeführten Konditionen dauerhaft ausgeübt hätte. Es sind von den Beklagten keinerlei konkrete Anhaltspunkte vorgetragen und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Klägerin nicht über die Probezeit hinaus (drei Monate) für die E1. als Kundenbetreuerin bzw. in der Neukundengewinnung tätig geworden wäre. Die Klägerin ist zwar gelernte Dipl.-Pädagogin. Sie hat dann aber als Selbständige eine Werbefirma betrieben. Es ist nachvollziehbar, dass sie die hierbei gewonnenen Erfahrungen durchaus in ihrem neuen Tätigkeitsgebiet (Druck- und Medien) hätte einbringen können.

Der Höhe nach legt das Gericht für den Erwerbsschaden zunächst die vom Sachverständigen M1. plausibel ermittelten Nettogehälter (ohne Urlaubsgeld) wie folgt zu Grunde:

.....

allerdings begrenzt auf 2.450,66 EUR mtl., vgl. § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO

01.01.2010 bis 28.02.2015: 2.450,66 EUR mtl.

Insgesamt errechnet sich hieraus für den Zeitraum vom 01.06.2005 bis zum 28.02.2015 ein Erwerbsschaden in Höhe von 285.566,33 EUR.

Für den Zeitraum ab dem 01.03.2015 ergibt sich ein monatlicher Erwerbsschaden in Höhe von 2.450,66 EUR, den die Klägerin von den Beklagten in Form einer vierteljährlich vor auszahlbaren Rente in Höhe von 7.351,98 EUR verlangen kann (§§ 842, 843 BGB).

Aufgrund von § 11 Abs. 3 des Anstellungsvertrages legt das Gericht ferner zu Grunde, dass die Klägerin auch das tarifvertraglich geschuldete Urlaubsgeld erhalten hätte. Demnach stehen der Klägerin unter Berücksichtigung von § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO für die Jahre 2005 bis 2014 weitere 9.000,00 EUR an Sonderzahlungen zu. Außerdem ist der klageerweiternde Antrag auf Zahlung einer vierteljährlich vor auszahlbaren Rente in Höhe von 246,27 EUR berechtigt. Die Differenz zum beantragten Betrag in Höhe von 249,00 EUR beruht darauf, dass gemäß dem Urlaubsgeld für das Jahr 2013 eine jährliche Gesamtzuwendung in Höhe von "nur" 985,07 EUR zu Grunde zu legen war.

Die geltend gemachten Zinsansprüche sind zu einem überwiegenden Teil gemäß §§ 286, 288 BGB begründet.

Die Beklagten befanden sich aufgrund der vorgerichtlichen Zahlungsaufforderung vom 04.02.2009 unter Berücksichtigung der überwiegenden Begründetheit der geltend gemachten Positionen (siehe dazu oben) mit einem Betrag in Höhe von insgesamt 118.802,08 EUR seit dem 21.02.2009 und mit einem Betrag in Höhe von 43.406,10 EUR aufgrund der Mahnung vom 16.11.2011 seit dem 02.12.2011 in Verzug.

Die vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 6.188,48 EUR sind aus Verzugsgesichtspunkten zu erstatten. Die in Ansatz gebrachte 1,8-fache Gebühr ist in Anbetracht des Umfangs und der Bedeutung der Angelegenheit gerechtfertigt. Eine Rechtsschutzversicherung besteht nach der auch insoweit glaubhaften Aussage des Zeugen L1. nicht (mehr).

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92, 709 ZPO. Bei der Kostenentscheidung ist berücksichtigt worden, dass die Klägerin die Feststellungsanträge teilweise auf Leistungsanträge umgestellt hat und das Obsiegen insofern nicht doppelt anzurechnen war.

Der Streitwert wird für den Antrag zu 1. auf 293.564,44 EUR, für den Antrag zu 2. auf 147.039,60, für den Antrag zu 3. auf 6.000,00 EUR und für den Antrag zu 5. auf 12.486,00 EUR (für die Rente war nicht mehr der 5-fache, sondern nach § 9 ZPO der 3,5 fache Jahresbetrag anzusetzen), insgesamt auf 459.090,04 EUR festgesetzt. Durch die teilweise Umstellung der Feststellungs- in Leistungsanträge hat sich der Streitwert nicht verändert.

#### **47. OLG Köln, Beschluss vom 19.03.2015 – I-5 W 7/15, 5 W 7/15 – \* Arzthaftungssache: Angemessenheit der Höhe des Schmerzensgeldes sowie der Geschäftsgebühr des Rechtsanwalts**

##### **Orientierungssatz**

**1. Bei einer Leidenszeit von etwa sieben Monaten, die durch schwerwiegende Operationen, einen verzögerten und schmerzhaften Heilungsverlauf und vor allem durch einen zeitweiligen künstlichen Darmausgang mitsamt der ohne weiteres nachvollziehbaren psychischen Beeinträchtigungen geprägt war, stellt ein Schmerzensgeld in der Größenordnung von 15.000,- € einen angemessenen, aber auch ausreichenden Ausgleich dar.**

**2. Eine 2,0 Geschäftsgebühr - Nr. 2300 VV RVG - kann angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der vorprozessualen Tätigkeit in einer Arzthaftungssache angemessen sein.**

##### **Tenor**

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 19.3.2014 - 3 O 315/14 - insoweit abgeändert, als der Antragstellerin Prozesshilfe bewilligt wird, soweit sie außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1570,20 EUR nebst gesetzlichen Rechtshängigkeitszinsen begehrt. Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

##### **Gründe**

Die Beschwerde ist unbegründet, soweit die Antragstellerin ein höheres Schmerzensgeld als 15.000,- EUR begehrt. Der Senat teilt insoweit die Auffassung der Kammer und die im Rahmen der Nichtabhilfe dazu gegebene Begründung und nimmt darauf Bezug. Alle seitens der Klägerin, seitens der Kammer und auch seitens des Senates herangezogenen Entscheidungen sind mit dem vorliegenden Fall nicht in jeder Hinsicht vergleichbar. Für ein Schmerzensgeld ist die Schwere und vor allem die Dauer der Beeinträchtigungen und Leiden, die durch das schädigende Ereignis ausgelöst wurden, von maßgeblicher Bedeutung. Ein Schmerzensgeld, das den von der Kammer angenommenen Betrag von (mindestens) 15.000,- EUR deutlich überstiege, erst recht aber eines, das in die von der Antragstellerin vorgestellte Größenordnung

von 40.000.- EUR reichen würde, wäre nach der ständigen Rechtsprechung des Senates nur zu rechtfertigen, wenn Dauerfolgen von erheblichem Umfang vorliegen würden. Relevante Dauerfolgen liegen bei der Antragstellerin aber glücklicherweise nicht vor. Es bleibt vor allem die sicherlich nicht zu unterschätzende Leidenszeit von etwa sieben Monaten, die durch schwerwiegende Operationen, einen verzögerten und schmerzhaften Heilungsverlauf und vor allem durch den zeitweiligen künstlichen Darmausgang mit- samt der ohne weiteres nachvollziehbaren psychischen Beeinträchtigungen geprägt war. Hierfür stellt ein Schmerzensgeld in der Größenordnung von 15.000.- EUR einen angemessenen, aber auch ausreichenden Ausgleich dar. Da die Kammer zu Recht diese Summe nicht als abschließende Größe sondern als Mindestbetrag genannt hat, ist eine Erhöhung infolge neuerer, aus einer Beweisaufnahme resultierenden, Erkenntnisse zudem möglich.

Eine Abänderung des Beschlusses war veranlasst hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten. Die Geschäftsgebühr der Ziffer 2300 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG ist eine Rahmengebühr nach § 14 RVG, die der Anwalt grundsätzlich nach billigem Ermessen festsetzen darf, wobei insbesondere Umfang und Schwierigkeit der Sache von Bedeutung sind. Dies findet in den Erläuterungen zu Nummer 2300 eine Entsprechung, wonach die Mittelgebühr des 1,3-fachen nur gefordert werden darf, wenn die Sache umfangreich oder schwierig war. Der Einsatz von Spezialkenntnissen, um die es sich beim Arzthaftungsrecht wie allgemein beim Medizinrecht durchaus handelt, ist dabei etwas, das als Kriterium rechtlicher Schwierigkeit auch zugunsten des Spezialisten anzuerkennen ist (vgl. zahlreiche Nachweise etwa bei Hartmann, Kostengesetz, 44. Aufl. § 14 RVG Rn. 4; VV 2300 Rn. 23). Es kommt demnach nicht maßgeblich darauf an, ob für die mit der Sache befassten Anwälte speziell dieser auf Arzthaftungsrecht spezialisierten Kanzlei es sich um einen "Durchschnittsfall" handelt, oder ob er auch aus Sicht eines Spezialisten außergewöhnlich umfangreich oder schwierig ist.

Aus Sicht des Senates stellt allerdings der Umfang der entfalteteten Tätigkeit das im Regelfall wesentlichere Kriterium dar (soweit diese sachlich begründet ist). Hier entzieht sich die Gebührengestaltung einer schematischen Betrachtung vollends, es kommt vielmehr auf die Würdigung der Umstände des Einzelfalles an. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Arzthaftungssache von (gemessen an einem durchschnittlichen bürgerlich-rechtlichen Streit) höherem Schwierigkeitsgrad und vor allem von erheblichem Umfang. Dafür maßgeblich ist weniger die Anzahl der bislang aufgelaufenen Seiten der Gerichtsakte als vielmehr die vorprozessual durch die Anwälte der Antragstellerin entfaltete Tätigkeit. Sie haben, was für die Anwälte dieser Kanzlei durchaus typisch ist, in einem eindeutig überdurchschnittlichen Umfang Tätigkeiten entfaltet, um einen Rechtsstreit zu vermeiden und die Sache einer einvernehmlichen Klärung zuzuführen, nämlich über einen langen Zeitraum umfangreiche Korrespondenz mit dem hinter den Antragsgegnern stehenden Haftpflichtversicherer geführt und mehrere Gutachten eingeholt. Das ist aber genau das, was der Gesetzgeber mit "umfangreicher Tätigkeit" meint, was nicht bei jedem durchschnittlichen Zivilrechtsstreit an vorprozessualer Tätigkeit anfällt und was auch in Arzthaftungssachen keineswegs von allen Anwälten erbracht wird.

Dies rechtfertigt eine deutliche Abweichung von der Mittelgebühr nach oben. Die - für die Anwälte der Antragstellerin ebenfalls nicht ganz untypische - pauschale Heranziehung der Obergrenze von 2,5 ist indes ebenso wenig gerechtfertigt. Auch dies entspricht nicht der gebotenen Einzelfallbetrachtung. Dass es auch Arzthaftungsfälle gibt, die noch einen beträchtlich höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen und noch beträchtlich mehr Aufwand erfordern, als der hier vorliegende Fall, wissen die mit der Sache befassten Anwälte ebenso wie der in Arztsachen erfahrene Senat gleichermaßen. Angemessen erscheint dem Senat unter Abwägung der Umstände dieses Einzelfalles ein 2,0-facher Ansatz der Rahmengebühr, was unter Berücksichtigung des Gegenstandswertes von 15.000.- EUR eine Kostenforderung von 1570,20 EUR ergibt.

Für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht kein Anlass.

**48. LG Dortmund, Urteil vom 18.03.2015 – 4 O 152/12 – \* Der Kläger hat nicht bewiesen, dass das Rettungsteam, das für die Beklagte am 24.02.2011 hoheitlich handelnd tätig geworden ist, dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflichten verletzt hat.**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

Der am 06.04.1969 geborene Kläger nimmt die beklagte Stadt anlässlich eines Rettungsdienstesinsatzes am 24.02.2011 auf Zahlung von Schmerzensgeld und Feststellung der weiteren Schadensersatzpflicht in Anspruch.

In der Nacht auf den 24.02.2011 stürzte der Kläger im Bad, wo er von seiner Ehefrau aufgefunden wurde. Die Familie meldete um 2.17 Uhr einen medizinischen Notfall, worauf ein Rettungswagen (RTW) und ein Notarzteinsatzfahrzeug (NEF) zur Wohnung des Klägers geschickt wurden. Der diensthabende Notarzt

war der Zeuge M, der Fahrer des Notarzteinsatzfahrzeuges der Zeuge G. Sie fanden den Kläger im Bett liegend vor, wo ihn die Familie mittlerweile hin verbracht hatte.

In dem Notarztprotokoll ist als Notfallgeschehen/Anamnese/Erstbefund Folgendes angegeben "Pat. im Bad von Angehörigen gefunden worden, Krampfanfall. Bei Eintreffen wacher, ansprechbarer Pat.. V. a. Zungenbiss. TAA, Z. n. Herzkatheteruntersuchung. Pat. in neurolog. Behandlung bei Dr. Q, genaues n. bek.."

Der Notarzt vermerkte, dass der Patient die Augen spontan öffne, bei der besten verbalen Reaktion desorientiert sei, auf Aufforderung motorisch reagiere, die Bewusstseinslage orientiert sei, die Extremitätenbewegung normal sei. Die Pupillenfunktion sei auf beiden Augen mittel. Er vergab eine Punktzahl von 15 nach dem sogenannten Glasgow-Coma-Scale. Das EKG ergab eine Tachykardie und eine absolute Arrhythmie. Die Atmung war unauffällig. Als Erstdiagnose vermerkte der Notarzt ein Krampfleiden. Nach Erhebung des EKGs ging er zusätzlich von einer Tachyarrhythmie aus.

Während der Fahrt ins Krankenhaus erlitt der Kläger ausweislich des Notarztprotokolls einen Krampfanfall. Er erhielt daraufhin intravenös das Medikament Ritrovil. Im Notarzteinsatzprotokoll wurde als Transportziel K 4 angegeben, was dem Marienhospital in I entspricht. Verbracht wurde der Patient in das Evangelische Krankenhaus in V.

Wegen der Einzelheiten des Notarztprotokolls wird auf Blatt 187 ff. d. A. verwiesen.

Ausweislich des Bettennachweises für den 24.02.2011 (vgl. Bl. 156 d. A.) waren im Marienhospital I ab dem 23.02.2011 keine Betten im Bereich der Stroke-Abteilung (Schlaganfallabteilung) der Neurologie für Männer und der Intensivstation für Männer vorhanden. Auch die Barbara-Klinik hatte am Abend des 23.02.2011 die Betten für die Intensivbehandlung von Männern abgemeldet.

Das Evangelische Krankenhaus in V, in das der Kläger verbracht wurde, liegt 26,3 km von seinem Wohnort entfernt.

Aus der Dokumentation des dortigen Krankenhauses ergibt sich, dass der Kläger bei der Ankunft somnolent und psychomotorisch sehr unruhig war. Eine Kommunikation mit ihm war nicht möglich. In der neurologischen Untersuchung zeigte sich eine deutliche Minderbewegung in der rechten Extremität, ohne dass weitere deutlich fokale neurologische Defizite auffielen. Es wurde eine CT-Diagnostik durchgeführt, die ein akutes traumatisches epidurales Hämatom links fronto-temporal zeigte. Der Kläger wurde schutzintubiert in die neurochirurgische Abteilung der St. Barbara-Klinik in I verbracht.

In der Barbara-Klinik erfolgte eine operative Entlastung des epiduralen Hämatoms. Ausweislich der Dokumentation verkomplizierte sich der Verlauf durch das Auftreten einer Pneumonie. Am 09.03.2011 war eine weitere operative Revision aufgrund von Wundheilungsstörungen erforderlich. Nach der Krankenhausentlassung befand sich der Kläger zur Anschlussheilbehandlung im Klinikzentrum N GmbH in C.

Der Kläger behauptet, die vom Notarzt gestellte Verdachtsdiagnose sei auf Basis der Befunde und der Angaben der Angehörigen nicht nachvollziehbar gewesen. Er sei bei Eintreffen des Notarztes nicht ansprechbar gewesen. Es sei nur leicht bei Bewusstsein gewesen und habe nur unverständliche Worte gemurmelt. Er sei desorientiert gewesen und habe nicht mal seine eigene Familienangehörigen erkannt. Außerdem habe er mit seiner Hand Bewegungen vor dem Mund gemacht, als wolle er etwas verscheuchen. Er habe kaum Luft bekommen und Blut sei ihm aus dem Mundwinkel geronnen. Insbesondere das Auftreten von Blut aus dem Mundwinkel habe auf eine Hirneinblutung hingedeutet. Typische Anzeichen für einen stattgehabten Krampf hätten nicht vorgelegen. Der behandelnde Notarzt hätte daher nicht von einem Krampfanfall ausgehen dürfen. Im Übrigen hätten die Angehörigen auch nie angegeben, dass er sich wegen eines bekannten Krampfleidens in Behandlung befinde. Vielmehr hätten sie lediglich ausgesagt, dass er sich aufgrund einer posttraumatischen Belastungsstörung nach einem Betriebsunfall in der neurologischen Behandlung bei Dr. Q befinde. Ein Anfallsleiden, z. B. eine Epilepsie, sei von Angehörigen nicht bejaht worden und habe auch nicht vorgelegen. Aufgrund der stattgehabten Symptome, insbesondere der Blutung aus dem Mundwinkel habe der Verdacht einer zerebralen Blutung diagnostiziert werden müssen. Aus diesem Grund sei es zwingend erforderlich gewesen, ihn zur Durchführung sofortiger operativer Maßnahmen in das nächstgelegene Krankenhaus, nämlich die St. Barbara-Klinik, zu verbringen. Die Lenkung des Notarzteinsatzes der Stadt I sei sorgfaltswidrig, zumindest aber ermessungsfehlerhaft erfolgt. In Ansehung dessen, dass akute Lebensgefahr nicht habe ausgeschlossen werden können und eine CT-Diagnostik erkennbar unabdingbar gewesen sei, habe das nächstgelegene Krankenhaus mit einer neurochirurgischen Abteilung angesteuert werden müssen.

Selbst wenn man zu Gunsten der beklagten Stadt unterstelle, dass die St. Barbara-Klinik keine Kapazitäten mehr aufgewiesen habe, so hätte man ihn dort als Notfall dennoch aufnehmen müssen. Es sei nicht darum gegangen, ein Bett für ihn zu finden, sondern vielmehr darum, ihn schnellstmöglich einer operativen Versorgung zuzuführen. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, dass eine vermeintliche Belegung gemeldet worden sei, er dann aber zwei Stunden später doch operiert und stationär aufgenommen worden sei.

Durch die fehlerhafte Verbringung in das Krankenhaus in V sei wertvolle Zeit verstrichen, was zur Folge gehabt habe, dass eine Wiederherstellung seiner Gesundheit letztlich nicht mehr möglich gewesen sei. Er habe mehrere Wochen gebraucht, ehe er sich überhaupt habe erinnern und registrieren können, was

ihm passiert sei. Sein gesundheitlicher Zustand sei sehr kritisch. Er sei motorisch eingeschränkt und leide an Gedächtnisstörungen. Seine Sprache sei sehr undeutlich und es bestehe eine halbseitige Lähmung rechts. Er könne sich weder fortbewegen noch alleine duschen, essen oder ähnliche Verrichtungen selbstständig durchführen. Am normalen Leben könne er nicht mehr teilhaben und sei ständig auf Hilfe angewiesen. Außerdem leide er unter erheblichen Schmerzen. Alle drei Tage erhalte er deshalb ein Schmerzpflaster und nehme täglich 16 Medikamente ein. Es bestehe derzeit Pflegestufe I. Die Voraussetzungen für eine höhere Pflegestufe, vermutlich Pflegestufe III, würden aber vorliegen. Auch psychisch sei er hochgradig belastet. Seit dem 01.09.2011 erhalte er infolge seines Gesundheitszustandes eine Rente wegen voller Erwerbsminderung. Durch die verzögerte Behandlung und Ausdehnung der Hirnblutung habe sich zudem erstmals ein Krampfleiden eingestellt. Auch eine Teilhabe an der Führung des Haushaltes sei ihm nicht mehr möglich.

Der Kläger erachtet aufgrund der Folgen des behaupteten fehlerhaften Einsatzes ein Schmerzensgeld in Höhe von 80.000,00 EUR für angemessen.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe ausdrücklich in das Ermessen des Gerichts gestellt wird;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm jeglichen materiellen und derzeit nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden zu ersetzen aufgrund des fehlerhaften Rettungsdiensteinsatzes vom 24.01.2011, soweit der Anspruch nicht auf öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsträger übergegangen ist.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, der Kläger sei während des Notarzteeinsatzes am 24.02.2011 ordnungsgemäß behandelt und versorgt worden. Der Kläger habe sich gegenüber dem Zeugen M wach, ansprechbar und konversationsfähig gezeigt. Anhaltspunkte für einen etwaigen Hirndruckanstieg habe es nicht gegeben, so dass die von dem Zeugen M gestellte Verdachtsdiagnose vollkommen zutreffend gewesen sei. Aufgrund dieses Befundes sei es richtig gewesen, den Kläger einer neurologischen Klinik mit der Möglichkeit der Anfertigung eines CCT und eines intensivmedizinischen Hintergrundes zu verbringen. Die St. Barbara-Klinik verfüge über keine neurologische Abteilung und sei darüber hinaus zum fraglichen Zeitpunkt bereits komplett belegt gewesen. Auch im Marienhospital in I und im St. F.-hospital in M1 seien keine Kapazitäten mehr frei gewesen, so dass allein das Krankenhaus in V als nächste erreichbare neurologische Abteilung mit CCT und intensivmedizinischem Hintergrund zur Verfügung gestanden habe.

Dass bei dem Kläger eine epidurale Blutung vorgelegen habe, habe sich weder aus den Angaben gegenüber dem Notarzt noch aus den zu erhebenden klinischen Befunden ergeben. Ein CCT habe naturgemäß nicht vom Notarzt erstellt werden können, ebenso wenig habe der Notarzt die Indikation zu einer neurochirurgischen Intervention treffen können. Erst nachdem im Krankenhaus in Unna ein CCT durchgeführt und dort erstmals eine cerebrale Blutung diagnostiziert worden sei, habe Veranlassung bestanden, den Kläger in die neurochirurgische Klinik der St. Barbara-Klinik zu verlegen. Diese Verlegung falle im Übrigen nicht in den Verantwortungsbereich der Beklagten, sondern sei alleinige Entscheidung des verlegenden Krankenhauses in V gewesen.

Die weiteren Folgen werden mit Nichtwissen bestritten. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger schon vor der streitgegenständlichen Behandlung unter Krampfanfällen gelitten und aus diesem Grunde bei Dr. Q in Behandlung gewesen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Beiziehung von Krankenunterlagen sowie durch Vernehmung der Zeugen M, G, B1 und B2 sowie durch Einholung eines notfallmedizinischen Sachverständigengutachtens von Dr. L2, welches der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung erläutert hat. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf das Gutachten vom 08.05.2014 (Bl. 221 ff. d. A.) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.03.2015 (Bl. 291 ff. d. A.).

#### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß §§ 839, 253, 249 BGB auf Zahlung von Schmerzensgeld oder Schadensersatz. Der Kläger hat nicht bewiesen, dass das Rettungsteam, das für die Beklagte am 24.02.2011 hoheitlich handelnd tätig geworden ist, dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflichten verletzt hat. Die Kammer ist vielmehr nach Durchführung der Beweisaufnahme sogar davon überzeugt, dass das Handeln des Teams bestehend aus Notarzt und Rettungsassistenten den zu stellenden Anforderungen im Rettungswesen ohne jegliche Einschränkung gerecht geworden ist. Die Kammer folgt dabei der Einschätzung des Sachverständigen Dr. L2, der selbst über eine große Erfahrung als Notarzt verfügt, die keinerlei Zweifel an seiner Kompetenz aufkommen lässt. Er hat sämtliche, auch streitigen Tatsachen, sorgfältig gewürdigt und sein schriftliches Gutachten in der mündlichen Verhandlung überzeugend erläutert.

Als das Rettungsteam bestehend aus zwei Rettungsassistenten des RTW und einem Arzt sowie Rettungsassistent des NEF in der Wohnung des Klägers eintraf, ist zunächst festgestellt worden, dass eine akut lebensbedrohliche Situation nicht bestand. Was die Schilderung der Auffindesituation angeht, so weichen die Schilderungen der Parteien und auch der Zeugen nur geringfügig voneinander ab, die nach den Ausführungen des Sachverständigen für den weiteren Verlauf ohne Relevanz sind.

Zunächst ist festzustellen, dass unstreitig der Patient selbst atmete und nicht bewusstlos war. Er wies auch keine schwerwiegenden äußeren Verletzungen auf. Nach den Ausführungen des Sachverständigen war es daher geboten, nunmehr das Geschehen zu eruieren. Danach war der Kläger von seiner Familie im Bad aufgefunden worden. Es mag sein, dass die Familie selbst keine Zuckungen im Sinne eines Krampfanfalls geschildert hat und die Aufnahme in das Notarztprotokoll eine Schlussfolgerung des Notarztes enthält. Gegen eine Schilderung der Angehörigen spricht, dass der Kläger zuvor Krampfanfälle ausweislich der Unterlagen von Dr. Q nicht erlitten hatte, sondern dort wegen eines posttraumatischen Belastungssyndroms nach einem Stromschlag in Behandlung war. Gleichwohl durfte der Notarzt M nach Auswertung aller Befunde und Schilderungen zu der Erstdiagnose kommen, dass ein Krampfanfall vorliege. Typische Anzeichen für einen Krampfanfall sind nach den Ausführungen des Sachverständigen ein akuter, zeitlich limitierter Bewusstseinsverlust. Dies war bei dem Kläger gegeben. Die Ehefrau hatte ihn bewusstlos aufgefunden. Beim Eintreffen des Notarztes war er bei Bewusstsein, wenn auch nach Schilderungen sämtlicher Beteiligten im Bewusstsein beeinträchtigt, was ein typischer Verlauf nach einem Krampfanfall darstellt. Hier ist oft eine verzögerte Reorientierung mit Verwirrheitszuständen festzustellen. Zuckungen der Extremitäten waren möglicherweise nicht beobachtet worden, dies schließt aber einen Krampfanfall nicht aus, da diese oft von kurzer Dauer sind und bereits beendet sein können, bevor Angehörige oder Notarzt den Patienten sehen. Der Kläger selbst schildert einen Blutfluss aus dem Mund. Dies passt zu der Beschreibung des Zeugen M, dass er einen Zungenbiss festgestellt hat. Es ist auszuschließen, dass es sich um Blut handelte, das auf die Hirnblutung zurückzuführen sein könnte.

Typische Anzeichen für ein schweres Schädel-Hirn-Trauma sind dagegen schwere äußere Kopfverletzungen. Diese lagen bei dem Kläger eindeutig nicht vor. Keine der Parteien oder der Zeugen schilderte eine sichtbare Kopfverletzung, mag im Krankenhaus später auch eine Prellmarke durch den Sturz festgestellt worden sein. Es lag kein fortbestehender Bewusstseinsverlust nach der Glasgow-Coma-Scale < 9 vor. Auch eine Halbseitensymptomatik bestand eindeutig nicht. Beide Zeuginnen schildern, dass der Kläger gleichermaßen mit beiden Händen Bewegungen vor seinem Gesicht gemacht hat. Auch die Pupillenmotorik, die von beiden Einsatzmannschaften überprüft worden ist, wies keine unterschiedlichen Werte der Pupillen auf. Sogar im Evangelischen Krankenhaus V sind später keine Besonderheiten bei der Pupillenreaktion notiert worden. Auch die klinische Trias bei intrakranieller Blutung mit Blutdrucksteigerung, Herzfrequenzverlangsamung und Cheyne-Stokes-Atmung lag nicht vor. Es ist daher festzuhalten, dass es keine eindeutigen Systeme gab, die auf ein epidurales Hämatom hinwiesen.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass bei dem Kläger ein Vorhofflimmern bestand. Dieses Vorhofflimmern kann dazu führen, dass sich Thromben lösen und zu einem Schlaganfall führen, dieser wiederum zu einem Krampfanfall. Da nichts für ein Schädelhirntrauma nach einem Sturzereignis sprach, war es nachvollziehbar und vertretbar, dass der Notarzt von einem Krampfanfall ausgegangen ist. In einer neurologischen Klinik durch Anfertigung einer CT-Bildgebung war deshalb abzuklären, ob es sich um einen unkomplizierten Krampfanfall im Rahmen eines neurologischen Grundleidens handelte oder möglicherweise um einen akuten Schlaganfall, bei dem ein Zeitfenster von vier Stunden hätte genutzt werden müssen, um eine sogenannte Lysetherapie durchzuführen. Das Vorliegen dieser Erkrankungen war um ein Vielfaches nahe liegender als eine operativ zu behandelnde Hirnblutung. Aus diesem Grunde war es richtig, den Patienten einer neurologischen Klinik zuzuführen.

Im Übrigen weiß die Kammer aus ihrer Erfahrung als mit Arzthaftungssachen befassten Kammer sowie auch nach den Ausführungen des Sachverständigen, dass auch ein neurochirurgischer Eingriff zwingend eine Bildgebung voraussetzt. Der Sachverständige hat daher in seinem Gutachten auch darauf hingewiesen, dass es mit den Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurochirurgie zu vereinbaren ist und von dieser sogar empfohlen wird, selbst bei Schädelhirntraumen zunächst in einer neurologischen Abteilung eine Bildgebung zu veranlassen.

Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung noch einmal eindringlich darauf hingewiesen, dass keine neurochirurgische Klinik, deren Plätze auch nach Kenntnis der Kammer rar sind, einen solchen Patienten ohne schwere erkennbare traumatische Hirnverletzung, bei dem auch die Frage nach einem Schlaganfall im Raum stand, aufgenommen hätte.

Es war daher uneingeschränkt richtig, dass das Rettungsteam sich entschlossen hat, den Kläger in ein Krankenhaus zu bringen, das über eine neurologische Abteilung verfügt. Die Barbara-Klinik in I verfügt gerichtsbekannt nicht über eine solche Abteilung, sondern über eine neurochirurgische Abteilung. Unstreitig wäre das nächstgelegene Krankenhaus mit neurologischer Abteilung das St. Marienhospital in I gewesen. Nach Durchführung der Beweisaufnahme ist die Kammer davon überzeugt, dass eine Aufnahme in diesem Hospital nicht möglich war. Dies ergibt sich zum einen aufgrund der vorgelegten Belegmeldung vom 24.02.2011 (Bl. 156 d. A.). Die Zeugen G und M haben glaubhaft bestätigt, dass gleichwohl

telefonisch versucht wurde zu erfragen, ob eine Aufnahme des Patienten möglich ist, was verneint worden ist. Dem Notarzt war es daher nicht möglich, dieses Krankenhaus anzusteuern.

Das Leitsystem, bei dem die Krankenhäuser ihre Belegung melden, dient gerade dazu, die Abläufe im Rettungswesen zu kanalisieren und unnötige zwecklose Anfahrten zu vermeiden. Der Notarzt darf diese Belegt-Meldungen nicht ignorieren. Denn ein Krankenhaus ist nicht verpflichtet und auch gar nicht in der Lage, trotz Belegt-Meldungen Behandlungen vorzunehmen. So ist beispielsweise eine neurochirurgische Operation nur möglich, wenn für die weitere Behandlung ein Intensivplatz zur Verfügung steht. Der Kammer ist aus ihren Erfahrungen bekannt, dass leider die Kapazitäten so sein können, dass dies nicht gewährleistet ist. Auch in der neurologischen Abteilung kann es sein, dass ein CT-Gerät schlicht belegt ist und eine sofort erforderliche Bildgebung nicht stattfinden kann. Auch kann es sein, dass in einer Schlaganfallabteilung die nötigen Intensivbetten nicht gestellt werden können. Der Sachverständige hat daher nach Ansicht der Kammer zu Recht darauf hingewiesen, dass das Äußerste, was das Rettungsteam unternehmen konnte, die Möglichkeit war, telefonisch nachzufragen, ob die Belegt-Meldung seine Richtigkeit hat und nicht doch der Patient aufgenommen werden könne. Dies ist verneint worden. Nach den glaubhaften Angaben der Zeugen muss die Kammer davon ausgehen, dass letztlich nur die Option blieb, das etwas weiter entfernt liegende Evangelische Krankenhaus in V anzusteuern.

Während der Fahrt hatte das Rettungsteam im Übrigen keine Veranlassung, den Zielort zu korrigieren. Vielmehr sprach der Krampfanfall dafür, dass die Erstdiagnose richtig war. Die Fahrt zum Zielort, um möglichst schnell den Patienten einer Bildgebung zuzuführen, war daher richtig.

Im Übrigen kann die Kammer nicht feststellen, dass durch die Fahrt nach V im erheblichen Maße Zeit verschwendet worden wäre. Der Sachverständige hat sich der Mühe unterzogen, die Anfahrtswege zu kontrollieren und Fahrzeiten zu simulieren auch unter Berücksichtigung der nächtlichen Stunde und des Blaulichteinsatzes. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass mit 28 Minuten die Zeitdifferenz zur Verlegung gering ist, wenn man einerseits die Strecke EVK V und Verlegung in die Barbara-Klinik und auf der anderen Seite die Fahrt zum Marienhospital und sodann die Verlegung in die Barbara-Klinik vergleicht. Er hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Wartezeit bei einem Krankenhaus, dessen Aufnahmekapazität erreicht ist, um ein Vielfaches höher sein kann. Dies ist der Kammer auch aus Verfahren bekannt, so hat die Kammer vor Kurzem einen Fall zu entscheiden gehabt, bei dem ein Patient mit einem möglichen Schlaganfall zwei Stunden in einer Klinik warten musste, weil das CT-Gerät belegt war. Auch der in dem dortigen Verfahren eingesetzte Sachverständige hat keinen Fehler erkennen können, sondern darauf hingewiesen, dass dies der Wirklichkeit in bundesdeutschen Krankenhäusern entspricht.

Im Ergebnis kann die Kammer daher keinerlei Fehler im Rahmen des Rettungseinsatzes feststellen. Die Klage war daher abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

**49. OLG Hamm, Beschluss vom 18.03.2015 – I-3 U 20/14, 3 U 20/14 – \*** Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte weder ihre aus dem Krankenhausaufnahmevertrag resultierende dienstvertragliche Obhutspflicht noch ihre aus § 823 Abs. 1 BGB folgende - inhaltsgleiche - Pflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Patienten verletzt hat.

MedR 2015, 506 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)

#### Tenor

Der Senat weist nach Vorberatung darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Klägerin durch einstimmigen Senatsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

#### Gründe

I.

Die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen hat gem. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Auch erscheint eine mündliche Verhandlung nicht geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO). Insbesondere hat die weitere Rechtsverfolgung für die Klägerin, auch wenn es sich um eine Arzthaftungssache handelt, keine existentielle Bedeutung.

Das angefochtene Urteil erweist sich auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens als richtig. Die Klageabweisung beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zurelevante Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedarf es zu den Punkten, die Gegenstand der Berufung sind, nicht. Die mit der Berufung erhobenen Beanstandungen zeigen keine Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen sowie der vom Landgericht vorgenommenen Beweiswürdigung rechtfertigen. Der Sachverständige Dr. X2 hat sein Gutachten im Kammertermin erläutert.

II.

1.

Die Klägerin ist die Ehefrau und Alleinerbin des am 8.10.2012 verstorbenen D (im Folgenden: der Patient). Sie macht Schadensersatzansprüche aus übergegangenem Recht aus einer im Zeitraum vom 19.11. bis 28.11.2010 erfolgten stationären Behandlung des Patienten im Krankenhaus der Beklagten geltend mit dem Vorwurf, ein Sturz des Patienten am 28.11.2010, bei welchem dieser sich - unstreitig - eine Femurfraktur und – was streitig ist – eine Fraktur des LWK1 zugezogen habe, sei seitens der Beklagten durch Unterlassen der gebotenen Sicherungsmaßnahmen trotz Kenntnis der beim Patienten bestehenden Sturzneigung und kognitiven Defizite pflichtwidrig verursacht worden.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils gem. § 522 Abs. 2 S. 4 ZPO Bezug genommen.

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung ihre erstinstanzlichen Anträge auf Zahlung eines Schmerzensgeldes i.H.v. mindestens 30.000 €, materiellen Schadensersatzes in Höhe von monatlich 4.050 € für den Zeitraum 02.2001 bis 10.2012 sowie vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 5.188,40 € vollumfänglich weiter.

Sie rügt mit der Berufung, die Beklagte selbst sei zum Zeitpunkt der Einlieferung ausweislich der "Checkliste zur Dokumentation, welche Maßnahmen ergriffen wurden im Umgang mit schutzbedürftigen Personen" davon ausgegangen, dass der Patient sich nicht unbeaufsichtigt aufhalten dürfe. Soweit der Sachverständige ausgeführt habe, dass sich der Zustand des Patienten bis zum Sturzereignis möglicherweise gebessert habe, habe das Landgericht dazu keine Feststellungen getroffen. Für eine solche Besserung sei die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig. Aber auch wenn man von einer Darlegungs- und Beweislast der Klägerin ausgehe, so habe das Landgericht jedenfalls zu Unrecht den für die behauptete ständige Sturzgefahr und die durch seine kognitiven Einschränkungen gegebene Unfähigkeit des Patienten, sich an die diesbezüglichen Anweisungen des Pflegepersonals zu halten, angebotenen Zeugenbeweis übergegangen. Zudem habe das Landgericht auch nicht berücksichtigt, dass schon nach den Behandlungsunterlagen der Beklagten der Patient sturzgefährdet gewesen und sich sein geistiger Zustand während des stationären Aufenthaltes nicht gebessert habe. Die kognitiven Einschränkungen seien zudem durch die verabreichten Medikamente noch verstärkt worden.

Zudem habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass der Sturz bei einer sog. Bewegungs- und Transportmaßnahme geschehen sei. Der Patient sei zum Zwecke der Mobilisierung in den Aufenthaltsraum verbracht worden.

Weiter seien die Ausführungen des Sachverständigen dazu, ob die ständige Anwesenheit einer Aufsichtsperson geboten gewesen sei, nicht nachvollziehbar.

Schließlich habe es mit dem Anlegen von Hüftprotektoren eine weitere Maßnahme gegeben, die eine Fraktur des Schenkelhalses hätte verhindern können.

2.

**Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte weder ihre aus dem Krankenhausaufnahmevertrag resultierende dienstvertragliche Obhutspflicht noch ihre aus § 823 Abs. 1 BGB folgende - inhaltsgleiche - Pflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Patienten verletzt hat.**

a) Umfang und Ausmaß der dem Krankenhaus obliegenden Pflege und Betreuung richten sich in erster Linie nach dem Gesundheitszustand des Patienten. Für die konkrete Ausprägung der Obhutspflichten ist es maßgebend, ob im Einzelfall wegen der konkreten Verfassung des Patienten - seines Gesundheitszustandes, seiner körperlichen, seelischen und geistigen Verfassung - vor dem jeweiligen Sturzereignis aus der Sicht ex ante damit gerechnet werden musste, dass sich der Patient ohne besondere Sicherung selbst schädigen würde. Dabei sind die dem Krankenhaus gegenüber dem Patienten obliegenden Pflichten zudem begrenzt auf die in derartigen Einrichtungen üblichen Maßnahmen, die mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisierbar sind. Maßstab sind das Erforderliche sowie das für die Patienten und das Pflegepersonal Zumutbare. Aus dieser vielschichtigen Situation folgt in Schadensfällen eine nach Risikosphären zu differenzierende Darlegungs- und Beweislast. Befand sich der Patient zum Unfallzeitpunkt in einer konkreten, eine besondere Sicherungspflicht des Obhutspflichtigen auslösenden Bewegungs-, Transport oder sonstigen pflegerischen Maßnahmen, an der das Pflegepersonal unmittelbar beteiligt war, hat der Obhutspflichtige, hier das Krankenhaus der Beklagten, nach den Grundsätzen des voll beherrschbaren Risikos darzulegen und notfalls zu beweisen, dass der Unfall nicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten der Ärzte oder des Pflegepersonals beruhte (vgl. dazu Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. V 360 ff. mit umfangreichen Nachweisen). Hat sich der Unfall dagegen im üblichen, alltäglichen Gefahrenbereich, der grundsätzlich in der eigenverantwortlichen Risikosphäre des Geschädigten verbleibt, zugetragen, ändert sich an der allgemeinen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nichts. Der Geschädigte muss als derjenige, der einen Anspruch geltend macht, hier zunächst auf der Ebene der schadensbegründenden Kausalität (§ 286 ZPO) den vollen Beweis führen, dass der Träger der Pflegeeinrichtung Obhutspflichten verletzt hat (OLG Düsseldorf, GesR 2010, 689, zitiert nach juris Rn. 4).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen kann nicht festgestellt werden, dass das ärztliche Personal oder das Pflegepersonal der Beklagten die sie treffenden Pflichten bei der Behandlung und Pflege des Patienten verletzt haben:

aa) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass der Klägerin im vorliegenden Falle keine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt des vollbeherrschbaren Risikos zugutekommt.

Anders, als die Berufung meint, ist es hier nicht während einer Bewegungs-, Transport- oder sonstigen pflegerischen Maßnahme, an der das Pflegepersonal der Beklagten unmittelbar beteiligt war, zum Sturz des Patienten gekommen. Zum fraglichen Zeitpunkt war der Transfer des Patienten aus seinem Zimmer in den Aufenthaltsraum bereits seit rund 10 Minuten abgeschlossen. Der Patient hatte sich, wie der Dokumentation zu entnehmen ist, zwischenzeitlich an einen Tisch im Aufenthaltsraum gesetzt, sein Frühstück eingenommen und sich mit Mitpatienten unterhalten. Damit ist die vorliegende Konstellation entgegen der von der Berufung vertretenen Auffassung gerade nicht mit dem Sachverhalt vergleichbar, welcher der Entscheidung des Kammergerichts (20 U 401/01, GesR 2005, 305, zitiert nach juris) zugrunde lag: In dem vom KG entschiedenen Fall saß die betroffene Patientin zum Zwecke der unmittelbar bevorstehenden Verlegung in die Reha-Klinik in einem faltbaren Leichtgewichtsrollstuhl, der auf dem Gang vor dem Stationszimmer stand.

Richtig ist, dass es sich bei dem Verbringen des Patienten in den Aufenthaltsraum im pflegerischen Sinne um eine "Mobilisationsmaßnahme" gehandelt hat. Hierunter sind alle Maßnahmen zu verstehen, die der körperlichen Aktivierung zur Förderung und Erhaltung der Bewegungsfähigkeit der gepflegten Person dienen (vgl. Psychrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort "Mobilisation"). Indes ist nicht jede pflegerische Maßnahme der Mobilisation zugleich bzw. im ganzen Umfang ein Bewegungs- und Transportvorgang im oben angesprochenen Sinne. Soweit ein solcher im vorliegenden Fall zur Mobilisation erforderlich war, war er jedenfalls zum Zeitpunkt des Sturzes bereits abgeschlossen. Der Patient war bereits in den Stuhl im Aufenthaltsraum mobilisiert, was auch nicht mehr einem Weitertransport, sondern seinem dortigen Verbleib diene.

bb) Die Klägerin ist somit nach allgemeinen Grundsätzen in vollem Umfang dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass der Sturz des Patienten auf einem pflichtwidrigen Verhalten der Ärzte oder des Pflegepersonals der Beklagten beruhte. Diesen Beweis kann sie nicht führen. Dies gilt auch dann, wenn man zu ihren Gunsten unterstellt, dass die Zeugen Y und Y2 sowie C die Behauptungen, zu deren Beweis sie benannt sind, bestätigen.

(1) Entscheidend ist, ob es vor dem Sturzereignis konkrete Hinweise auf eine akute Sturzgefährdung gab. Hingegen ist eine lediglich latent vorhandene Sturzneigung nicht geeignet, eine allgemeine Fixierung oder beständige Überwachung eines Patienten zu rechtfertigen. Denn neben dem Schutz vor krankheitsbedingten Selbstgefährdungen schuldet das Krankenhaus zugleich auch die Förderung der Selbstständigkeit und der Mobilität des Patienten im jeweils angemessenen Maße (vgl. OLG Düsseldorf, GesR 2010, 689, zitiert nach juris Rn. 3; Thür. OLG, GesR 2012, 500, zitiert nach juris Rn. 22).

(2) Zu Recht hat das Landgericht, gestützt auf die Ausführungen des Sachverständigen Priv. Doz. Dr. X2, dessen Sachkunde als Chefarzt einer Klinik für Geriatrie auch von Seiten der Klägerin nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird, eine solche, aus ex ante-Sicht erkennbar akute Sturzgefährdung des Patienten für den Vormittag des 28.11.2010 verneint.

(a) Richtig ist freilich, dass bei dem Patienten aufgrund seiner körperlichen Verfassung ein erhöhtes Risiko bestand zu stürzen, wenn er ohne die Unterstützung durch das Pflegepersonal aufzustehen und zu gehen versuchte, wobei allerdings zugleich darauf hinzuweisen ist, dass es bis zum 28.11.2010 tatsächlich noch nicht zu einem Sturz gekommen war. Im Mobilitätstest nach Tinetti, welcher sich in den Behandlungsunterlagen der Beklagten befindet, hatte der Patient lediglich 15 Punkte erreicht, was nach den Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten auf ein erhöhtes Sturzrisiko hinweist. Im Arztbericht des Chefarztes der Geriatriischen Abteilung, Dr. P, vom 30.11.2010 wird die Sturzgefahr sogar als hoch eingestuft.

(b) Dies allein begründete jedoch noch nicht die Notwendigkeit einer Fixierung des Patienten im Bett oder im Stuhl oder einer ständigen Überwachung durch das Pflegepersonal. Vielmehr war es, wovon auch das Landgericht ausgegangen ist, ausreichend - neben den weiteren von Beklagtenseite getroffenen Maßnahmen, wie sie sich aus der "Checkliste zur Dokumentation, welche Maßnahmen ergriffen wurden im Umgang mit schutzbedürftigen Personen" ergeben -, dass der Patient, was durch die Dokumentation belegt ist und von der Klägerin auch nicht bestritten wird, wiederholt vom Pflegepersonal angewiesen worden ist, nicht alleine aufzustehen. Dabei durfte das Personal der Beklagten davon ausgehen, dass der Patient in der Lage war, diese Anweisung zu verstehen und zu befolgen.

(aa) Der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten unter Verweis auf den am 22.11.2010 durchgeführten Mini-Mental-Status-Test, bei welchem der Patient 23 von 30 möglichen Punkten erzielte, ausgeführt, dass bei dem Patienten lediglich eine leichte kognitive Einschränkung vorgelegen hat. Im Kammertermin hat er ergänzend erläutert, dass bei diesem Ausprägungsgrad noch davon ausgegangen werden durfte, dass der Patient Anweisungen umsetzen könne.

Das Ergebnis des Mini-Mental-Status-Tests steht im Übrigen in Einklang mit dem ebenfalls in den Behandlungsunterlagen befindlichen Bogen zur "Risikobewertung", in dem zum Bewusstseinszustand des Patienten sowohl für den 23.11. als auch noch für den 28.11.2010 "klar, voll orientiert" festgehalten ist, und mit den Eintragungen in der Pflegedokumentation, die ebenfalls keine Auffälligkeiten i.S. einer Verwirrtheit oder Desorientierung erkennen lassen.

(bb) Anders als die Berufung meint, lässt sich der vorerwähnten "Checkliste" nicht entnehmen, dass die Beklagte selbst weitergehende Sicherungsmaßnahmen für notwendig erachtet hätte und davon ausgegangen wäre, der Sturzgefahr könne nur durch eine ständige Beaufsichtigung des Patienten ausreichend begegnet werden. Insoweit hat bereits das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht darauf hingewiesen, dass die in der Checkliste angekreuzte Maßnahme "Patient im Sichtkontakt zum Pflegepersonal" dem Punkt "Orientierungshilfen" zugeordnet ist und nicht etwa dem Punkt "Sturzgefahr". Ebenso unzutreffend ist der Vortrag der Berufung, in der Checkliste seien alle unter dem Punkt "Sturzgefahr" angeführten Maßnahmen angekreuzt. Markiert sind die vordruckten Maßnahmen "für ein sicheres Umfeld sorgen", "geeignetes Schuhwerk", "Anleitung der Gehhilfen", "Gehtraining unter fachlicher Anleitung", "für die Sicherheit des Bettes sorgen" und "Aufforderung nur in Begleitung das Bett/Zimmer zu verlassen". Die Checkliste enthält indes die Möglichkeit, weitere Maßnahmen vorzusehen, von der im Falle des Patienten jedoch gerade kein Gebrauch gemacht worden ist. Insbesondere ergibt sich aus der Checkliste insoweit nicht, dass seitens der Ärzte oder des Pflegepersonals zum Zeitpunkt der Erstellung der Checkliste, also am 23.11.2010, weitergehende Sicherungsmaßnahmen i.S. einer Fixierung oder ständigen Überwachung für notwendig erachtet worden wären.

Auch aus den Ausführungen des Sachverständigen im Kammertermin lässt sich nicht herleiten, dass dieser zumindest zu Beginn des stationären Aufenthaltes Anlass für einen ständigen Sichtkontakt zum Patienten gesehen hätte. Dabei entnimmt der Senat dem Gesamtzusammenhang, dass dem Sachverständigen die fragliche Checkliste im Kammertermin nicht vorgelegen hat. Aus dieser wäre, wie bereits dargelegt, ohne weiteres erkennbar gewesen, dass der Sichtkontakt zum Pflegepersonal gerade nicht als Maßnahme gegen die Sturzgefahr, sondern als Orientierungshilfe und damit in gänzlich anderem Zusammenhang vorgesehen war. Die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 4.12.2013 lassen jedenfalls erkennen, dass aus seiner Sicht ein (ständiger) Sichtkontakt zu dem in einem Einzelzimmer untergebrachten Patienten als Maßnahme der Sturzprophylaxe nicht sinnvoll war und von Seiten der Beklagten auch zu Beginn der stationären Behandlung tatsächlich nicht durchgeführt worden ist. Die weiteren Ausführungen des Sachverständigen stehen daher erkennbar unter der – wie ausgeführt: unzutreffenden - Prämisse, man habe seitens der Beklagten tatsächlich ursprünglich eine ständige Beaufsichtigung für notwendig erachtet. Nur unter dieser Voraussetzung wäre es nach den Ausführungen des Sachverständigen möglicherweise fehlerhaft gewesen, den Patienten ohne ständige Beaufsichtigung in den Aufenthaltsraum zu setzen.

(cc) Dafür, dass es im Verlaufe des stationären Aufenthaltes zu einer Verschlechterung seiner kognitiven Fähigkeiten des Patienten gekommen wäre, wie die Klägerin behauptet, lässt sich den Behandlungsunterlagen nichts entnehmen. Soweit die Berufung auf den Arztbrief vom 27.12.2011 verweist, wird dort sogar explizit ausgeführt, dass sich die kognitiven Fähigkeiten des Patienten auch nach dem Sturz am 28.11.2011 gegenüber den am 22. und 23.11.2011 erhobenen Befunden nicht verändert hätten ("gleichermassen eingeschränkt wie vorher").

(cc) Die grundsätzlich vorhandene Fähigkeit des Patienten, Anweisungen zu befolgen, wird auch nicht dadurch entscheidend in Frage gestellt, dass er bei zwei Gelegenheiten dieser Anweisung zuwider gehandelt hat. Der Dokumentation der Beklagten ist zu entnehmen, dass der Patient zunächst am 22.11.2010 um 19.00 Uhr die Toilette aufgesucht hat und ein weiteres Mal am 25.11.2010 um 18.15 Uhr, in beiden Fällen ohne zuvor das Pflegepersonal zu rufen, wobei bei dem letzteren Vorfall Nachbarn des Patienten - offenbar die von der Klägerin benannten Zeugen Y und Y2 - zugegen waren. Auf diese Vorfälle bezieht sich offensichtlich auch der von der Berufung angeführte Arztbericht vom 30.11.2010, wenn dort die Rede davon ist, dass mehrmals beobachtet worden sei, dass der Patient sich selbst mobilisiert habe. Allein der Umstand, dass der Patient der ihm erteilten Anweisung zweimal zuwidergehandelt hat, lässt für sich gesehen jedoch noch nicht den Schluss zu, dass er aufgrund seiner kognitiven Beeinträchtigung nicht in der Lage gewesen wäre, die Notwendigkeit dieser Verhaltensanweisung zu erkennen und danach zu handeln. Derartiges lässt sich auch nicht dem vorbezeichneten Bericht vom 30.11.2010 entnehmen, in dem auf eine hohe Sturzgefahr des Patienten wegen häufiger Unkonzentriertheit verwiesen wird. Denn zugleich ist dort im unmittelbaren Zusammenhang ausgeführt, dass bei dem Patienten nur eine leichte kognitive Einschränkung bestanden habe und das grundsätzliche Verständnis für die erteilten Anweisungen gegeben gewesen sei.

Ein Handeln gegen ärztlichen oder pflegerischen Rat kann verschiedenste Gründe haben, die nicht notwendig im Zusammenhang mit einer Einschränkung der mnestischen und kognitiven Fähigkeiten stehen. Insoweit sind diese Vorfälle nicht geeignet, das Ergebnis der ärztlicherseits durchgeführten Testung in Frage zu stellen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass in beiden Fällen offenbar ein bei dem Patienten

gegebener Harn- oder Stuhldrang Anlass war, der Anweisung entgegen zu handeln, mithin eine Sonder-situation, in der es Patienten - sei es wegen des dringend empfundenen Bedürfnisses, sei es aus Scham - erfahrungsgemäß besonders schwer fällt, das Eintreffen des Pflegepersonals abzuwarten.

Auch die von der Klägerin behaupteten, zeitlich nicht näher eingeordneten Wahrnehmungen der Zeugen Y und Y2 sind nicht geeignet, schwerere geistige Defizite des Patienten hinreichend zu belegen. Es ist unstrittig und ergibt sich aus dem Verlaufsbericht, dass der Patient am 25.11.2010 entgegen der ihm erteilten Anweisung das Bett verlassen hat, um die Toilette aufzusuchen. Allein aus dem Umstand, dass der Patient nach Darstellung der Klägerin auf die erneut geäußerte Anweisung der Pflegekraft, er dürfe nicht alleine aufstehen, mit der Äußerung reagiert hat, er könne doch aufstehen, lässt nicht den sicheren Schluss zu, dass der Patient geistig nicht in der Lage gewesen wäre, die grundsätzliche Berechtigung dieser Anweisung einzusehen und ihr Folge zu leisten. Sie kann genauso gut Ausdruck eines momentanen Unwillens und einer gewissen Eigensinnigkeit sein. Nichts anderes gilt für die Wahrnehmungen, die der Zeuge C gemacht haben soll. Was die Beurteilung des Ausmaßes der beim Patienten vorhandenen kognitiven Beeinträchtigungen angeht, so kann der laienhaften Einschätzung der Zeugen Y und Y2 und C keinesfalls eine größere Aussagekraft beigemessen werden als dem Ergebnis eines von ärztlicher Seite durchgeführten standardisierten Screening-Verfahrens zur Ermittlung kognitiver Defizite sowie den Beobachtungen des Pflegepersonals der geriatrischen Station. Dies gilt umso mehr, als seitens der Klägerin über die jeweilige Aussage des Patienten hinaus, er sei in der Lage alleine zu laufen, keine weiteren konkreten Auffälligkeiten, die auf eine schwerere Ausprägung der kognitiven Defizite hinweisen würden, in das Wissen der Zeugen gestellt werden.

(dd) Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass auch die Klägerin nicht behauptet, dass der Patient, der sich zum Zeitpunkt des Sturzereignis am Mittag des 28.11.2010 immerhin schon seit 9 Tagen auf der Station aufhielt, bei mehr als diesen beiden genannten Vorfällen tatsächlich ohne Hilfe des Pflegepersonals aufgestanden wäre. Dies weist jedoch eher daraufhin, dass der Patient sehr wohl grundsätzlich in der Lage gewesen ist, die Anweisung, nicht ohne Hilfestellung aufzustehen, auch umzusetzen. Dass dem Patienten eine kritische Einschätzung seiner Fähigkeiten möglich gewesen ist, legt auch der Umstand nahe, dass er am 22.11.2010, nachdem er zunächst alleine die Toilette aufgesucht hatte, anschließend nach dem Pflegepersonal schellte, als er merkte, dass er den Weg zurück alleine nicht schaffen würde. Auch dies spricht eher gegen die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin, der Patient sei geistig verwirrt und nicht in der Lage gewesen, die Anweisungen des Pflegepersonals nachzuvollziehen.

(ee) Unabhängig davon hat die Klägerin jedenfalls nicht nachweisen können, dass nach der konkreten Verfassung des Patienten am 28.11.2010 aus ex ante-Sicht noch die akute Gefahr bestand, dass der Patient der Anweisung, nicht ohne die Hilfe des Pflegepersonals aufzustehen, zuwider handeln würde und daher eine akute Sturzgefahr bestand.

Beide Vorfälle, bei denen der Patient ohne Verständigung des Pflegepersonals alleine aufgestanden war, lagen zum Zeitpunkt des Sturzereignisses bereits mehrere Tage zurück. Dass es nach dem 25.11.2010 zu erneuten Versuchen des Patienten gekommen wäre, ohne Hilfe des Pflegepersonals alleine aufzustehen, lässt sich weder den Behandlungsunterlagen der Beklagten noch dem Vortrag der Klägerin entnehmen. Der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten darauf hingewiesen, dass sich der Patient zum Zeitpunkt des Sturzes bereits in der Mitte seiner geriatrischen Frührehabilitation befand, während des Verlaufs regelmäßig in seinem Einzelzimmer zu den Mahlzeiten an den Tisch gesetzt worden war und dort auch längere Zeit unbeaufsichtigt gesessen hatte. Auch der Aufenthaltsraum, in welchen er am Mittag des 28.11.2010 mobilisiert worden war, war dem Patienten bereits bekannt, da er dort ausweislich der Pflegedokumentation bereits am 25.11.2010 gefrühstückt hatte, ohne dass es dabei zu dem Versuch gekommen wäre, den Aufenthaltsraum alleine zu verlassen.

Zudem ergeben sich aus der Pflegedokumentation für den 28.11.2010 auch keinerlei Anhaltspunkte für psychische Auffälligkeiten des Klägers an diesem Morgen. Soweit die Klägerin vermutet, dass die Medikamente Cymbalta und Lyrica zu einer Verschlechterung des Zustandes ihres Ehemannes, insbesondere zu Panikattacken oder einer verminderten Auffassungsfähigkeit geführt hätten, hat der Sachverständige bereits in seinem schriftlichen Gutachten dargelegt, dass der Patient diese Medikamente bereits ab dem 22.11. - Cymbalta - bzw. ab dem 23.11.2010 - Lyrica - erhalten hatte, ohne dass sich aus der Dokumentation Anhaltspunkte dafür ergeben würden, dass bei ihm bis zum Mittag des 28.11.2010 mögliche Nebenwirkungen dieser Medikamente aufgetreten wären. Auch die Klägerin selbst behauptet nicht, dass der Patient bereits vor dem Sturz unter Trugwahrnehmungen gelitten hätte. Vielmehr kommt der Sachverständige für den Morgen des 28.11.2010 unter Auswertung der Pflegedokumentation zu der Beurteilung, dass der Patient psychisch geordnet war und keinerlei Anhaltspunkte für das Auftreten von Wahnvorstellungen oder Panikattacken bestanden.

cc) Wie den Ausführungen des Sachverständigen im Kammertermin zu entnehmen ist, erfordert es der medizinische und pflegerische Standard nicht, dass im Aufenthaltsraum einer geriatrischen Station ständig eine Aufsichtsperson anwesend ist. Ebenso wenig entspricht es nach den Ausführungen des Sachverständigen dem geschuldeten Standard, einem sturzgefährdeten Patienten grundsätzlich prophylaktisch Hüftprotektoren anzulegen. Der Sachverständige hat hierzu dargelegt, dass derartige Hilfsmittel

schon nicht in den Heil- und Hilfsmittelkatalog aufgenommen und nicht verordnungsfähig sind. Beklagten-seits musste auch keine Empfehlung an den Patienten und seine Angehörigen ausgesprochen werden, derartige Hüftprotektoren selbst anzuschaffen. Wie oben ausgeführt, bedurfte es solcher zusätzlichen Schutzmaßnahmen aus ex ante-Sicht nicht, da die bereits getroffenen Maßnahmen, insbesondere die Begleitung des Patienten beim Aufstehen und Gehen durch das Pflegepersonal, als ausreichend angesehen werden durften, um einen Sturz des Patienten zu verhindern. Schließlich lässt sich den Ausführungen des Sachverständigen auch lediglich entnehmen, dass es Studien gebe, wonach Hüftprotektoren helfen können, Schenkelhalsfrakturen zu verhindern. Die sichere Feststellung, dass im Falle des Patienten die eingetretenen Verletzungen durch einen solchen Hüftprotektor vermieden oder in ihrem Ausmaß zumindest vermindert worden wären, erlauben diese Ausführungen nicht. Auch hinsichtlich der Kausalität trägt die Klägerin indes die volle Beweislast.

III.

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung; weder die Rechtsfortbildung noch die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung gebieten eine Entscheidung des Berufungsgerichts.

**50. OLG Hamm, Urteil vom 17.03.2015 – I-28 U 208/13, 28 U 208/13 – \* Zu den Beratungspflichten eines Rechtsanwalts, der in einer vorausgegangenen Arzthaftungssache einen Abfindungsvergleich abschließt. - Zu Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität in einer Anwaltshaftungssache, wenn es um den hypothetischen Ausgang einer Arzthaftungssache geht**

1. Zu den Beratungspflichten eines Rechtsanwalts, der in einer vorausgegangenen Arzthaftungssache einen Abfindungsvergleich abschließt.
2. Zu Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität in einer Anwaltshaftungssache, wenn es um den hypothetischen Ausgang einer Arzthaftungssache geht.

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14.11.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

**Gründe**

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen der Verletzung anwaltlicher Berufspflichten auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch, daneben verlangt sie die Feststellung seiner weitergehenden Einstandspflicht.

Die Klägerin lastet dem Beklagten an, seine Pflichten in einem von der Klägerin erteilten Mandat verletzt zu haben, das folgende Arzthaftungsangelegenheit zum Gegenstand hatte:

Die am 16.02.19xx geborene Klägerin begab sich im 05.2002 in ärztliche Behandlung des seinerzeit in X/M als Orthopäden niedergelassenen Zeugen Dr. med. y, weil sie unter Schmerzen am rechten Fuß klagte. Hintergrund der Schmerzen war die Ausbildung eines Hallux valgus, d.h. einer Schiefstellung der Großzehe. Ferner wurde ein Pilzbefall des Großzehennagels festgestellt.

Am 13.05.2002 wurde zwischen der Klägerin und Dr. y besprochen, dass der Hallux valgus operativ korrigiert werden sollte. Außerdem sollte "etwas" wegen des Pilzbefalls am Großzehennagel unternommen werden. Der genaue Inhalt der Besprechung ist streitig.

Am 24.05.2002 wurde die geplante Operation durch Dr. y ambulant durchgeführt. Die Deformierung der Großzehe wurde nach der Methode Meyer-Scar behoben. Es erfolgte eine Fixation der Osteotomie mittels Schrauben und Drähten. Die X wurde schichtweise verschlossen; ein steriler Wundverband mit elastischen Binden wurde angelegt. Im direkten Anschluss wurde der pilzbefallene Nagel der Großzehe extrahiert. Dort wurde ein Verband mit Betaisodona angelegt.

An den beiden folgenden postoperativen Tagen klagte die Klägerin über mäßige Schmerzen.

Am 27.05.2002 erfolgte ein Verbandswechsel in der Praxis von Dr. y ohne auffälligen Befund.

Am 03.06.2002 wurde die Klägerin im St.-N-Hospital M zur stationären Behandlung aufgenommen wegen einer Schwellung des rechten Fußes. Im Rahmen einer Revisionsoperation wurde ein Wundabstrich genommen, bei dem ein Befall mit staphylococcus aureus festgestellt wurde. Die Entlassung erfolgte am 17.06.2002.

Am 08.07.2002 erfolgte eine Wiedervorstellung der Klägerin im St.-N-Hospital, weil sich ein Abszess an der Operationswunde ausgebildet hatte. Das hatte eine zweite Revisionsoperation zur Folge mit Entlassung der Klägerin aus der stationären Behandlung am 24.07.2002. Während eines weiteren stationären Aufenthalts im 08.2002 wurde eine dritte Revisionsoperation durchgeführt. Im 02. und 03.2003 wurde die

Klägerin stationär im St.-K-Stift in T behandelt wegen Schwellung und Schmerzhaftigkeit des rechten Vorfußes. Anlässlich einer radiologischen Untersuchung wurde eine weitgehende Zerstörung des rechten Großzehgrundgelenks festgestellt mit Verdacht auf Osteomyelitis.

Am 30.04.2003 suchte die Klägerin den in der Anwaltskanzlei I M X in N als Rechtsanwalt tätigen Beklagten auf und bat ihn um eine Beratung wegen eventueller gegen Dr. y geltend zu machender Ansprüche. Die Klägerin ging davon aus, dass die ärztliche Behandlung bei Dr. y fehlerhaft erfolgt sei und die Infektion mit Staphylokokken zur Folge gehabt habe.

Der Beklagte korrespondierte daraufhin in der Folgezeit zunächst mit Dr. y und sodann mit dessen Berufshaftpflichtversicherung - der B B-er und N GmbH -, die mit Schreiben vom 28.07.2003 etwaige Ansprüche zurückwies.

In der Zwischenzeit erhielt die Klägerin wegen der Fußbeschwerden mit Wirkung ab 01.07.2003 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung.

Im 08.2003 stellte sich die Klägerin erneut im St.-K-Stift in T vor, weil sich eine Fistelung im Operationsbereich eingestellt hatte. Im Rahmen eines operativen Eingriffs wurde erneut ein Befall mit staphylococcus aureus festgestellt. Die Klägerin wurde am 23.09.2003 aus der stationären Behandlung entlassen.

Im Herbst 2003 leitete der Beklagte für die Klägerin zur Klärung der Frage eines ärztlichen Behandlungsfehlers ein Verfahren vor dem Gutachterausschuss für Haftpflichtfragen der Ärztekammer Westfalen-Lippe ein.

Im 03.2004 wurde im St.-K-Stift eine Arthrodeese der Großzehe durchgeführt, d.h. eine operative Gelenkversteifung. Im 12.2004 wurde bei der Klägerin im St.-K-Stift T linksseitig ein künstliches Kniegelenk implantiert. Anschließend schloss sich eine Reha-Behandlung in der N Klinik Bad S an.

Im Rahmen des Verfahrens vor dem Gutachterausschluss der Ärztekammer wurde in den gutachterlichen Stellungnahmen des Chefarztes Dr. med. T3 vom 11.01.2005 und des Chefarztes Dr. med. T4 vom 12.07.2005 festgestellt, dass es zumindest "fragwürdig" gewesen sei, dass Dr. y im Rahmen der Hallux-Operation gleichzeitig den Großzehennagel entfernt habe. Dadurch seien wahrscheinlich Keime in den Operationsbereich der Großzehe verschleppt worden, die dann die nachfolgende Infektion ausgelöst hätten. Dementsprechend wurde durch Bescheid des Gutachterausschusses vom 26.07.2005 das Vorliegen eines Behandlungsfehlers festgestellt.

Vor diesem Hintergrund nahm der Beklagte mit Schreiben vom 15.08.2005 erneut Kontakt zu der B Berufshaftpflichtversicherung auf, um die Frage eines außergerichtlichen Vergleichs zu klären. Der Beklagte hielt einen Schmerzensgeldbetrag von mindestens 15.000,00 EUR für angemessen und bezifferte den Verdienstaufschaden der Klägerin für die Zeit vom 01.07.2003 bis 01.07.2005 auf 13.666,50 EUR.

Die Vergleichsbeträge wurden telefonisch nachverhandelt. Der Beklagte teilte der B am 24.08.2005 mit, dass er einen Schmerzensgeldbetrag von 15.000,00 EUR anrege zuzüglich eines Pauschalbetrages von 8.000,00 EUR für die bisher entstandenen materiellen Kosten, einschließlich Verdienstaufschaden.

Am 30.08.2005 bot die B dem Beklagten die Zahlung eines Abgeltungsbetrages von 16.000,00 EUR an. Dies teilte der Beklagte der Klägerin mit und wies darauf hin, dass damit auch Ansprüche abgegolten seien, die sich auf eine künftige Verschlechterung bezögen, z.B. bei Amputation der Zehe. Die Klägerin müsse einen solchen Vergleich nicht schließen, sondern könne z.B. auch lediglich einen Vergleich über das Schmerzensgeld schließen und sich bezüglich eines möglichen Zukunftsschadens weitere Ansprüche in Form eines Feststellungsurteils sichern. Im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung sei mit einem Schmerzensgeld in einer Größenordnung von 10.000,00 EUR zu rechnen.

Am 01.09.2005 besprach der Beklagte die Angelegenheit persönlich mit der Klägerin.

Am 06.09.2005 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass sie nach Rücksprache mit den Ärzten keinen Abfindungsvergleich abschließen wolle, weil später entstehende Ansprüche nicht ganz unwahrscheinlich seien.

Dies teilte der Beklagte wiederum mit Schreiben vom 07.09.2005 der B mit. In dem Anschreiben hieß es wörtlich:

Nach Rücksprache mit den nachbehandelnden Ärzten ist eine Verschlimmerung des Befundes nicht auszuschließen, so dass nur ein Vergleich abgeschlossen werden kann, der den bisher entstandenen Schmerzensgeldanspruch umfasst.

Darüber hinaus muss Herr Dr. y auf die Einrede der Verjährung dauerhaft und unbefristet verzichten.

Außerdem muss in dem Vergleichstext klargestellt werden, dass hiervon zukünftige weitere materielle und immaterielle Schäden nicht betroffen sind, vergleichbar einem Feststellungsantrag in einem gerichtlichen Verfahren.

Mit Schreiben vom 21.09.2005 wandte die B sich erneut an den Beklagten und teilte Folgendes mit:

Nachdem ein Abfindungsvergleich nicht abgeschlossen werden kann, erklären wir uns hiermit - unter Ausklammerung eines potentiellen Zukunftsschadens - bereit, eine Pauschalentschädigung von 10.000,00 EUR zur Verfügung zu stellen.

Die Haftung für heute noch nicht feststehende oder absehbare Schäden, die erwiesenermaßen darauf zurückzuführen sind, dass unserer Versicherungsnehmer den Fuß Ihrer Mandantin nicht korrekt behandelt hat, erkennen wir dem Grunde nach mit der Wirkung eines am 21.09.2005 rechtskräftigen Feststellungsurteils an.

Dem Anschreiben war eine von der Klägerin zu unterzeichnende Vergleichs- und Abfindungserklärung beigelegt, nach der gegen Zahlung von 10.000,00 EUR alle Schadensersatzansprüche aus der ab 24.05.2002 stattgefundenen ärztlichen Behandlung abgegolten sein sollten. Wörtlich hieß es:

Diese Erklärung erstreckt sich auf alle eingetretenen und erkennbaren sowie alle objektiv voraussehbaren Folgen des Schadensereignisses. Vorbehalten bleiben weitere Ansprüche nach Maßgabe von BGH VersR 80, 975.

Der Beklagte leitete diese Schreiben am 26.09.2005 an die Klägerin weiter und bat um Rücksprache, ob ein entsprechender Vergleich abgeschlossen werden solle. Der Beklagte führte dazu aus:

Danach würden Sie jetzt einen Betrag von 10.000,00 EUR erhalten, später hinzutretende Probleme, die heute noch nicht absehbar sind, wären davon nicht erfasst.

Die Klägerin teilte dem Beklagten am 21.10.2005 mit, dass der Vergleichsvorschlag angenommen werden solle. Der Beklagte informierte die B darüber mit Schreiben vom 24.10.2005. In der Folgezeit erhielt die Klägerin die 10.000,00 EUR ausgezahlt.

Im 09.2008 lernte die Klägerin ihre vormalige erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte kennen und berichtete dieser über ihren schlechten Allgemeinzustand. Aufgrund der Erläuterungen der damaligen Prozessbevollmächtigten entstand bei der Klägerin der Eindruck, dass ihre materiellen und immateriellen Schäden durch die gezahlten 10.000,00 EUR nicht angemessen abgegolten seien, weil sie nach mehr als sechs Jahren immer noch unter den Folgen der Operation leide.

Im Auftrag der Klägerin nahm deshalb die Prozessbevollmächtigte am 27.11.2008 telefonisch Kontakt zu der Rechtsnachfolgerin der B - der H AG - auf, um mögliche weitergehende Ansprüche der Klägerin zu klären. Des Weiteren wurde die Anfechtung der Vergleichs- und Abfindungserklärung erklärt.

Zugleich wandte die Bevollmächtigte sich an den Beklagten, der ihr allerdings mit Schreiben vom 29.12.2008 mitteilte, dass sich der im Jahre 2005 abgeschlossene Vergleich ohnehin nur auf das Schmerzensgeld bezogen habe. Es stehe der Klägerin selbstverständlich frei, weitergehende Ansprüche gegen Dr. y geltend zu machen.

Mit Schreiben vom 20.01.2009 teilte die H der damaligen Prozessbevollmächtigten der Klägerin hingegen mit, dass sich der abgeschlossene Vergleich nicht nur auf das Schmerzensgeld, sondern auch auf etwaige materielle Schäden bezogen habe. Soweit die Klägerin nunmehr Beschwerden im Knie bzw. Rückenprobleme vortrage, seien diese bereits bei Abschluss des Vergleichs absehbar gewesen. Die Klägerin könne deshalb die beabsichtigten Ansprüche nicht mehr geltend machen.

Vor diesem Hintergrund erhebt die Klägerin gegen den Beklagten folgende Regressvorwürfe:

Der Beklagte habe eine sorgfältige Beratung hinsichtlich des Für und Wider des Vergleichs unterlassen. Er habe ihr vielmehr den Abschluss des Vergleichs über 10.000,00 EUR empfohlen, der aber angesichts der erheblichen Gesundheitsschäden in keinsten Weise angemessen gewesen sei. Sie sei immerhin vollständig erwerbsunfähig gewesen. Mittlerweile könne sie nur noch 50 m zu Fuß laufen und maximal 5 Minuten am Stück stehen. Sie sei auf einen Rollstuhl und die Einnahme von Antidepressiva angewiesen. Auch weitere materielle Schadenspositionen (Verdienstaufschlag, Haushaltsführungsschaden, Zusatzkosten und vermehrte Bedürfnisse durch einen behindertengerechten Umbau des Hauses) seien vom Beklagten nicht thematisiert worden. Außerdem habe er übersehen, dass sie mit weiteren Ansprüchen wegen Beschwerden ausgeschlossen sei, die dem Beklagten seinerzeit bekannt gewesen seien. So habe der Beklagte angesichts des laufenden Rentenverfahrens gewusst, dass sich wegen der Beschwerden am rechten Fuß eine Mehrbelastung des gesunden linken Beins eingestellt habe. Ausweislich des im Rentenverfahren erstellten Gutachtens des Orthopäden Dr. L2 vom 09.10.2006 sei eine deutliche Verschlechterung eingetreten durch die Arthrose am linken Knie mit dem Erfordernis der Implantation eines künstlichen Kniegelenks sowie durch den Verschleiß auch des rechten Kniegelenks und der Lendenwirbelsäule. Außerdem sei eine Medikamentenabhängigkeit eingetreten. Daraus resultierende Ansprüche seien durch den abgeschlossenen Vergleich abgegolten, weil diese Beschwerdefolgen sich bereits aus dem damaligen Streitstoff ergeben hätten.

Die Klägerin ist zur Darlegung des Regressschadens davon ausgegangen, dass ihr durch den Vergleichsabschluss die Liquidierung folgender Schäden entgangen sei:

- weitergehendes Schmerzensgeld:

70.000,00 EUR

- Verdienstaufschlag:

40.881,47 EUR

- Haushaltsführungsschaden:

103.447,68 EUR

- Umbaukosten für PKW:

10.000,00 EUR

- Kosten für Einbau eines Treppenlifts:  
15.500,00 EUR
- Zusatzkosten für Schuhwerk:  
3.240,00 EUR
- Aufwendungen für Arztbesuche:  
1.800,00 EUR
- Kosten für Medikamente und Arztgebühren:  
950,00 EUR

245.819,15 EUR

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.12.2008 zu zahlen
2. festzustellen, dass der Beklagte - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs - verpflichtet ist, ihr allen materiellen und den weiteren immateriellen Schaden, der aus der Falschberatung und Vertretung des bei dem Beklagten unter dem Az.: 01147/3/0 geführten Vorgangs entstanden ist oder noch entsteht, zu ersetzen
3. hilfsweise:
  - a) den Beklagten zu verurteilen, an sie 245.819,15 EUR nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.12.2008 zu zahlen
  - b) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche immateriellen und materiellen Schäden, die aus der Falschberatung und Vertretung des bei dem Beklagten unter dem Az.: 01147/3/0 geführten Vorganges künftig entstehen, zu ersetzen - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs
4. den Beklagten zu verurteilen, sie von außergerichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung i.H.v. 6.271,30 EUR, zu zahlen an Rechtsanwältin T1-T1 , freizustellen und diesen Betrag ab Klagezustellung mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen
5. den Beklagten zu verurteilen, sie von außergerichtlichen Kosten durch die Beauftragung von Herrn Rechtsanwalt T in X im Rahmen der Korrespondenz mit der Rechtsschutzversicherung der Klägerin i.H.v. 837,52 EUR freizustellen und diesen Betrag ab Klagezustellung mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

Der Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Er hat geltend gemacht, die vereinbarte Vergleichssumme von 10.000,00 EUR sei angesichts der Sach- und Rechtslage angemessen gewesen. Er habe die Klägerin umfassend über die Konsequenzen des Vergleichsabschlusses informiert.

Selbst wenn er bei Abschluss des Vergleichs seine Pflichten verletzt haben sollte, sei der Klägerin dadurch kein kausaler Schaden entstanden. Der Klägerin hätten gegen Dr. y keine Ansprüche zugestanden, denn die ärztliche Behandlung sei nicht fehlerhaft erfolgt. Die Klägerin sei umfassend aufgeklärt worden. Die Entfernung des Großzehennagels habe ihrem Wunsch entsprochen. Selbst wenn die Klägerin über ein zusätzliches Infektionsrisiko bei der Nagelextraktion hätte aufgeklärt werden müssen, hätte sie sich für den tatsächlich stattgefundenen Operationsverlauf entschieden.

Das nunmehr geltend gemachte weitere Schmerzensgeld von 70.000,00 EUR sei krass übersetzt. Im Übrigen sei die Klägerin durch den Vergleichsabschluss keineswegs mit weitergehenden Ansprüchen ausgeschlossen. Im Gegenteil sei gerade vereinbart worden, dass seitens des behandelnden Arztes sämtliche potentiellen Zukunftsschäden und zwar in Form von nicht feststehenden oder absehbaren Schäden dem Grunde nach anerkannt wurden. Unabhängig davon hat der Beklagte weitere Einwände gegen Grund und Höhe der geltend gemachten Schadenspositionen erhoben.

Der Beklagte hat schließlich die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Beauftragung des Facharztes für Chirurgie und Orthopädie Prof. Dr. med. T. N2 mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Fehlerhaftigkeit der von Dr. y durchgeführten Operation. Das Gutachten wurde in schriftlicher Form am 09.04.2012 erstellt und in der Kammersitzung vom 14.11.2013 mündlich erläutert unter Einbeziehung des von der Klägerin beauftragten Privatgutachters Dr. med. T2. Zusätzlich wurde die Klägerin persönlich angehört.

Das Landgericht hat daraufhin die Klage mit folgender Begründung abgewiesen:

Der Klägerin stehe gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB zu.

Es könne dahinstehen, ob der Beklagte seine Pflichten gegenüber der Klägerin verletzt habe bzw. ob ein etwaiger Ersatzanspruch verjährt sei. Es lasse sich nicht feststellen, dass sich die Vermögenslage der Klägerin ohne den Abschluss des Vergleichs besser dargestellt hätte. Denn eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen Dr. y wäre nicht erfolgreich gewesen. Dessen seinerzeitige Behandlung sei nicht fehlerhaft gewesen. Nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2

könne dem behandelnden Arzt allenfalls insoweit ein Fehler angelastet werden, als dass keine Indikationslage für die Entfernung des Großzehennagels bestanden habe; dieser hätte vielmehr auch konservativ behandelt werden können. Es handele sich aber nach den Ausführungen des Sachverständigen keineswegs um einen groben Behandlungsfehler. Vor diesem Hintergrund lasse sich auch nicht feststellen, dass das Nagelbett bakteriell verkeimt gewesen sei bzw. dass Keime von dort in die X der Hallux-valgus-Operation gelangt seien. Es könne sich auch das mit der Hallux-Operation verbundene typische Wundinfektionsrisiko realisiert haben.

Der allein zu konstatierende Behandlungsfehler (indikationslose Entfernung des Großzehennagels) habe aber in seiner Konsequenz lediglich zum vorübergehenden Verlust des Zehennagels und für einige Tage zu zusätzliche Beschwerden der Klägerin geführt. Dies sei durch das gezahlte Schmerzensgeld von 10.000,00 EUR mehr als abgegolten.

Eine weitergehende Haftung des Arztes hätte sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Aufklärungspflicht ergeben. Es lasse sich bereits nicht feststellen, dass die Klägerin nicht über das Infektionsrisiko aufgeklärt worden sei. Zumindest müsse aber davon ausgegangen werden, dass die Klägerin in den operativen Eingriff auch bei Vornahme einer solchen Aufklärung eingewilligt hätte. Ihr sei schließlich daran gelegen gewesen, möglichst zeitnah wieder beschwerdefrei zu werden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Ansprüche weiterverfolgt.

Sie betont, dass dem Beklagten ein Beratungsfehler anzulasten sei, denn er habe ausweislich seines vorprozessualen Schreibens vom 07.09.2005 selbst nur einen Vergleich bezüglich des bis dahin entstandenen Schmerzensgelds angestrebt. Die tatsächlich mit der Haftpflichtversicherung getroffene Vereinbarung habe aber einen darüber hinausgehenden Umfang, der alle Zukunftsschäden abgelte, die seinerzeit erkennbar und objektiv vorhersehbar gewesen seien.

Die Klägerin stellt ferner darauf ab, dass das Landgericht im Rahmen der Kausalitätserwägungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung zwingend zur Annahme eines groben Behandlungsfehlers hätte kommen müssen, denn Dr. y habe die operative Entfernung des Großzehennagels ohne Indikationslage und ohne ihre Einwilligung vorgenommen; erst recht sei sie nicht über das damit zusammenhängende Risiko belehrt worden.

Das Landgericht hätte seiner Entscheidung bei fehlerfreier Beweiswürdigung auch nicht die Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 zugrundelegen dürfen. So habe Prof. Dr. N2 unreflektiert die Prozessbehauptung der Gegenseite übernommen, die Entfernung des pilzbefallenen Zehennagels sei "auf Wunsch der Klägerin" erfolgt, was tatsächlich nicht der Fall gewesen sei. Im Übrigen habe sich das Landgericht auch nicht mit den entgegenstehenden Stellungnahmen von Dr. T3 und Dr. T2 auseinandergesetzt

Die Klägerin beantragt,

das landgerichtliche Urteil abzuändern und

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.12.2008 zu zahlen
2. festzustellen, dass der Beklagte - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs - verpflichtet ist, ihr allen materiellen und den weiteren immateriellen Schaden, der aus der Falschberatung und Vertretung des bei dem Beklagten unter dem Az.: 01147/3/0 geführten Vorgangs entstanden ist oder noch entsteht, zu ersetzen
3. hilfsweise:
  - a) den Beklagten zu verurteilen, an sie 245.819,15 EUR nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.12.2008 zu zahlen
  - b) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche immateriellen und materiellen Schäden, die aus der Falschberatung und Vertretung des bei dem Beklagten unter dem Az.: 01147/3/0 geführten Vorganges künftig entstehen, zu ersetzen - vorbehaltlich eines Anspruchsübergangs
4. den Beklagten zu verurteilen, sie von außergerichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung i.H.v. 6.271,30 EUR, zu zahlen an Rechtsanwältin T1-T1, freizustellen und diesen Betrag ab Zustellung der unter dem 03.12.2010 erhobenen Klage mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen
5. den Beklagten zu verurteilen, sie von außergerichtlichen Kosten durch die Beauftragung von Herrn Rechtsanwalt T in X im Rahmen der Korrespondenz mit der Rechtsschutzversicherung der Klägerin i.H.v. 837,52 EUR freizustellen und diesen Betrag ab Zustellung der am 03.12.2010 erhobenen Klage mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen
6. hilfsweise den Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung an eine andere Kammer des Landgerichts zurückzuweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er rügt, dass die mit der Berufungsbegründung vorgetragene Einwände gegen das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. N2 verspätet seien. Ausweislich der Niederschrift über die Kammersitzung vom

14.11.2013 hätten die damaligen Klägervereiter erklärt, dass keine weiteren Fragen mehr an den Sachverständigen gerichtet werden sollten. Ebenso wenig sei ein Schriftsatznachlass beantragt worden.

Der Beklagte bekräftigt, dass ihm keine Pflichtverletzung anzulasten sei. Im Übrigen sei aber das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht die Entstehung eines kausalen Schadens bewiesen habe: Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 sei gerade nicht von einem groben Behandlungsfehler auszugehen. In der Rechtsprechung sei außerdem anerkannt, dass es keinen "groben Aufklärungsfehler" gebe. Außerdem sei ohnehin von einer pflichtgemäßen Aufklärung durch den Zeugen Dr. y auszugehen.

Das Landgericht habe sich schließlich im Rahmen seiner Beweiswürdigung durchaus mit den entgegenstehenden Ausführungen des Privatgutachters Dr. T2 auseinandergesetzt, auch wenn dessen Feststellungen nicht verwertbar seien, weil er als Kinderarzt und Hygieneverantwortlicher nicht in dem maßgeblichen Fachgebiet des behandelnden Arztes tätig gewesen sei.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils und die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien und den Sachverständigen Prof. Dr. N2 in der Sitzung am 03.02.2015 ergänzend angehört. Das Ergebnis der Anhörung geht aus dem Berichterstattervermerk vom gleichen Tag hervor.

II.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 Abs. 1 BGB zusteht.

1. Als die Klägerin am 30.04.2003 die Anwaltskanzlei I M X in N aufsuchte, um mit dem dort als Partner tätigen Beklagten etwaige Ansprüche gegen Dr. y besprechen, wurde ein entsprechendes anwaltliches Mandat der Sozietät und nicht dem Beklagten persönlich erteilt, dessen Haftung sich dann allerdings aus entsprechender Anwendung des § 128 HGB ergäbe.

2. Der Beklagte muss sich im Ausgangspunkt auch vorhalten lassen, seine anwaltlichen Beratungspflichten gegenüber der Klägerin verletzt zu haben.

Der Beklagte war bei der Erfüllung des Anwaltsdienstvertrages verpflichtet, zunächst die Interessenlage der Klägerin zu klären und sodann deren Interessen im Rahmen des erteilten Mandats umfassend und in jeder Richtung wahrzunehmen.

Der Beklagte hatte sich an dem Gebot des sichersten Weges zu orientieren und denjenigen Weg vorzuschlagen, der die größte Sicherheit der Zielerreichung versprach, um vermeidbare Nachteile zu vermeiden (BGH NJW 2012, 2435; BGH NJW 2009, 1589; BGH NJW 2007, 2486; BGH NJW 2006, 3494; Vill, in: Zuehör u.a. Handbuch der Anwaltschaftung, 3. Aufl. 2011, Rnrn. 631ff; Fahrendorf, in: Fahrendorf/Mennemeyer/ Terbill Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl. 2010, Rnr. 429ff, 566ff).

Die Klägerin hat den Beklagten aufgesucht, weil sie den Eindruck hatte, dass die etwa ein Jahr zuvor von Dr. y durchgeführte Operation fehlerhaft verlaufen und sie dadurch mit Staphylokokken infiziert worden sei.

Vor diesem Hintergrund war der Beklagte gehalten, den maßgeblichen Sachverhalt in Erfahrung zu bringen und sich mit dem behandelnden Arzt bzw. mit dem Berufshaftpflichtversicherer in Verbindung zu setzen.

Nachdem die B am 28.07.2003 etwaige Ansprüche zurückgewiesen hatte, war es pflichtgemäß, das Verfahren vor dem Gutachterausschuss der Ärztekammer einzuleiten. Als von dort mit Bescheid vom 26.07.2005 das Vorliegen eines Behandlungsfehlers bejaht worden war, musste die Angelegenheit erneut mit der Klägerin besprochen werden, weil es für die Bezifferung etwaiger Ansprüche auf ihr aktuelles Beschwerdebild ankam.

Insofern war zu konstatieren, dass im Anschluss an die eigentliche Hallux-valgus-Operation vier stationäre Aufenthalte im St.-K-Stift notwendig geworden waren mit drei Revisions-Operationen. Ferner war die Klägerin wegen des Vorfalles erwerbsunfähig. Die Großzehe rechts hatte versteift werden müssen, linksseitig war ein künstliches Kniegelenk eingesetzt worden, wobei insofern wegen der Fehlbelastung nicht ausschließbar ein Zusammenhang zur Hallux-valgus-Operation bestand.

Der Beklagte musste ferner in den Blick nehmen, dass die Sachverständigen des Gutachterausschusses einen Behandlungsfehler in dem Sinne bejaht hatten, dass die Entfernung des Großzehennagels kontraindiziert gewesen sei, weil dies das Risiko mit sich brachte, dass im Nagelbett vorhandene Keime in die Wunde der Hallux-valgus-Operation verschleppt würden.

Aus anwaltlicher Sicht war allerdings zu bedenken, dass die Sachverständigen sich nicht offen für einen "groben Behandlungsfehler" ausgesprochen hatten. Das bedeutete, dass die Klägerin letztlich den Beweis führen musste, dass die in der Hallux-valgus-Wunde vorgefundenen Keime gerade aus dem Nagelbett der Großzehe stammten. Insofern war zu konstatieren, dass der Sachverständige Dr. T3 einen Ursachenzusammenhang "mit großer Wahrscheinlichkeit" angenommen hatte und dass auch der weitere Sachverständige Dr. T4 einen Zusammenhang für "wahrscheinlich" hielt.

In rechtlicher Hinsicht genügte die bloße Wahrscheinlichkeit eines Ursachenzusammenhangs hingegen nicht für die Begründung eines Arzthaftungsanspruchs (Geiß/Greiner Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, B.190). Erforderlich war andererseits auch keine absolute und unumstößliche Gewissheit im Sinne eines naturwissenschaftlichen Nachweises, sondern ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln das Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen (st. Rspr., zuletzt BGH NJW 2014, 71).

Der Beklagte hat hierzu bei seiner Anhörung vor dem Senat glaubhaft dargelegt, dass er diese Kausalitätsfrage damals mit seinem Schwiegervater - dem inzwischen verstorbenen Prof. Dr. med. O - besprochen habe, der Chefarzt einer dermatologischen Klinik und zugleich führender Experte in Sachen Fußpilz gewesen sei. Sein Schwiegervater habe ihm mitgeteilt, dass die entsprechenden Keime praktisch überall vorkämen und dass er im Falle einer Prozessführung "nicht bewiesen kriege", dass ausgerechnet Keime vom Nagelbett in die Hallux-Wunde gewandert seien. Vor diesem Hintergrund sei er - der Beklagte - "nicht scharf darauf gewesen" einen Prozess gegen den behandelnden Arzt zu führen. Das habe er so auch gegenüber der Klägerin kommuniziert.

Unter Berücksichtigung dieser mit der Klägerin abgesprochenen Ausgangslage war es pflichtgemäß, dass der Beklagte sich anstelle einer Prozessführung zunächst mit Schreiben vom 15.08.2005 bemühte, eine außergerichtliche Einigung mit der B herbeizuführen.

Auch der vom Beklagten in diesem Schreiben angegebene Schmerzensgeldbetrag von "mindestens 15.000,00 EUR" war unter Abwägung einerseits der negativen Operationsfolgen und andererseits der bevorstehenden Prozessrisiken nicht als unangemessen niedrig anzusehen, denn in der damaligen Rechtsprechung waren beispielsweise folgende Ansprüche zuerkannt worden:

- OLG Oldenburg, Urt. 5 U 104/96 vom 03.12.1996: 5.000,00 EUR Schmerzensgeld und immaterieller Vorbehalt bei fehlerhafter Operation an der linken Großzehe, die versteift werden musste mit erheblichen Einschränkungen beim Stehen und Gehen sowie im beruflichen Bereich
- LG Freiburg i. Br., Urt. 8 O 167/97 vom 03.06.1998: 7.500,00 EUR Schmerzensgeld und immaterieller Vorbehalt bei zwei fehlgeschlagenen Hallux-rigidus-Operationen mit nachfolgender Ausbildung einer schmerzhaften Arthrosis deformans
- OLG Düsseldorf, Urt. 8 U 167/96 vom 02.10.1997: 7.500,00 Schmerzensgeld bei fehlerhafter Durchführung einer Hallux-valgus-Operation mit daraus folgenden Gehbeeinträchtigungen
- LG Wuppertal, Urt. 5 O 142/01 vom 25.01.2005: 10.000,00 EUR Schmerzensgeld und immaterieller Vorbehalt bei fehlerhafter Operation an der rechten Großzehe, die nach einer Wundinfektion versteift werden musste

Darüber hinaus waren zusätzliche materielle Einbußen der Klägerin durch entgangene Einkünfte und einen etwaigen Haushaltsführungsschaden in den Blick zu nehmen.

Nachdem die B mit Schreiben vom 30.08.2005 geantwortet und eine Vergleichssumme von 16.000,00 EUR angeboten hatte, mit der sämtliche - auch zukünftigen - materiellen und immateriellen Ansprüche der Klägerin abgegolten sein sollten, war der Beklagte gehalten, diesen Vorschlag mit der Klägerin durchzusprechen.

Die anwaltliche Beratungspflicht des Beklagten musste dabei darauf ausgerichtet sein, die Mandantin umfassend und erschöpfend über Chancen und Risiken eines Vergleichsabschlusses in Relation zu einer ansonsten erforderlichen Prozessführung zu belehren. Der Klägerin war eine eigenverantwortliche Entscheidung zu ermöglichen, ob sie sich auf den Vergleichsabschluss einlassen wollte oder nicht (BGH NJW 2009, 1589; BGH NJW 2007, 2485). In diesem Zusammenhang musste die Klägerin auch über Inhalt und Tragweite des beabsichtigten Vergleichs belehrt werden, damit sie sich vergewissern konnte, ob die von ihr für wichtig erachteten Rechtspositionen gewahrt wurden (BGH NJW 2009, 1589; BGH NJW 2002, 292; BGH NJW-RR 1996, 567).

Mit seinem weiteren Vorgehen ist der Beklagte diesen Anforderungen zunächst gerecht geworden. Er hat die Klägerin mit Schreiben vom 31.08.2005 belehrt, dass der vorgeschlagene Vergleich keine Nachzahlung erlaube, wenn sich künftig Verschlechterungen in ihrem Gesundheitszustand ergäben. Um diesen Nachteil zu vermeiden könne auch der Abschluss eines Vergleichs erwogen werden, bei dem Zukunftschäden ausgeklammert blieben. Dann würde sich allerdings - so der Beklagte gegenüber der Klägerin - ein geringerer Zahlbetrag ergeben; das Schmerzensgeld werde sich dann vermutlich auf 10.000,00 EUR belaufen. Bei einer weiteren persönlichen Unterredung am 01.09.2005 hat der Beklagte die Klägerin zusätzlich darauf hingewiesen, dass die Entscheidung über den Vergleichsabschluss bei ihr liege und sie sich mit den behandelnden Ärzten und ihrer Familie absprechen möge.

Das hat die Klägerin in der Folgezeit getan und sich gegen den Abschluss des vorgeschlagenen Vergleichs entschieden, insbesondere weil ihre behandelnden Ärzte die gesundheitliche Entwicklung noch nicht als abgeschlossen ansahen.

Diese eigenverantwortliche Entscheidung der Klägerin hatte der Beklagte zu akzeptieren. Deshalb ist auch der im nachgelassenen Schriftsatz vom 17.02.2015 erhobene Einwand unzutreffend, die Klägerin müsse im Regresswege mindestens so gestellt werden, als ob der damalige Vergleich über 16.000,00

EUR abgeschlossen worden sei. Denn es bestand für den Beklagten kein Anlass, der Klägerin zum Abschluss dieses Abgeltungsvergleichs zu raten, wenn sie nach Rücksprache mit den behandelnden Ärzten gerade keinen Anspruchsausschluss im Falle künftiger Verschlechterungen wünschte. Der Beklagte war vielmehr gehalten, dem Wunsch der Klägerin zu entsprechen und der B die Ablehnung des Vergleichs mitzuteilen.

Das ist mit Schreiben des Beklagten vom 07.09.2005 geschehen, in dem er eigens hervorhob, dass die Klägerin nicht bereit sei, sich auf einen Abfindungsvergleich einzulassen, durch den sämtliche Zukunftschäden ausgeschlossen würden. Es könne nur ein Vergleich abgeschlossen werden, der den bisher entstandenen Schmerzensgeldanspruch umfasse; weitergehende künftige materielle und immaterielle Schäden müssten ausgeschlossen bleiben.

Die B reagierte darauf mit Schreiben vom 21.09.2005, in dem es hieß:

Nachdem ein Abfindungsvergleich nicht abgeschlossen werden kann, erklären wir uns hiermit - unter Ausklammerung eines potentiellen Zukunftsschadens - bereit, eine Pauschalentschädigung von 10.000,00 EUR zur Verfügung zu stellen.

Die Haftung für heute noch nicht feststehende oder absehbare Schäden, die erwiesenermaßen darauf zurückzuführen sind, dass unserer Versicherungsnehmer den Fuß Ihrer Mandantin nicht korrekt behandelt hat, erkennen wir dem Grunde nach mit der Wirkung eines am 21.09.2005 rechtskräftigen Feststellungsurteils an.

Der in diesem Anschreiben zum Ausdruck gebrachte neuerliche Vorschlag entsprach zwar im Ansatz der Vorstellung der Klägerin. Allerdings hätte der Beklagte erkennen müssen, dass die von der B dazu als Anlage vorbereitende Vergleichs- und Abfindungserklärung textlich so gefasst war, dass zumindest unter Berücksichtigung des Gebots des sichersten Weges doch der unerwünschte Ausschluss von künftigen Ansprüchen zu befürchten stand. Denn in der Erklärung hieß es:

Diese Erklärung erstreckt sich auf alle eingetretenen und erkennbaren sowie alle objektiv voraussehbaren Folgen des Schadensereignisses. Vorbehalten bleiben weitere Ansprüche nach Maßgabe von BGH VersR 80, 975.

In der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.07.1980 wird wiederum im Hinblick auf die Ausschlusswirkung eines Schmerzensgeldurteils ausgeführt:

Weiteres Schmerzensgeld zu fordern, ist der Klägerin daher nur für Verletzungsfolgen gestattet, die bei der ursprünglichen Bemessung des immateriellen Schadens noch nicht eingetreten waren oder mit deren Eintritt nicht oder nicht ernstlich zu rechnen war. Nur wenn es sich um Verletzungsfolgen handelt, an die auch ein mit der Beurteilung des Ausmaßes und der voraussichtlichen weiteren Entwicklung eines unfallursächlichen Körperschadens des Verletzten beauftragter Sachverständiger nicht zu denken brauchte, die aber entgegen aller Wahrscheinlichkeit schließlich doch eingetreten sind, darf angenommen werden, daß sie vom Streitgegenstand und Entscheidungsgegenstand eines vorausgegangenen Schmerzensgeldprozesses nicht erfaßt sind, ihrer Geltendmachung daher die Rechtskraft nicht entgegensteht.

Der Klägerin ging es jedoch gerade darum, dass sie wegen solcher gesundheitlicher Verschlechterungen nicht mit Ansprüchen ausgeschlossen war, die die behandelnden Ärzte nicht für denkbar unwahrscheinlich, sondern sogar für absehbar hielten. Dementsprechend hatte auch der Beklagte in seinem Schreiben vom 07.09.2005 noch hervorgehoben, dass künftige materielle und immaterielle Schäden für eine weitere Liquidierung offengehalten werden müssten.

Bei dieser Sachlage hätte der Beklagte der Klägerin von dem Abschluss des am 21.09.2005 vorgeschlagenen Vergleichs ausdrücklich abraten müssen, weil er den Vorstellungen der Mandantin nicht gerecht wurde.

Einen solchen Rat hat der Beklagte der Klägerin jedoch - pflichtwidrig - nicht erteilt, sondern bei ihr mit Anschreiben vom 26.09.2005 lediglich nachgefragt, ob der Vergleich abgeschlossen werden solle. Mit dem Vergleichsabschluss würde die Klägerin - so der Beklagte - 10.000,00 EUR erhalten, während spätere noch nicht absehbare Probleme davon nicht erfasst wären.

Als die Klägerin daraufhin am 21.10.2005 mitteilte, dass der Vergleich angenommen werden möge, befand sie sich in dem durch die fehlerhafte Beratung des Beklagten bedingten Irrtum, dass sie bei einer aktuell zwar noch nicht absehbaren, aber durchaus nicht unwahrscheinlichen "normalen" Fortdauer ihrer Beschwerden noch eine Nachzahlung verlangen könne, was aber in Wahrheit nur für den Ausnahmefall unerwarteter neuer Krankheitsbilder zutrif.

3. Der Beklagte hat seine Pflichtverletzung auch subjektiv zu vertreten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

4. Gleichwohl hat aber das Landgericht die gegen den Beklagten gerichtete Regressklage zu Recht abgewiesen, weil der Klägerin durch die fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Abfindungsvergleichs letztlich kein Schaden entstanden ist.

Der Beklagte hat als Ersatzpflichtiger nach § 249 Satz 1 BGB den Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtmäßigem Verhalten des Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie sich die Gesamtvermögenslage der Mandantin in einem solchen Fall darstellen würde. Dabei dürfen an die Darlegung eines hypothetischen Ge-

schehens keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn die Geschädigte V vorträgt, die nach dem abgeschwächten Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Geschehensablaufs nahelegen (BGH NJW-RR 2006, 923; G. Fischer, in: Zuehör a.a.O. Rnr. 1102; Fahrendorf a.a.O. Rnr. 748).

Die tatsächliche Vermögenslage der Klägerin stellt sich so dar, dass sie von dem Berufshaftpflichtversicherer des behandelnden Arztes einen Betrag von 10.000,00 EUR ausgezahlt bekommen hat, während eine weitergehende Liquidierung mit Schreiben vom 20.01.2009 abgelehnt wurde.

Was den Geschehensablauf bei einem unterstellten pflichtgemäßen Abraten vom Vergleichsabschluss anbelangt, trägt die Klägerin nicht mit Substanz vor, dass für den Beklagten Anlass bestanden hätte, den angedachten Vergleich noch einmal nachzuverhandeln. Erst recht führt die Klägerin nicht aus, welche für sie besseren Konditionen die B seinerzeit zu akzeptieren bereit gewesen wäre. Nach Aktenlage stellt sich vielmehr deren Vergleichsvorschlag vom 21.09.2005 über die Pauschalentschädigung von 10.000,00 EUR als ein nach längerem Verhandeln entstandenes finales Angebot dar.

Die Klägerin stellt denn auch in erster Linie darauf ab, dass sie anstelle eines Vergleichsabschlusses die gegen Dr. y bestehenden Ersatzansprüche hätte rechtshängig machen müssen und damit letztlich in einer Größenordnung von 245.819,15 EUR Erfolg gehabt hätte.

Eine solche Anspruchsrealisierung lässt sich aber nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen. Es ist vielmehr umgekehrt davon auszugehen, dass die Klägerin im Rahmen einer Arzthaftungsklage noch nicht einmal die von der Versicherung gezahlten 10.000,00 EUR erstritten hätte.

Bei der Beurteilung, wie ein hypothetisch geführter Rechtsstreit ausgegangen wäre, kommt es darauf an, wie aus Sicht des Regressgerichts normativ zutreffend über den Sachverhalt hätte entschieden werden müssen, der seinerzeit klagebegründet hätte angeführt werden können (st. Rspr., BGH NJW 2009, 987; G.Fischer, in: Zuehör a.a.O. Rnrn. 1189ff; Fahrendorf a.a.O. Rnrn. 898ff). Dabei ist für die maßgebliche Rechtslage auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die hypothetische Entscheidung ergangen wäre bzw. hätte ergehen müssen. Das gilt auch für die Berücksichtigung der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung (G.Fischer, in: Zuehör a.a.O. Rnrn. 1192f).

Für einen etwaigen Schmerzensgeld- bzw. Schadensersatzanspruch kann deshalb nicht auf die am 26.02.2013 in Kraft getretenen Regelungen in §§ 630a ff BGB abgestellt werden, zumal diese entsprechend Art. 170 EGBGB nicht rückwirkend anwendbar sind (OLG Köln VersR 2014, 106 - juris-Tz. 53).

Vielmehr kommt es für die Anspruchsprüfung im Rahmen der seinerzeit einschlägigen §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB darauf an, ob die von Dr. y am 24.05.2002 vorgenommenen operativen Eingriffe auf einer wirksamen Einwilligung der Klägerin beruhten und ob sie dem seinerzeit gültigen ärztlichen Standard entsprachen.

a) Nach dem jetzigen Regressvorbringen soll es für die vorgenommenen Eingriffe an einer wirksamen Einwilligung gefehlt haben, weil die Klägerin nicht ordnungsgemäß über die Risiken der Eingriffe belehrt worden sei.

aa) Der Vorwurf der Klägerin geht zum einen dahin, dass Dr. y im Zuge der unter Vollnarkose durchgeführten Operation den Großzehennagel einfach mitentfernt habe, ohne dies mit ihr vorher abschließend zu vereinbaren.

Selbst wenn man diesen vom Beklagten bestrittenen Vortrag als wahr unterstellt, wäre allerdings die Folge eines insoweit rechtswidrigen Eingriffs lediglich die Entfernung des Großzehennagels gewesen.

Das Landgericht hat dazu im Einzelnen ausgeführt, dass die Nagelentfernung und die damit zusammenhängenden lokalen Beschwerden für einige Tage allenfalls ein Schmerzensgeld im unteren vierstelligen Bereich gerechtfertigt hätte. Auch habe die Klägerin keine damit zusammenhängenden zusätzlichen materiellen Einbußen dargetan.

Gegen diese Ausführungen wird - mit Recht - kein Berufungsangriff geführt. Deshalb kann die Klägerin aus dem Aspekt "fehlende Belehrung über die Entfernung des Großzehennagels" keinen weitergehenden Anspruch herleiten.

bb) Mit dem Vorwurf der Aufklärungspflichtverletzung ließe sich ein über die gezahlten 10.000,00 EUR hinausgehender Anspruch allenfalls dann begründen, wenn Dr. y seinerzeit gehalten gewesen wäre, die Klägerin darüber aufzuklären, dass wegen des Pilzbefalls am Großzehennagel für die beabsichtigte Hallux-valgus-Operation ein gesteigertes Infektionsrisiko bestand.

Ein solcher aufklärungspflichtiger Risikozusammenhang bestand aber nicht, wie sich aus den - sogleich darzustellenden - Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 vor dem Senat ergibt.

Aufzuklären war vielmehr nur über das allgemeine, mit jedem operativen Eingriff zusammenhängende Infektionsrisiko. Eine solche Aufklärung hat Dr. y nach seinem Eintrag in die Patientenakte vorgenommen. Aber selbst wenn man nicht die Richtigkeit dieser Eintragung vermuten und unterstellen würde, dass es an einer allgemein gehaltenen Aufklärung über das Infektionsrisiko gefehlt hat, wäre es wiederum nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Klägerin dann auf die Durchführung der Hallux-valgus-Operation verzichtet hätte. Die Klägerin hat bei ihrer Anhörung vor dem Senat bestätigt, dass sie den Hallux valgus "weghaben musste". Das stimmt mit ihren Angaben vor dem Landgericht überein, wo sie ausgeführt hatte, dass wegen des Hallux valgus Schmerzen beim Gehen und Stehen bestanden hätten.

Nachdem der Sachverständige Prof. Dr. N2 vor dem Landgericht dargestellt hatte, dass das allgemeine Infektionsrisiko bei einer Hallux-valgus-Operation bei 2% liege und dass im Falle einer solchen Infektion regelmäßig eine Revisionsoperation durchgeführt werden müsse, hat die Klägerin auf Befragen klargestellt, dass sie dann in die Durchführung der Hallux-valgus-Operation eingewilligt hätte. Daraus hat das Landgericht zutreffend die Schlussfolgerung gezogen, dass der von dem Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung durchgreife. Dagegen wird - zu Recht - kein Berufungsangriff geführt.

b) Der Klägerin hätte aber auch unter dem Gesichtspunkt des Behandlungsfehlers in einem hypothetisch gegen Dr. y geführten Rechtsstreit kein über 10.000,00 EUR hinausgehender Anspruch zugesprochen werden können.

Der vom Landgericht mit der Beurteilung der medizinischen Ausgangslage beauftragte Sachverständige Prof. Dr. N2 hat auch bei seiner Anhörung vor dem Senat bekräftigt, dass seinerzeit an der Indikationslage für die Hallux-valgus-Operation kein Zweifel bestanden habe. Auch sei eine dem ärztlichen Standard entsprechende Operationsweise gewählt worden. Etwaige Fehler bei der Durchführung dieser Operation bzw. bei der ärztlichen Behandlung als solcher hätten nicht vorgelegen.

Im Hinblick auf die im Anschluss vorgenommene Entfernung des Großzehennagels hat der Sachverständige seine vor dem Landgericht getroffene Feststellung wiederholt, dass sich für diesen operativen Eingriff keine ausreichende Indikationslage feststellen lasse. Insofern - so der Sachverständige - hätte es die vorrangige Möglichkeit einer konservativen Behandlung gegeben, zumal die Klägerin bei ihrer Anhörung betonte, den Pilzbefall bereits seit längerem gehabt zu haben.

Diese fehlerhafte, weil nicht indizierte Entfernung des Großzehennagels führt aber für sich betrachtet - wie bereits dargestellt - nicht zu einem über 10.000,00 EUR hinausgehenden Anspruch der Klägerin gegen Dr. y.

Was die Durchführung der Hallux-valgus-Operation trotz des bis dahin bestehenden Pilzbefalls am Großzehennagel anbelangt, hat der Sachverständige auch bei seiner Anhörung vor dem Senat nochmals betont, dass dieser Pilzbefall keine Kontraindikation für die beabsichtigte Hallux-valgus-Operation bedeutet habe; insbesondere habe ein zusätzliches - aufklärungspflichtiges - Infektionsrisiko für die Hallux-valgus-Wunde nicht bestanden.

Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen verhält es sich im medizinischen Alltag vielmehr so, dass ca. 50% der Hallux-Patienten zugleich einen Pilzbefall aufweisen, weil es sich bei der betreffenden Patientengruppe überwiegend um ältere Menschen handelt bei denen vermehrt ein Pilzbefall auftritt. Gleichwohl - so der Sachverständige - gebe es in der medizinischen Fachliteratur nach seiner Recherche weltweit keine wissenschaftliche Untersuchung, aus der man einen Zusammenhang zwischen einem Pilzbefall und einer Bakterieninfektion herleiten könne. Ein Pilzbefall werde vielmehr generell als unbedenklich angesehen. Das hänge damit zusammen, dass Pilze sich von Keratinen ernähren würden, dem Hauptbestandteil von Finger- bzw. Fußnägeln und Haaren. Diese Keratine seien aber in - offenen - Operationswunden nicht vorhanden. D.h. selbst wenn in eine solche Wunde gezielt Pilze eingebracht würden, würde dies nicht zu einer Infektion führen.

Deshalb könne auch aus den von der Klägerseite angeführten Empfehlungen des Robert-L2-Instituts über "Anforderungen der Hygiene bei Operationen und anderen invasiven Eingriffen" nichts hergeleitet werden, was gegen die von Dr. y durchgeführte Hallux-valgus-Operation spreche. Die vom Robert-L2-Institut dargestellten Kontaminationsgruppen bezögen sich nicht auf einen Pilzbefall. Auch bei den neueren Empfehlungen zum Umgang mit multiresistenten Krankenhauskeimen fänden sich konsequenterweise keine Ausführungen zum Pilzbefall.

Der einzige Sinnzusammenhang zwischen einem Pilzbefall und einer Besiedelung mit Bakterien bestehe - so der Sachverständige - darin, dass der Pilzbefall als solcher zu einer Verformung der Fußnägel führe, was wiederum Mikroläsionen in der Hautoberfläche zur Folge haben könne. In diesen Mikroläsionen könnten sich dann - wie auch überall sonst - die ubiquitär vorkommenden Bakterien ansiedeln. Das sei allerdings für sich betrachtet unbedenklich, weil der menschliche Körper über Abwehrmechanismen im Umgang mit Bakterien verfüge. Nur dann, wenn die Körperabwehr krankheitsbedingt - z.B. durch Diabetes - herabgesetzt sei, könne eine Besiedelung mit Bakterien bedenklich sein.

Vor diesem Hintergrund müsse vor der Durchführung einer Hallux-valgus-Operation - wie bei jeder anderen Operation - durch den Chirurgen abgeklärt werden, ob im Bereich des beabsichtigten Eingriffs Hinweise für eine Bakterieninfektion vorhanden seien. Wenn sich in vorhandenen Mikroläsionen Streptokokken angesiedelt hätten, führe das zu einer Hautrötung und bei den im Streitfall festgestellten Staphylokokken zu eitrigen Pusteln. Sofern solche Infektionsanzeichen vorhanden seien, müsse man vorrangig eine Ausheilung des betroffenen Bereichs herbeiführen.

Solche Anzeichen einer Infektion wurden allerdings von der Klägerin nicht vorgetragen. Der Sachverständige hat ferner darauf hingewiesen, dass sich auch aus den Behandlungsunterlagen von Dr. y und seinen Nachbehandlern keine Hinweise für eine Bakterieninfektion im Sinne einer Eiterbildung ergäben. Auch habe bei der Klägerin kein Diabetes vorgelegen. Deshalb - so der Sachverständige - habe für Dr. y kein Anlass bestanden, wegen des Pilzbefalls von der Hallux-valgus-Operation abzusehen.

Der Senat hält die gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 nicht zuletzt aufgrund seiner ergänzenden Erläuterungen für gut nachvollziehbar und zutreffend.

Danach lag hinsichtlich der Hallux-valgus-Operation kein Behandlungsfehler vor. Die eingetretene Infektion mit dem Erreger *staphylococcus aureus* stellt sich vielmehr als Realisierung des allgemeinen Infektionsrisikos dar, das auch bei schulmäßiger Vorgehensweise des Chirurgen nicht auszuschließen ist.

Davon abgesehen hätte sich auch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Staphylokokkeninfektion der Hallux-valgus-Wunde und der nicht indizierten Entfernung des Großzehennagels in einem hypothetisch geführten Prozess nicht mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit feststellen lassen; ein solcher Ursachenzusammenhang erscheint nicht einmal als überwiegend wahrscheinlich.

Der Sachverständige Prof. Dr. N2 hat dies auch unter Vorhalt der abweichenden Ausführungen sowohl der von der Gutachterkommission beauftragten Sachverständigen als auch des für die Klägerin tätigen Privatgutachters Dr. T2 bei seiner Anhörung vor dem Senat überzeugend bekräftigt.

Der Gerichtssachverständige hat dazu ausgeführt, dass es schlechterdings nicht plausibel sei, eine Bakterieninfektion der Hallux-valgus-Wunde durch Keime aus dem Nagelbett anzunehmen, wenn in dem Nagelbett selbst gerade keine Infektionsanzeichen vorgelegen hätten. Überdies sei die Operationswunde im Bereich des Hallux valgus schichtweise verschlossen und mit einem sterilen Wundverband abgedeckt gewesen, als der Großzehennagel entfernt worden sei. Auch ein Abwandern von Keimen aus dem Nagelbett z.B. über die Blutbahn in den Bereich der Hallux-valgus-Operation sei nicht plausibel. Denn bei gesunden Menschen würden oberflächlich angesiedelte Bakterien gerade nicht über die Blutbahn im Körper verteilt. Das gelte erst recht, wenn durch die Nagelentfernung eine nach außen wirkende Blutung entstehe, mit der vorhandene Bakterien abgeschwemmt würden. Der Sachverständige hat ferner ausgeführt, dass nach den Feststellungen des St. N - Hospitals anlässlich der ersten Revisionsoperation sich im Wundbereich ein Hämatom entleert habe mit eitrigem Sekret. Das wiederum deute auf eine - letztlich nie vollends vermeidbare - intraoperative Infektion hin. Die Bakterien hätten dann in dem entstandenen Hämatom aufgrund der abgestorbenen Körperzellen einen idealen Nährboden gefunden. Umgekehrt sei es für Krankheitserreger außerhalb des entstandenen Blutpfropfes nicht möglich, in das Hämatom hineinzugelangen. Selbst die körpereigenen weißen Blutkörperchen könnten nicht dort hineingelangen. Auch deshalb sei eine Infektion der Hallux-valgus-Wunde durch Bakterien aus dem Nagelbett nicht plausibel. Der Senat sieht keinen Anlass für die Einholung eines weiteren Gutachtens i.S.d. § 412 ZPO. Zwar besteht in Arzthaftungsprozessen für den Tatrichter die Pflicht, Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger von Amts wegen nachzugehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen, auch wenn es sich um Privatgutachten handelt. Legt eine Partei ein medizinisches Gutachten vor, das im Gegensatz zu den Erkenntnissen des gerichtlich bestellten Sachverständigen steht, so darf der Tatrichter den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt (BGH Ur. VI ZR 76/13 vom 11.11.2014). Vielmehr würde bereits ein unentschiedenes Beweisergebnis im Sinne eines *non liquet* die Einholung eines weiteren Gutachtens rechtfertigen (Geiß/Greiner a.a.O. E. 25).

Der Senat sieht aber die - ergänzenden - Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 nicht durch die inhaltlich abweichenden Darstellungen in den von der Klägerseite angeführten ärztlichen Stellungnahmen erschüttert. Vielmehr ist allein den Ausführungen des Gerichtssachverständigen eine wissenschaftlich vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage zu entnehmen, ob nach dem für einen Chirurgen maßgeblichen ärztlichen Standard ein Pilzbefall des Zehennagels gegen die Vornahme einer Hallux-valgus-Operation spricht. Auch findet sich allein in den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 eine Plausibilitätsprüfung zu der Frage, wie die Wundinfektion durch Keime einer benachbarten Körperregion vonstatten gehen soll, wenn am Herkunftsort dieser Keime gerade keine Anzeichen für die Entzündung eines solchen Bakteriendepots vorgelegen haben.

Auch die Klägerin selbst hat schließlich keine - weitere - ärztliche Stellungnahme vorgelegt, durch die die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 in dem durchgeführten Senatstermin in Frage gestellt werden.

Die Klägerin hat vielmehr in der Berufungsbegründung ausführen lassen, dass ihr im Streitfall die Umkehr der Beweislast für einen Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und aufgetretener Komplikation aufgrund eines groben Behandlungsfehlers zugute komme.

Diese Erwägung trifft aber nicht zu:

Nach der Rechtsprechung ist ein Behandlungsfehler dann als grob zu bewerten, wenn ein Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstößt und dadurch einen Fehler begeht, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (st. Rspr., BGH NJW 2012, 227).

Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. N2 liegt ein Behandlungsfehler aber überhaupt nur insoweit vor, als dass der Großzehennagel wegen fehlender Indikation nicht habe entfernt werden dürfen. Die gleichwohl vorgenommene operative Nagelentfernung stellt sich aber - so auch der Sachverständige - nicht als grob fehlerhaft dar. Vielmehr sprachen sogar gewisse Vorteile für diesen Eingriff, weil

die Klägerin sich bereits anlässlich der Hallux-valgus-Operation in Vollnarkose befand und somit deren erneute - ebenfalls nicht risikolose - Durchführung anlässlich einer späteren Nagelentfernung vermieden wurde. Außerdem hätte - so der Sachverständige Prof. Dr. N2 - eine alternativ durchgeführte konservative Therapie etwa ein Jahr gedauert und auch nur eine 70%ige Heilungschance gehabt.

Soweit die Klägerin schließlich anführen lässt, dass ein grober ärztlicher Fehler darin zu sehen sei, dass gegen die Regeln der ärztlichen Aufklärung verstoßen wurde, greift dies schon deshalb nicht durch, weil ein "grober Aufklärungsfehler" in der Rechtsprechung gerade nicht anerkannt ist (Geiß/Greiner C.130 und C.149).

5. Damit ist der Klägerin im Ergebnis durch Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs kein über 10.000,00 EUR hinausgehender Anspruch auf Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens entgangen, den sie im Rahmen einer Arzthaftungsklage hätte durchsetzen können.

Gleiches gilt hinsichtlich eines Anspruchs auf Feststellung der weitergehenden Einstandspflicht.

Dementsprechend steht der Klägerin auch kein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten oder auf Erstattung der Kosten für die Einholung einer Deckungszusage zu, zumal letzteres ohnehin nur ausnahmsweise angenommen werden kann (BGH NJW 2012, 919).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

#### **51. OLG Hamm, Urteil vom 17.03.2015 – I-26 U 108/13, 26 U 108/13 – \* Schmerzensgeld für eine Fehlbehandlung bei der Geburt – Schmerzensgeld 300.000 €.**

##### **Leitsatz**

**Tritt in Folge einer Fehlbehandlung bei der Geburt eine spastische Tetraplegie mit gravierenden Beeinträchtigungen ein, so kann ein Schmerzensgeld von 300.000,- EUR angemessen sein. Als gravierende Beeinträchtigung kommen Störungen der Motorik, der Bewegung, der Sprache und der Umstand in Betracht, dass sich das Kind seiner mangelnden Kompetenzen bewusst wird und darunter leidet.**

##### **Tenor**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 11.06.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte zu 1) und der Beklagte zu 2) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 300.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.09.2012, die Beklagte zu 1) darüber hinaus seit dem 15.06.2011 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1) und der Beklagte zu 2) verpflichtet sind, als Gesamtschuldner der Klägerin sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, welche dieser aus der fehlerhaften Behandlung am 10.01.2009 entstanden sind oder noch entstehen werden; immaterielle Schäden nur insoweit, als sie derzeit noch nicht konkret vorhersehbar sind; materielle Schäden, soweit die hierauf gerichteten Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. übergehen werden.

Die Beklagte zu 1) und der Beklagte zu 2) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin vorgegerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 5.469,24 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.09.2012, die Beklagte zu 1) darüber hinaus seit dem 15.06.2011 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3) in vollem Umfang.

Die sonstigen Kosten der ersten Instanz werden wie folgt verteilt:

Die Gerichtskosten werden zu 33 Prozent der Klägerin und zu 67 Prozent den Beklagten zu 1) und 2) auferlegt.

Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Beklagten zu 1) und 2) zu 67 Prozent. Im Übrigen tragen die Klägerin und die Beklagten zu 1) und 2) ihre Kosten selbst.

Die Kosten der Berufungsinstanz werden den Beklagten zu 1) und 2) auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin und die Beklagten zu 1) und 2) dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Prozessgegner vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

##### **Gründe**

I.

Die am 10.01.2009 geborene Klägerin hat von den Beklagten wegen vermeintlicher ärztlicher Behandlungsfehler im Rahmen ihrer Geburt in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 300.000,00 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes und die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht begehrt.

Erstinstanzlich hat die Klägerin den Beklagten einer Reihe von Behandlungsfehlern sowie Aufklärungsfehler vorgeworfen. Sie hat geltend gemacht, dass sie aufgrund der Behandlungsfehler körperlich und geistig schwer geschädigt worden sei. Sie hat sich insbesondere auf das Vorliegen einer spastischen Tetraplegie, Hypertonie der Muskulatur, geistigen Behinderung, massiven Entwicklungsretardierung und einer Wahrnehmungsproblematik mit Angststörungen berufen.

Die Beklagten haben Behandlungs- und Aufklärungsfehler in Abrede gestellt, den Vortrag zu Beeinträchtigungen mit Nichtwissen bestritten und die Ursächlichkeit für bei der Klägerin vorliegende Schädigungen bestritten.

Das Landgericht hat die Klage gegen den Beklagten zu 3) rechtskräftig abgewiesen, weil dieser lege artis gehandelt habe.

Die Beklagten zu 1) und 2) hat es dagegen zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 190.000,00 EUR verurteilt, deren Ersatzpflicht für materielle und nicht vorhersehbare immaterielle Schäden festgestellt und zur Zahlung von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 5.188,40 EUR verurteilt. Im Rahmen der Kostenentscheidung hat es der Klägerin unter anderem die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) zu je 75 Prozent auferlegt.

Das Landgericht hat dabei auf der Basis der geburtshilflichen Begutachtung zugrundegelegt, dass den Beklagten zu 1) und 2) eine grob fehlerhaft verspätete Einleitung der Notsektio anzulasten sei. Infolge der daraus resultierenden Beweislastumkehr seien den Beklagten zu 1) und 2) sämtliche Beeinträchtigungen zuzurechnen. Bei einer Gesamtabwägung der zu berücksichtigenden Umstände sei ein Schmerzensgeld in Höhe von 190.000,00 EUR gerechtfertigt.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die in der Hauptsache eine Erhöhung des Schmerzensgeldes um 110.000,00 EUR begehrt. Darüber hinaus begehrt sie die weitergehende Erstattung von Anwaltskosten und beanstandet die Kostenentscheidung.

Sie macht geltend, dass das Landgericht die Höhe des Schmerzensgeldes ermessensfehlerhaft ermittelt habe. Es habe die dazu vorgetragenen Umstände nahezu in Gänze nicht berücksichtigt. Die Klägerin macht dazu insbesondere geltend, dass sie bereits unter der Geburt aufgrund der mindestens 29 Minuten dauernden starken Sauerstoffunterversorgung und 19 Minuten dauernden schwersten Asphyxie mit Sicherheit sehr gelitten haben müsse. Sie verweist darauf, dass sie an einer schweren spastischen Tetraplegie leide, die ihr tagtäglich sehr zu schaffen mache und lebenslanger Hilfe bei den Verrichtungen des täglichen Lebens bedürfe. Sie sei motorisch stark retardiert. Aufgrund einer Mikrocephalie sei sie auch geistig behindert und gegenwärtig körperlich und sprachlich auf dem Niveau eines dreijährigen Kindes. Soziale Kontakte außerhalb der Familie könne sie nicht aufbauen. Sie leide besonders unter ihren Beeinträchtigungen, weil sie diese selbst wahrnehme. Die Klägerin verweist überdies darauf, dass sie eine Vielzahl von anstrengenden und sie quälenden Untersuchungen und Behandlungen über sich ergehen lassen müsse. Die Klägerin legt zur Darlegung ihres Zustandes überdies ein Pflegegutachten aus 10.2013 vor.

Hinsichtlich des Ersatzes der Anwaltskosten wendet sich die Klägerin dagegen, dass das Landgericht der Gebührenberechnung einen Ansatz von nur 2,0 zugrundegelegt habe, obwohl dieser nur für den Durchschnittsfall gerechtfertigt sei, während vorliegend bei der erforderlichen Gesamtabwägung ein Ansatz von 2,5 gerechtfertigt sei.

Hinsichtlich der Kostenentscheidung beanstandet sie, dass sie die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) als insoweit Unterliegende zu 75 % tragen solle, obwohl sie stattdessen ungefähr in dieser Höhe obsiegt habe. Sie bittet überdies um die Überprüfung der Verteilung der Gerichtskosten.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 11.06.2013 wie folgt zu erkennen:

1. die Beklagten zu 1) und 2) zu werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin über den erstinstanzlich ausgeurteilten Betrag in Höhe von anderer 190.000,00 EUR hinaus ein weiteres angemessenes Schmerzensgeld zahlen, mindestens jedoch weitere 110.000 EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

2. die Beklagten zu 1) und 2) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin über die erstinstanzlich ausgeurteilten vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 5.188,40 EUR hinaus weitere vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.642,20 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung.

Das Schmerzensgeld sei ausreichend und angemessen. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Klägerin motorisch eine erfreuliche Weiterentwicklung erfahren habe. Geistige Beeinträchtigungen seien dagegen allenfalls in geringem Maße zum Vorschein getreten, so dass von einer geistigen Beeinträchtigung nicht auszugehen sei.

Die landgerichtliche Entscheidung sei auch hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten nicht zu beanstanden.

Der Senat hat die Mutter der Klägerin im Termin vom 03.03.2015 persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Neonatologen Dr. X. Wegen des Ergebnisses wird auf das Terminprotokoll verwiesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist im Wesentlichen begründet.

1. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht der Klägerin gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2, 823 BGB ein Schmerzensgeld in Höhe von insgesamt 300.000 EUR zu.

a. Die Beklagten zu 1) und 2) haften dem Grunde nach entsprechend den nicht angegriffenen landgerichtlichen Feststellungen.

Das Landgericht ist auf der Basis der geburtshilflichen Begutachtung durch den Sachverständigen Professor Dr. U davon ausgegangen, dass spätestens ab 17:50 Uhr die Notsectio hätte durchgeführt werden müssen, während die Klägerin tatsächlich erst um 18:29 Uhr entwickelt wurde. Ebenfalls überzeugend hat es mit dem geburtshilflichen Sachverständigen das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers angenommen, so dass sich die Haftung auf den Primärschaden einschließlich der durch den Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung erstreckt (vgl. BGH-Urteil vom 02.07.2013 - VI ZR 554/12 - unter Rz.16).

Die Klägerin hat danach dem Grunde nach einen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld für alle Beeinträchtigungen, die sich als Ausprägung der innergeburtlichen Sauerstoffunterversorgung darstellen

b. Der Höhe nach soll der Anspruch auf Schmerzensgeld dem Verletzten einen angemessenen Ausgleich für die erlittenen Beeinträchtigungen und Genugtuung für das bieten, was ihm der Schädiger angetan hat. Das Schmerzensgeld muss dabei der Höhe nach unter umfassender Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände festgesetzt werden und in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Dauer der Verletzungen stehen (vgl. nur Palandt-Grüneberg, BGB, 74. Auflage, § 253 Rdn.4, 15 m.w.N.).

Im Rahmen dieser Abwägung folgt der Senat den erstinstanzlichen Ausführungen des neonatologischen und kinderärztlichen Sachverständigen Dr. X, insbesondere aber seinen überzeugenden Ausführungen bei der mündlichen Anhörung vor dem Senat. Danach bestehen bei der Klägerin die nachfolgend näher erörterten gravierenden Schädigungen, die auch von den Eltern der Klägerin für den Sachverständigen plausibel erläutert wurden und sich für diesen als typische Folgen eines reifen, asystolisch geborenen Kindes darstellen.

Insoweit hat sich der Senat insbesondere von folgenden Umständen leiten lassen:

aa. Bei der Klägerin liegt im wesentlichen eine spastische Tetraplegie mit einer zusätzlichen choreoathetischen Komponente vor, was zu gravierenden Beeinträchtigungen im täglichen Leben führt.

(1) Die Klägerin ist zum einen in ihrer Motorik, Feinmotorik und Bewegungskoordination beeinträchtigt.

Das beinhaltet unter anderem konkret, dass die Klägerin an einer erheblichen Verzögerung und qualitativen Einschränkung der Gehfähigkeit mit auffälligem Gangbild leidet. Freies Gehen ist bisher nur über ca. 27 Meter möglich. Gegenwärtig kann die Klägerin nur etwa 20 Minuten an der Hand laufen. Motorische Fähigkeiten wie Rennen, Klettern oder Springen, die gerade auch im Kindergartenalter bei anderen Kindern zu ausgeprägtem motorischen Kompetenzzuwinn führen, können von ihr nicht altersgerecht erworben werden und werden nach der Einschätzung des Sachverständigen auch in Zukunft nicht unfallfrei erworben werden können. Die Klägerin leidet unter häufigen Stürzen.

Auch die oberen Extremitäten weisen kein flüssiges Bewegungsmuster auf.

Die Klägerin muss die Bewegungen, die bei gesunden Menschen automatisch gelingen, mit Anstrengung und Konzentration willkürlich ausführen.

(2) Zum Anderen resultiert daraus auch eine Sprachstörung.

Es liegt eine neurologisch bedingte Sprechstörung (Dysarthrie) in Form von motorischen Beeinträchtigungen der Muskulatur vor, die für das Sprechen zuständig ist. Folge ist insbesondere ein undeutliches Sprechen.

(3) Die Klägerin leidet darüber hinaus an einer Muskelhypertonie, was zu einem Absacken des Kopfes und Kraftlosigkeit insbesondere des Oberkörpers führt. Zwar kann sie dagegen antrainieren. Das hilft jedoch nur solange, bis sie erschöpft ist.

(4) Folge der Erkrankung ist auch, dass sich bei der Klägerin eine Fehlentwicklung der Hüften als typisches Beispiel der neurologischen Bewegungsstörung mit pathologischer Verteilung des Muskeltonus einzelner Muskelgruppen gebildet hat.

Die Klägerin ist deshalb gezwungen, Orthesen und Bandagen zu tragen, was zu Schmerzen insbesondere beim An- und Ablegen führt.

(5) Auch die notwendigen sonstigen therapeutischen Maßnahmen wie Physiotherapie, Logopädie, Ergotherapie, Hippotherapie, Galileo-Vibrationstherapie und Vojta-Therapie sind nach den Feststellungen des Sachverständigen anstrengend, belastend und zum Teil auch schmerzhaft.

bb. Der Senat hat jedoch insbesondere berücksichtigt, dass die Klägerin sich schon jetzt und auch in Zukunft ihres Zustandes bewusst ist. Der Sachverständige hat bestätigt, dass ihr die fehlende motorische Kompetenz gegenüber den Kindern mit normaler intellektueller Entwicklung in jeder Hinsicht und in vollem Umfang erkennbar ist und im täglichen Umgang mit den Altersgenossen deprimierend und frustrierend wirkt.

Zugleich erscheint plausibel, dass dadurch auch der für die Entwicklung notwendige soziale Kontakt mit anderen Kindern beeinträchtigt ist.

cc. Dagegen lässt sich gegenwärtig nicht feststellen, dass die Klägerin geistig behindert ist.

Zurzeit der Untersuchung durch den Sachverständigen hat sie mit ihrem Kopfumfang zwar an der Grenze zu Mikrocephalie gelegen, den maßgeblichen Grenzwert der 3. Perzentile unterschreitet sie jedoch nicht. Es haben sich jedoch bisher keine Einschränkungen in der intellektuellen Entwicklung gezeigt.

dd. Der Senat vermag auch die geltend gemachten innergeburtlichen Beeinträchtigungen nicht als schmerzensgeldfähig zu berücksichtigen.

Die Klägerin vermag naturgemäß mangels Erinnerung an ihre Geburt über bloße Vermutungen hinaus konkrete Leiden nicht substantiiert darzulegen. Selbst wenn man dies gleichwohl als Vortrag ausreichen lassen will, erscheint ohne Kenntnis des Leidens zumindest in der Erinnerung sehr zweifelhaft, ob insoweit ein Schmerzensgeld zum Ausgleich und zur Genugtuung überhaupt geeignet wäre. Jedenfalls erscheint eine Objektivierung nach Qualität und Quantität sowie eine Abgrenzung zu den Beschwerden einer behandlungsfehlerfreien Geburt nicht möglich.

ee. Nach der Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen ist die zukünftige Entwicklung der Klägerin ungewiss.

Es erscheint möglich, dass durch die Fehlfunktionen der Unterschenkelmuskel und der Fußmuskel zukünftig Fehlstellungen der Füße und Schädigungen der Sprunggelenke entstehen, was möglicherweise zu zukünftigen korrigierenden Operationen im Bereich der Hüftgelenke, Kniegelenke und Sprunggelenke führen kann. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die Klägerin eher als gesunde Kinder insbesondere während der Pubertät psychische Probleme aufgrund ihrer Handicaps haben wird und in ihrem späteren Leben möglicherweise an einer Depression erkrankt. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass sich zukünftig eine Mikrocephalie ausbildet.

Bei diesen Folgen handelt es jedoch um solche, die nicht so gesichert erscheinen, dass sie als zukünftige hinreichend vorhersehbare Beeinträchtigungen bereits jetzt bei der Bemessung des Schmerzensgeldes Berücksichtigung finden könnten und müssten. Sie unterfallen vielmehr dem bereits vom Landgericht zuerkannten Feststellungsausspruch.

Die Klägerin leidet danach unter einer Vielzahl von gravierenden Auswirkungen und Beeinträchtigungen, die von ihr auch in vollem Umfang als solche wahrgenommen werden. Auf dieser Basis erscheint ein Schmerzensgeld in Höhe von insgesamt 300.000 EUR als angemessen.

Ein darüber hinausgehendes Schmerzensgeld wäre dagegen nicht gerechtfertigt. Ein solches käme insbesondere in Betracht, wenn schwerste Schädigungen, namentlich auch im geistigen Bereich, vorliegen würden. Das ist vorliegend auf der Basis der überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen erfreulicherweise nicht der Fall.

2. Des Weiteren hat die Klägerin gegen die Beklagten zu 1) und 2) gem. §§ 286, 288 BGB einen Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung gem. Ziff. 2300, 7002, 7008 VV RVG i.V.m. § 2 Abs.2 RVG in Höhe von 5.469,24 EUR.

Ein weitergehender Anspruch steht ihr dagegen nicht zu, so dass insoweit die Klage abgewiesen bleibt. Der Senat hält bei Ziff. 2300 VV RVG nur den Ansatz einer 2,0 Geschäftsgebühr für erstattungsfähig. Der Ansatz einer 2,5 Geschäftsgebühr in Ziff. 2300 RVG als höchstmöglicher Satz erscheint vorliegend nicht gerechtfertigt. Er bleibt umfangreichsten oder schwierigsten Angelegenheiten vorbehalten. Dieser Bereich wird vorliegend nicht erreicht. Den überdurchschnittlichen Anforderungen wird genüge getan, indem der Durchschnittssatz von 1,3 auf 2,0 erhöht worden ist.

Eine Haftung der Beklagten ist damit im erkannten Umfang gegeben. Die Berufung der Klägerin hat deshalb weitgehend Erfolg

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97, 92 Abs.1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711, 543 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.

## **52. OLG Köln, Beschluss vom 13.03.2015 – 5 U 93/14 – \* Zahnarzthonorar: Erlass einer Honorarforderung**

### **Orientierungssatz**

**1. Ein Erlass setzt den unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willen voraus, auf die Forderung zu verzichten. Dabei sind an die Feststellung eines solchen Willens strenge Anforderungen zu stellen. Auch bei scheinbar eindeutigen Erklärungen darf ein Erlass erst angenommen werden, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt worden sind.**

**2. Erklärt ein Zahnarzt in einer Situation, in der ein vertrauensvolles Arzt-Patienten-Verhältnis nicht mehr besteht und in der er die Behandlung nicht mehr fortsetzen will: "Ich kann Ihnen nicht helfen, ich stelle Ihnen keine Rechnung, die Arbeit bleibt hier, leider ist sie nicht gelungen, ich will nichts von Ihnen" und behält der Zahnarzt die vorgesehene Prothetik ein, so ist davon auszugehen, dass die Erklärungen von dem erforderlichen Rechtsbindungswillen getragen sind.**

### **Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das am 13.05.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 312/12 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

### **Gründe**

I.

Der Kläger, ein niedergelassener Zahnarzt, macht gegen die Beklagte Honorar für die von ihm erbrachten zahnärztlichen Leistungen gemäß den beiden Rechnungen vom 7.06.2012 über 20.167,07 Euro und über 3.286,28 Euro geltend, wobei in diesen Rechnungen gemäß den Belegen vom 25.04. und 29.05.2012 Laborkosten in Höhe von 14.368,37 Euro, 525,05 Euro sowie 1.963,99 Euro enthalten sind. Der Kläger hat insbesondere behauptet, dass seine Leistungen ordnungsgemäß erbracht worden seien, und dass die Beklagte nach zahlreichen Änderungswünschen, denen er jeweils angemessene Rechnung getragen habe, die Behandlung abgebrochen habe.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 23.453,35 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.09.2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, dass die Leistungen des Klägers mangelhaft gewesen seien, und dass der Kläger nach diversen erfolglosen Nachbesserungsversuchen die Behandlung abgebrochen habe. Dabei habe er erklärt, dass der Beklagten für die Behandlung keine Kosten entstehen würden, und dazu wörtlich gesagt: "Ich schicke Ihnen keine Rechnung". Vereinbarungsgemäß habe der Zahnersatz beim Kläger verbleiben und die Beklagte keine Kosten für den misslungenen Behandlungsversuch tragen sollen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 126 ff., 127 - 130 d. A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen W, A und H die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass die aus § 611 Abs. 1 BGB folgenden Ansprüche des Klägers aufgrund der zahnärztlichen Behandlung der Beklagten gemäß § 397 BGB erloschen seien, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen sei, dass der Kläger der Beklagten - wie von jener behauptet - den ihm zustehenden Honoraranspruch erlassen habe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung (Bl. 126 ff., 130 - 135 d. A.) Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das Urteil frist- und formgerecht Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel formal ordnungsgemäß begründet. Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seinen erstinstanzlichen Klageantrag unverändert weiter. Unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens behauptet der Kläger mit ausführlicher Begründung weiterhin insbesondere, dass seine Leistungen ordnungsgemäß erbracht worden seien, und dass er der Beklagten den ihm zustehenden Honoraranspruch weder vollständig noch teilweise erlassen habe.

Die Beklagte tritt dem Berufungsvorbringen des Klägers entgegen und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## II.

Die Berufung des Klägers wird gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen, weil sie offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, weil der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung nicht erfordern, und weil auch aus sonstigen Gründen eine Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung nicht geboten ist. Zur Begründung wird auf den Senatsbeschluss vom 9.01.2015 (Bl. 168 ff. d. A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO.

Mit seiner Stellungnahme vom 11.02.2015 [Bl. 180 ff. (= 177 ff.) d. A.] wiederholt der Kläger weitgehend - wenn auch mit etwas modifizierter Akzentuierung - einen Teil seiner bereits vorgetragenen Einwände und Erwägungen, mit denen sich der Senat bereits umfassend in seinem Hinweisbeschluss befasst hat. Insoweit und auch in Bezug auf das neue Vorbringen des Klägers rechtfertigt seine Stellungnahme vom 11.02.2015 auch nach nochmaliger umfassender und eingehender Prüfung des gesamten Akteninhalts und der durch den vorliegenden Rechtsstreit aufgeworfenen rechtlichen und tatsächlichen Fragen im Lichte der genannten Stellungnahme des Klägers eine für ihn günstigere Beurteilung der Sach- und Rechtslage nicht und bietet lediglich Veranlassung für die folgenden ergänzenden Anmerkungen:

1. Auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Klägers vom 11.02.2015 geht der Senat nach wie vor davon aus, dass es der Kläger war, der die weitere Behandlung der Beklagten abgelehnt hat. Denn die dies bestätigenden Äußerungen der Beklagten und des Zeugen Dr. W hierzu sind in sich stimmig und werden durch die Aussagen der vom Kläger benannten Zeuginnen H und A in überzeugender Weise bestätigt. Die Zeuginnen H und A haben übereinstimmend und klar ausgesagt, dass es der Kläger gewesen sei, der die Behandlung mit der Beklagten von sich aus abgebrochen hat, wobei sie dies aus ihrer Sicht sehr anschaulich damit erklärt haben, dass es sich ihrer Ansicht nach bei der Beklagten um eine besonders schwierige Patientin gehandelt habe. Die Bekundung des Klägers, dass die Beklagte die Fortsetzung der Behandlung abgelehnt habe, vermag vor diesem Hintergrund demgegenüber nicht zu überzeugen und begründet aus den in dem Hinweisbeschluss des Senates vom 9.01.2015 ausgeführten Gründen Zweifel an der Glaubhaftigkeit seiner Bekundungen. Diese Zweifel werden durch die Stellungnahme des Klägers vom 11.02.2015 nicht beseitigt. Denn seine Stellungnahme erschöpft sich zu diesem Punkt letztlich darin, dass er einen Teil seiner Ausführungen zu den fraglichen Vorgängen im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht in dem Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermin am 15.04.2014 wiederholt.

2. Ohne Erfolg stellt der Kläger sich auch auf den Standpunkt, dass er die für die Beklagte gefertigte Prothetik nicht habe einbehalten, sondern nur habe aufheben wollen. Denn sein Vorbringen hierzu in der Stellungnahme vom 11.02.2015 ist schon deshalb nicht plausibel, weil weder von dem Kläger vorgetragen worden noch sonst ersichtlich ist, wie lange und zu welchem Zweck er die Arbeiten lediglich aufbewahren und wann und in welchem Zusammenhang er diese der Beklagten zur Verfügung stellen wollte. Eine Aushändigung der Prothetik angeboten hat er der Beklagten jedenfalls bisher und damit auch knapp drei Jahre nach Beendigung der Behandlung unstreitig nicht. Im Hinblick darauf geht der Senat auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Klägers vom 11.02.2015 nach wie vor aus den Gründen des Hinweisbeschlusses vom 9.01.2015 davon aus, dass die Parteien eine Absprache dahin getroffen haben, dass die Prothetik beim Kläger verbleibt und die Beklagte kein Honorar für die Arbeiten zu zahlen hat.

3. Der Kläger wirft auch ohne Erfolg die Frage auf, warum er auf seine Honorarforderung hätte verzichten sollen, wenn er doch davon überzeugt sei, alles richtig gemacht zu haben, und er stellt sich in diesem Zusammenhang auch ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass zu der Frage der Ordnungsgemäßheit seiner Leistung ein Sachverständigengutachten eingeholt werden müsse. Entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung bestand bzw. besteht weder für das Landgericht noch für den Senat Veranlassung dafür, der Frage, ob die Arbeiten des Klägers entsprechend seiner Behauptung ordnungsgemäß durchgeführt worden sind oder entsprechend der Behauptung der Beklagten mangelhaft und für sie unbrauchbar waren, keiner Klärung und insbesondere keiner Einholung eines Sachverständigengutachtens. Denn selbst wenn die Arbeiten entsprechend der Behauptung des Klägers ordnungsgemäß gewesen sein sollten, änderte dies nichts an der Bewertung seiner Erklärungen, weil auch in diesem Falle davon auszugehen ist, dass der Kläger hinreichende Beweggründe für einen Erlass in der erklärten Reichweite gehabt hätte. Es blieben auch in dem Falle die Umstände, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerrüttet war und dass der Kläger die Behandlung auf keinen Fall fortsetzen wollte. Im Übrigen ist für die Beurteilung der Erklärungen des Klägers nicht maßgeblich auf die Frage abzustellen, ob die Arbeiten tatsächlich ordnungsgemäß waren, sondern darauf, ob der Kläger zu dem fraglichen Zeitpunkt von der ordnungsgemäßen Durchführung der umstrittenen Behandlung sicher hat ausgehen können. Denn nur in diesem Falle könnte der Ordnungsgemäßheit der Arbeiten eine Bedeutung für die Bewertung der Erklärungen des Klägers zukommen. Vor dem Hintergrund des Verlaufs der Behandlung, soweit dieser unstreitig ist, kann indes nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger im Zeitpunkt des letzten Behandlungstermins und seiner Erlasserkklärung hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der Arbeiten in der Weise hat sicher sein können, wie er es nunmehr - ausweislich seiner Behauptungen zu der

Ordnungsgemäßheit der Arbeiten im Nachhinein im Rahmen dieses Prozesses - zu sein scheint. Vielmehr konnte er in der damaligen Situation keineswegs ausschließen, dass bei einer streitigen Auseinandersetzung möglicherweise doch der eine oder andere Fehler festgestellt würde, für den er und/oder das Labor einzustehen haben würden.

4. Der Senat hält auch nach nochmaliger eingehender Prüfung im Lichte der Stellungnahme des Klägers vom 11.02.2015 daran fest, dass das Landgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung von dem erforderlichen Rechtsbindungswillen des Klägers ausgegangen ist. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Erlass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung den unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willen voraussetzt, auf die Forderung zu verzichten, dass an die Feststellung eines solchen Willens strenge Anforderungen zu stellen sind, dass auch bei scheinbar eindeutigen Erklärungen ein Erlass erst angenommen werden darf, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt worden sind, und dass unbekannte Forderungen von dem Erlass im Zweifel nicht erfasst sind [vgl. hierzu etwa: BGH, WM 2012, 2231-Rn. 22; BGH, NJW 2006, 1511-Rn. 10; BGH, NJW 2002, 1044-Rn. 25; vgl. hierzu auch BGH, NJW-RR 2002, 1613-Rn. 15, sowie BGH, WM 1982, 671-Rn. 32]. Denn auch gemessen an diesen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sind die Erklärungen des Klägers: "Ich kann Ihnen nicht helfen, ich stelle Ihnen keine Rechnung, die Arbeit bleibt hier, leider ist sie nicht gelungen, ich will nichts von Ihnen" in einer Gesamtschau mit ihren Begleitumständen eindeutig und klar, weil zum einen bereits die Erklärungen des Klägers für sich genommen unmissverständlich sind, und weil zum anderen zu berücksichtigen ist, dass sie in einer Situation erfolgt sind, in der ein vertrauensvolles Arzt-Patienten-Verhältnis nicht mehr bestanden hat und in der der Kläger die Behandlung der Beklagten nicht mehr fortsetzen wollte. Ferner kann auch in diesem Zusammenhang nicht außer Betracht bleiben, dass der Kläger die für die Beklagte vorgesehene Prothetik einbehalten wollte und tatsächlich einbehalten hat. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hat auch der Senat ebenso wie das Landgericht keinen Zweifel daran, dass die Erklärungen des Klägers von dem erforderlichen Rechtsbindungswillen getragen waren.

Gegen diese Beurteilung wehrt sich der Kläger auch ohne Erfolg mit dem Vorbringen, dass bei Erklärungen, die in einer Situation abgegeben werden, in der die Gemüter aller Beteiligten sehr erhitzt sind, nicht von einem Rechtsbindungswillen ausgegangen werden könne. Denn es mag zwar viel dafür sprechen, dass die sehr aufgeheizte Stimmung während des letzten Behandlungstermins und die Hitze der Diskussion die Gründe dafür waren, dass der Kläger sich zu einem umfassenden Erlass hat hinreißen lassen, den er im Nachhinein bereut. Dies ändert aber nichts an der Bewertung seiner Erklärungen. Denn es sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, die den Schluss zulassen könnten, dass der Kläger in der fraglichen Situation nicht mehr Herr seiner Sinne und nicht mehr in der Lage gewesen ist, rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und deren Folgen zu überblicken. Vielmehr ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Umstandes, dass der Kläger an diesem Behandlungstermin in seiner Eigenschaft - wie er es selbst in seiner Stellungnahme vom 11.02.2015 formuliert hat - als "geschäftserfahrene(r), selbstständige(r) Freiberufler" [S. 2 seiner Stellungnahme, Bl. 180 ff., 181 d. A.] beteiligt war, davon auszugehen, dass er trotz der Turbulenz des Behandlungstermins durchaus gewusst hat, worauf er sich mit dem von ihm erklärten Erlass einließ.

5. Ohne Erfolg meint der Kläger in seiner Stellungnahme vom 11.02.2015 schließlich, dass die Beklagte dadurch, dass sie die umstrittenen zahnärztlichen Leistungen trotz des Umstandes in Auftrag gegeben habe, dass ihr die finanziellen Mittel hierfür fehlen, einen Eingehungsbetrug begangen habe, und dass allein deshalb Zweifel an der Zuverlässigkeit ihrer Bekundungen und der Zeugenaussagen ihres Sohnes angebracht seien. Dieses Vorbringen des Klägers rechtfertigt schon deshalb eine abweichende, für ihn günstigere Beurteilung nicht, weil nicht - gewissermaßen automatisch - davon ausgegangen werden kann, dass mittellose Patienten wie die Beklagte mit der Inanspruchnahme zahnärztlicher Leistungen einen Eingehungsbetrug begehen. Vielmehr kommt es - was dem Senat aufgrund seiner Erfahrung als Spezialsenat für Arzthaftungsprozesse und sonstige Streitigkeiten aus Vorsorge- und Heilbehandlungen bekannt ist - nicht selten vor, dass Angehörige von mittellosen Patienten für diese den Eigenanteil für aufwändige und kostenintensive Zahnbehandlungen übernehmen. Dies kann auch bei der Beklagten nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Berufungswert: 23.453,35 Euro

**53. OLG Frankfurt, Urteil vom 12.03.2015 – 15 U 73/13 – \* Arzthaftung: Angeblich fehlerhafte Knieoperation – Verjährung: Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder dass Erfolgsaussicht besteht**

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 20.02.2013 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Marburg wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits im Berufungsrechtszug zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

I.

Der Kläger begehrt Zahlung eines Schmerzensgeldes und Schadensersatz wegen zweier angeblich fehlerhafter Knieoperationen in den Jahren 1992 und 1995 in der Klinik der Beklagten.

Nachdem der Kläger im Jahr 1991 bei einem ...unfall eine Ruptur des vorderen Kreuzbandes des rechten Knies erlitten hatte, wurde er am ...08.1992 zum ersten Mal operiert. Dabei wurde als Kreuzbandersatz das mittlere Patellasehndrittel entnommen und zusätzlich ein Trevira-Kunstband angebracht. Wegen einer Instabilität infolge Insuffizienz des Transplantats wurde der Kläger am ...03.1995 erneut operiert. Zunächst wurde ein Längseinschnitt am Außenmeniskus behandelt, danach wurden die Metallteile und das Kunstband entfernt und schließlich ein erneuter Kreuzbandersatz vorgenommen, dieses Mal durch Arzt1. Auch diese Operation blieb ohne Erfolg. Zum dritten Mal wurde der Kläger am ...08.1999 in einer Klinik in Stadt1 operiert und es wurde erneut eine Kreuzbandersatzplastik zur Stabilisierung des Knies vorgenommen. Auch diese Operation gelang nicht, nach Behauptung des Klägers, weil bei der zweiten Operation die Bohrkanäle der ersten Operation nicht optimal verschlossen worden seien.

Mit Schreiben vom 11.02.2000 seiner Prozessbevollmächtigten, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bd. I Bl. 8 f. d. A.) ließ der Kläger gegenüber Arzt1 Schadensersatz geltend machen. Nach einer Erinnerung mit Schreiben vom 24.05.2000 (Bd. I Bl. 10 d. A.) teilte Arzt2, Oberarzt des Arzt1, telefonisch mit, die Angelegenheit sei an die Rechtsabteilung weitergeleitet worden, eine Äußerung sei aber nicht möglich, weil sich die Patientenakten beim Sozialgericht befänden. Am selben Tag schrieb Arzt2 an die Rechtsabteilung der Beklagten und bat zur Anfertigung einer Stellungnahme an den Kläger um Übersendung der Krankenakten, sobald sie vom Sozialgericht zurückkämen (Bd. I Bl. 11 d. A.). Auf eine Anfrage der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 5.04.2001 (Bd. I Bl. 12 d. A.) teilte die Rechtsabteilung der Beklagten mit, die Akten seien dem Landessozialgericht am 17.01.2000 übersandt worden und noch nicht zurückgekehrt. Nachdem der Kläger im Jahr 2005 Röntgenaufnahmen vom Landessozialgericht zurück erhalten hatte, erfuhr er auf Nachfrage seiner Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 10.05.2005 (Bd. I Bl. 14 d. A.) von der Beklagten, die Akten seien dort seit dem Jahr 2004 zurück. Nach einem erneuten Erinnerungsschreiben (Bd. I Bl. 15 d. A.) wurden der Prozessbevollmächtigten des Klägers unter dem 24.06.2005 die Krankenakten übersandt (Bd. I Bl. 16 d. A.). Nach erneuten Erinnerungen mit Schreiben vom 31.07.2005 (Bd. I Bl. 17 d. A.) und 9.08.2005 (Bd. I Bl. 18 d. A.), in dem es einleitend heißt: „Ich warte seit 11.02.00 auf eine Stellungnahme zu Ansprüchen aus ärztlicher Fehlbehandlung...“ teilte die Beklagte mit, es sei noch keine abschließende Stellungnahme möglich, weil der Kläger noch im Besitz von Röntgenaufnahmen sei (Bd. I Bl. 20 d. A.). Nach einer erneuten Erinnerung mit Schreiben vom 18.11.2005 (Bd. I Bl. 23 d. A.) wurden die Ansprüche des Klägers von der Versicherung der Beklagten mit Schreiben vom 20.12.2005 (Bd. I Bl. 30 d. A.) zurückgewiesen und die Einrede der Verjährung erhoben, die die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits wiederholte.

Zur ersten Operation hat der Kläger behauptet, die Operation sei falsch geplant worden, weil nicht das rechte, sondern das linke Knie geröntgt worden sei und die Operation sei auch nicht isometriegerecht durchgeführt worden. Nach der Operation sei er aber weitestgehend beschwerdefrei gewesen. Zur zweiten Operation hat der Kläger behauptet, er sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass wieder ein Kreuzbandersatz stattfinden solle. Er sei nur davon ausgegangen, dass die Metallteile und das Kunstband entfernt würden. Er sei auch nicht darüber aufgeklärt worden, dass neue Bohrkanäle zur weiteren Durchlöcherung der Knochensubstanz nötig seien und welche Folgen das für die Stabilität des Knies haben könne. Es sei keine präoperative Diagnostik durchgeführt worden. Die Bohrkanäle der ersten Operation seien nicht ordnungsgemäß verschlossen worden und es sei auch damals unüblich gewesen, erneut ein Patellasehndrittel als Kreuzbandersatz zu entnehmen.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird ergänzend Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Arzt3 und Anhörung des Sachverständigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen und ausgeführt:

Es könne dahinstehen, ob etwaige Schmerzensgeldansprüche verjährt seien, weil der Kläger einen Behandlungsfehler nicht nachgewiesen habe. Die erste Operation sei indiziert gewesen, um einer vorzeitigen Arthrose-Entstehung entgegenzuwirken. Die Operationsmethode habe dem damaligen „Goldstandard“ entsprochen. Zur damaligen Zeit seien 90 % aller Kreuzbandersatzoperationen auf diese Weise durchgeführt worden. Die Semitendinosus-Sehnenvariante sei damals noch nicht ausgereift gewesen und

die Fixationsmöglichkeiten seien schwierig gewesen. Die zusätzliche Verwendung eines Implantats mit einem Kunststoffband zur Verhinderung einer Verlängerung der implantierten Sehne sei damals ebenfalls Standard gewesen. Die Operation sei ordnungsgemäß geplant worden. Es seien auch Röntgenaufnahmen von dem rechten Knie angefertigt worden. Die Planung einer Kreuzbandersatzplastik anhand von Röntgenbildern mit Schablonen sei ohnehin nicht üblich gewesen, weil sich keine fixen Punkte auf die anatomische Situation übertragen ließen oder Größen vorbestimmt werden könnten. Die Transplantatkanäle würden vielmehr in die Insertionsfläche des ehemaligen Bandes mit den Zielgeräten eingebracht. Später gefertigte Röntgenbilder gäben keinen Anhalt für eine Fehlplatzierung des Implantats. Die tibiale Insertion sei zwar grenzwertig ventral, weil der Ansatzpunkt am Unterschenkel eventuell 2 mm zu weit nach vorne geraten sei. Das sei aber noch korrekt und es könne nicht festgestellt werden, dass das zu Problemen geführt habe. Auch hinsichtlich der zweiten Operation habe ein Behandlungsfehler nicht festgestellt werden können. Eine weitergehende Diagnostik sei nicht erforderlich gewesen. Die erneute Entnahme eines Implantats aus der Patellasehne sei nicht zu beanstanden, weil diese sich regelmäßig innerhalb eines Jahres wieder regeneriere. Die Röntgenaufnahmen zeigten eindeutig, dass eine komplette Ausheilung der Defekte erfolgt gewesen sei. Die Entnahme eines Implantats aus dem gesunden Knie könne demgegenüber dort zu Beschwerden führen. Aus den Röntgenbildern ergebe sich auch, dass die Bohrkanäle gut knöchern zugeheilt gewesen seien, so dass für eine zusätzliche Verschließung keine Veranlassung bestanden habe. Dass sich nach beiden Operationen infolge von Umbauprozessen im Körper die eingesetzte Patellasehne im Laufe der Zeit verlängert habe, so dass sie nicht mehr ausreichend die Funktion eines Ersatzkruzbandes habe übernehmen können, sei nicht auf eine fehlerhafte Behandlung zurückzuführen, sondern schicksalhaft. In 10 bis 15 % der Fälle führe eine Kreuzbandersatzplastik auch heute noch nicht zum Erfolg.

Auch auf eine unzureichende Aufklärung könne der Kläger seine Ansprüche nicht stützen. Über Behandlungsalternativen habe nicht aufgeklärt werden müssen, weil alternative Operationsmethoden weder geringere Risiken noch höhere Erfolgschancen gehabt hätten. Im Übrigen hätte sich eine Aufklärungspflichtverletzung auch nicht kausal ausgewirkt. Der Misserfolg der Operationen habe nicht auf der Verwendung eines Trevira-Bandes beruht, so dass sich ein dahingehendes Risiko nicht verwirklicht habe. Es könne letztlich dahinstehen, ob vor der zweiten Operation eine ausreichende Aufklärung erfolgt sei. Denn ein allein darauf gestützter Schadensersatzanspruch sei verjährt. Dass bei ihm, entgegen seiner Annahme, erneut eine Kreuzbandersatzplastik-Operation vorgenommen worden sei, müsse ihm zeitnah nach der Operation klar geworden sein. Soweit der Kläger einen Schadensersatzanspruch darauf stützt, nicht ausreichend darauf hingewiesen worden zu sein, dass es zu einer Verschlechterung durch die Anlage von neuen Bohrkanälen komme, führe das nicht zum Erfolg. Denn der Sachverständige habe nachvollziehbar ausgeführt, dass bei der zweiten Operation die Bohrkanäle der ersten Operation verwendet worden seien. Mit am 27.03.2013 eingegangenen Antrag hat der Kläger Prozesskostenhilfe für eine Berufung gegen das ihm am 27.02.2013 zugestellte Urteil des Landgerichts begehrt. Durch Senatsbeschluss vom 17.02.2014 ist dem Kläger die beantragte Prozesskostenhilfe bewilligt worden. Mit am 3.03.2014 eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger Berufung eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungs- und der Berufungsbegründungsfrist beantragt und zugleich die Berufung begründet.

Der Kläger macht geltend:

Arzt1 habe in einem Privatgutachten im Jahr 1994 selbst eingeräumt, dass der damalige Zustand (Herbst 1994) einer weiterhin bestehenden Knieinstabilität einer nicht isometriegerechten Implantation anlässlich der ersten Operation geschuldet sei. Dem habe der Sachverständige Arzt3 zwar widersprochen, das Landgericht habe aber den Widerspruch aufklären müssen. Dem Gutachten Arzt3 seien keinerlei Angaben zur Fachliteratur zu entnehmen, so dass sich die Beurteilungen des Sachverständigen einer Überprüfung entzögen. Vielmehr könne die Operationsmethode ausweislich einer Dissertation aus dem Jahr 2009 zu einer Untersuchung von Patienten der Beklagten in den Jahren 1988 bis 1991 kein gesicherter und anerkannter Standard gewesen sein, sondern habe sich allenfalls im Experimentalstadium befunden. Das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, bei der zweiten Operation seien die Bohrkanäle der ersten Operation verwendet worden und keine neuen Bohrkanäle angelegt worden. Vielmehr habe der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, der tibiale Kanal sei etwas dorsaler als der vorausgegangene Kanal platziert. Damit gehe er selbst von 2 Bohrkanälen aus und widerlege seine These, der ursprüngliche sei isometriegerecht gewesen. Denn es sei völlig ausgeschlossen, dass jeweils zwei Bohrkanäle gleichzeitig isometriegerecht sein könnten. Der Sachverständige habe sich auch widersprochen, wenn er die Operationen gegenüber einer konservativen Behandlung für indiziert gehalten hat, während er nun ein kontinuierliches Muskelaufbautraining für ausreichend halte. Die Verwendung eines Trevira-Bandes sei eine reine „Modeerscheinung“ gewesen und habe keinen Vorteil gebracht. Vielmehr habe sie bei ihm eine Entzündung ausgelöst.

Verjährung bezüglich der unterlassenen Patientenaufklärung sei nicht eingetreten. Vielmehr habe er erst anlässlich der Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen erfahren, dass die Versagensquote bei Rezidiveingriffen größer sei als bei Ersteingriffen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Marburg vom 20.02.2013 – 5 O 115/05 –

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger

a. ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes angemessenes Schmerzensgeld, mindestens aber 15.000 € , nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2005,

b. einen Vorschuss in Höhe von 2.000 € für die Durchführung einer physiotherapeutischen Behandlung zu zahlen

sowie

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden aus der operativen Behandlung vom ...08.1992 zu ersetzen, soweit Ansprüche des Klägers nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind; dies mit der Maßgabe, dass Zinsen ab Schadenseintritt am ...8.1992 begehrt werden, und zwar zuzüglich der etwaigen Steuerbelastung infolge des die steuerliche Veranlagung bestimmenden Zuflussprinzips.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Dem Kläger ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist und der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren, weil er ohne sein Verschulden verhindert war, die Notfrist von einem Monat zur Einlegung der Berufung (§ 517 ZPO) und die Notfrist von 2 Monaten zur Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO), jeweils beginnend mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils des Landgerichts vom 20.02.2013 am 27.02.2013, einzuhalten. Nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe durch den Senatsbeschluss vom 17.02.2014 hat der Kläger binnen der Monatsfrist nach § 234 Abs. 1 ZPO Wiedereinsetzung beantragt und zugleich sowohl Berufung eingelegt als auch die Berufung begründet, mithin die versäumten Prozesshandlungen nachgeholt (vgl. § 236 Abs. 2 ZPO). Die mithin statthafte und auch zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Denn das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen nach § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung (vgl. § 513 ZPO). Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, weil die vom Landgericht mit ausführlicher Begründung, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt (Seite 8 ff. des Urteils, Bd. II Bl. 466 ff. d.A.), verneinten Ansprüche des Klägers jedenfalls – so sie doch bestünden – verjährt sind.

1.

Ansprüche aus der ersten Operation im Jahr 1992 bestehen weder wegen einer vertraglichen Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) noch wegen unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB).

a.

Die unstreitig erteilte Einwilligung des Klägers in diese Operation war nicht wegen unzureichender Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden unwirksam. Der Senat folgt den Feststellungen des Landgerichts, das sich auf die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Arzt3, dass es im Jahr 1992 keine ernsthafte in gleicher Weise geeignete Behandlungsmethode gab. Dass der Sachverständige, der als praktisch tätiger Arzt in einem Krankenhaus zahlreiche solcher Operationen ausgeführt hat, das nicht mit Literatur unterlegt hat, macht das Gutachten für sich nicht unbrauchbar. Es entzieht sich deshalb auch nicht einer Überprüfung, weil eine solche anhand wissenschaftlicher Literatur ohne weiteres möglich ist. Der Senat hat keinen Anhaltspunkt dafür, der Sachverständige habe seine Angabe, etwa 90 % aller Operationen seien in dieser Zeit auf diese Weise durchgeführt worden, wider besseres Wissen oder aus der Luft gegriffen aufgestellt. Denn die dahingehende Ausführung des Sachverständigen Arzt3 wird durch den vom Kläger mit Schriftsatz vom 2.04.2009 im ersten Rechtszug vorgelegten Aufsatz der Ärzte 4 und 5 (Bd. I Bl. 142 ff., 146 d.A.) gestützt, wonach die Verwendung eines freien Patellasehnentransplantates aus dem medialen Drittel über Jahre den „goldenen Standard“ bestimmt habe bzw. das Transplantat aus dem mittleren Patelladrittel sei das am meisten verwendete und untersuchte Transplantat für den Kreuzbandersatz mit entsprechend gut dokumentierten Langzeitergebnissen.

b.

Soweit der Kläger gestützt auf ein Gutachten des Arzt1 aus dem Jahr 1995 an dem Vorwurf einer nicht isometriegerechten Implantation bei der ersten Operation festhält, wäre ein darauf beruhender Anspruch verjährt, weil er die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis hiervon bereits im Jahr 2000 hatte (siehe hierzu nachfolgend 3.). Die behauptete falsche Planung der Operation (röntgen des linken anstatt des rechten Knies) hat keine eigenständige Bedeutung, sondern kann sich nur in einer fehlerhaften Operation ausgewirkt haben. Einen weiteren Operationsfehler macht der Kläger aber nicht geltend.

2.

Ob dem Kläger Ansprüche aus der zweiten Operation im Jahr 1995 zustehen, was das Landgericht verneint hat, kann dahinstehen, weil solche Ansprüche jedenfalls verjährt wären (siehe hierzu nachfolgend 3.).

a.

Es bedarf keiner Aufklärung, ob diese Operation deshalb rechtswidrig war, weil der Kläger nicht darüber aufgeklärt wurde, dass erneut ein Kreuzbandplastikersatz durchgeführt werden sollte und nicht bloß – was er gewusst habe - das Trevira-Band und die Metallteile entfernt werden sollten. Denn der Kläger wusste das bereits im Jahr 1995, weil kaum vorstellbar ist, dass er postoperativ von dem Kreuzbandersatz nichts erfahren haben will. Spätestens aber im Jahr 1999, als er in Stadt1 in Behandlung war, hatte er davon erfahren.

Soweit der Kläger geltend macht, er habe erst im Rahmen der Anhörung des Sachverständigen vor dem Landgericht erfahren, dass die Misserfolgsquote bei Rezidivoperationen höher sei als bei Erstoperationen, worüber er ebenfalls nicht aufgeklärt worden sei, kommt es darauf nicht an. Der Kläger macht nicht einzelne Aufklärungsmängel geltend, sondern eine fehlende Einwilligung zur Operation überhaupt, von der er nichts gewusst haben will. Dann kann denkbare Aufklärung keinerlei Aufklärung erfolgt sein.

b.

Den Vorwurf einer fehlerhaften Operation wegen der Anlage neuer Bohrkanäle, weil die aus der ersten Operation nicht ordnungsgemäß verschlossen gewesen seien, hatte der Kläger bereits in den Anwaltschriftsätzen vom 11.02. und 24.05.2000 erhoben, hatte also bereits zu dieser Zeit Kenntnis von einem dahingehenden möglichen Behandlungsfehler.

3.

a.

Nach der Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 in Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der seit dem 1.01.2002 geltenden Fassung auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche anzuwenden. Das gilt für die unterstellten Ansprüche des Klägers, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt gewesen wären. Ansprüche auf Ersatz eines aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens, insbesondere auf Zahlung eines Schmerzensgeldes, verjähren nach § 852 Abs. 1 BGB a. F. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Diese Kenntnis ist für einen Zeitraum vor dem Jahr 2000 nicht sicher festzustellen, so dass die Ansprüche mit Ablauf des Jahres 2001 nicht verjährt waren. Für die geltend gemachten Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung des Handlungsvertrages galt nach § 195 BGB a. F. die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren, weshalb auch insoweit Verjährung nicht eingetreten war.

b.

Beginn und Hemmung der Verjährung bestimmen sich nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB jedoch für den Zeitraum vor dem 1.01.2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung. Für den Beginn der Ansprüche aus unerlaubter Handlung war deshalb Kenntnis des Klägers von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Voraussetzung, die Verjährung der vertraglichen Ansprüche begann mit der Entstehung des Anspruchs (§ 198 Satz 1 BGB a. F.).

c.

Nach Art. 229 § 6 Abs. 3 und 4 EGBGB bestimmt sich schließlich, welche Verjährungsfrist nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 anzuwenden sind. Abs. 3 der Vorschrift ist vorliegend unmaßgeblich, weil er den Fall betrifft, dass die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1.01.2002 geltenden Fassung länger ist als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung. Denn die in § 852 Abs. 1 BGB a. F. geregelte Verjährungsfrist von 3 Jahren ist gleichlang mit der ab dem 1.01.2002 geltenden regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB n. F.. Für die zunächst geltende Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 195 BGB a. F. gilt nunmehr aber nach Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB die kürzere Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1.01.2002 geltenden Fassung, weil diese kürzer ist; berechnet wird die Frist jedoch erst von dem 1.01.2002 an, so dass die Verjährungsfrist mit Ablauf des 31.12.2004 endete.

d.

Ansprüche des Klägers aus unerlaubter Handlung, insbesondere der Schmerzensgeldanspruch, verjähren nach § 852 Abs. 1 BGB a. F. jedenfalls mit Ablauf des 24.05.2003, weil der Kläger ausweislich des Schreibens seiner Prozessbevollmächtigten vom 11.02.2000 und 24.05.2000 hinreichende Kenntnis von dem eingetretenen Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen hatte. Ausweislich des Schreibens seiner Prozessbevollmächtigten vom 24.05.2000 kannte der Kläger zu diesem Zeitpunkt auch das im sozialgerichtlichen Verfahren erstellte Gutachten des Arzt1, aus dem er den Vorwurf einer fehlerhaften ersten Operation herleitet. Auch den Vorwurf, bei der zweiten Operation seien – entgegen den Ausführungen des Sachverständigen – neue Bohrkanäle angelegt worden, weil diejenigen aus der ersten Operation nicht ordnungsgemäß verschlossen gewesen seien, hat er bereits in den Anwaltschriftsätzen vom 11.02. und 24.05.2000 erhoben, mithin die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis gehabt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2012, 1789; NJW-RR 2010, 681 m.w.Nachw.) kann bei ärztlichen Behandlungsfehlern die Kenntnis vom Schaden zwar nicht schon dann bejaht werden, wenn dem Patienten lediglich der negative Ausgang der ärztlichen Behandlung bekannt

ist. Denn das Ausbleiben des Erfolgs ärztlicher Maßnahmen kann in der Eigenart der Erkrankung oder in der Unzulänglichkeit ärztlicher Bemühungen seinen Grund haben. Deshalb gehört zur Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen das Wissen, dass sich in dem Misslingen der ärztlichen Tätigkeit das Behandlungs- und nicht das Krankheitsrisiko verwirklicht hat. Hierzu genügt es nicht schon, dass der Patient Einzelheiten des ärztlichen Tuns oder Unterlassens kennt. Vielmehr muss ihm aus seiner Laiensicht der Stellenwert des ärztlichen Vorgehens für den Behandlungserfolg bewusst sein. Deshalb beginnt die Verjährungsfrist nicht zu laufen, bevor nicht der Patient als medizinischer Laie Kenntnis von Tatsachen erlangt hatte, aus denen sich ergab, dass der Arzt von dem üblichen ärztlichen Vorgehen abgewichen war oder Maßnahmen nicht getroffen hatte, die nach ärztlichem Standard zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich gewesen wären. Diese Kenntnis ist erst vorhanden, wenn die dem Anspruchsteller bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners und auf die Ursache dieses Verhaltens für den Schaden als naheliegend erscheinen zu lassen. Denn nur dann wäre dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, erfolgversprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich (vgl. zu allem BGH NJW-RR 2010, 681 m.w.Nachw.).

Auch unter Zugrundelegung dieses strengeren Maßstabes für die Kenntnis von dem eingetretenen Schaden in Arzthaftungsfällen ergibt sich diese Kenntnis aus dem Inhalt der Anwaltsschreiben vom 11.02.2000 und 24.05.2000, weil der Kläger in diesen Schreiben konkrete Vorwürfe erheben lässt, er zugleich den Vorwurf fehlerhafter Behandlung erhebt und Schadensersatzansprüche geltend macht. Mehr kann nach Auffassung des Senats für den Beginn der Verjährung nach § 852 Abs. 1 BGB a. F. nicht verlangt werden.

e. Nichts anderes gilt für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung des Behandlungsvertrages. Für das Entstehen des Anspruchs kam es zwar zunächst nicht auf Kenntnis von Schaden und der Person des Schädigers an. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 war jedoch für die dann geltende kürzere regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren (§ 195 BGB) eben diese Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners (oder grobe Fahrlässigkeit bezüglich einer Unkenntnis) erforderlich (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Diese Kenntnis lag indes, was aus den vorstehenden Ausführungen folgt, vor, weil sich insoweit der Inhalt der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und aus Vertrag decken.

f.

Die Verjährung war nicht nach § 852 Abs. 2 BGB a. F., § 203 BGB n. F. gehemmt, weil zwischen den Parteien keine Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände geschwebt haben.

Allerdings ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der in § 203 BGB (dasselbe gilt für § 852 Abs. 2 BGB a. F.) verwendete Begriff der Verhandlungen weit auszulegen. **Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder dass Erfolgsaussicht besteht** (BGH NJW 2014, 2574 m.w.Nachw.).

Zu solchen Erörterungen ist es vorliegend nicht gekommen, weil die Beklagte auf das Schadensersatzverlangen des Klägers mit Anwaltsschriftsatz vom 11.02.2000 und nachfolgender Erinnerung vom 24.05.2000 lediglich telefonisch dahin reagiert hatte, die Sache sei an die Rechtsabteilung weitergeleitet worden und die Patientenakten, die auch für den Kläger ersichtlich für eine Stellungnahme und für das Eingehen auf die erhobenen Vorwürfe unerlässlich waren, seien an das Sozialgericht übersandt worden. Diese telefonische Erklärung konnte beim Kläger nicht die Annahme rechtfertigen, die Beklagte lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein. Die Erklärung des Arzt2 konnte der Kläger vielmehr nur so verstehen, dass Arzt2 das Anliegen an die Rechtsabteilung als die zuständige Stelle, das Anspruchsbegehren des Klägers zu bearbeiten und sich gegebenenfalls auf Verhandlungen einzulassen, weitergeleitet habe. In keiner Weise war die Erklärung so zu verstehen, dass sich die Beklagte auf Erörterungen einlassen wolle. Den zusätzlichen Hinweis, dass sich die Patientenakten beim Sozialgericht befänden, musste der Kläger darüber hinaus so verstehen, dass es der Beklagten derzeit – selbst wenn sie es wollte – gar nicht möglich gewesen wäre, sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs einzulassen, weil sie diese gar nicht beurteilen konnte. In einer solchen Situation anzunehmen, zwischen den Parteien hätten Verhandlungen „zu schweben“ begonnen, würde der Erklärung des Arzt2 nicht gerecht und wäre mit dem Wortlaut des § 203 BGB n.F. nicht zu vereinbaren.

Selbst wenn man entgegen dem Wortsinn des „Schwebens von Verhandlungen“ annehmen wollte, in der Äußerung des Arzt2 liege ein Einlassen auf die Forderung des Klägers, wäre eine Hemmung der Verjährung nicht eingetreten, weil Arzt2 weder der Schuldner der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche war, noch Vertreter der Schuldnerin, der Beklagten, dergestalt, dass er über die Berechtigung der Ansprüche des Klägers hätte verhandeln dürfen. Es war für den Kläger ohne weiteres erkennbar, dass ein

Oberarzt nicht Vertreter des Trägers einer ...Klinik ist, wenn es um die Anmeldung von Schadensersatzansprüchen geht. Arzt2 hat das im Telefonat darüber hinaus dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er zu dem Schreiben keinerlei Stellung bezog, sondern mitteilte, es an die Rechtsabteilung weitergeleitet zu haben. Jedenfalls damit war ersichtlich, dass Arzt2 zu rechtsgeschäftlichen Erklärungen die geltend gemachten Ansprüche betreffend nicht berechtigt war.

Im05.2000 ist es deshalb nicht zu einem Beginn von Verhandlungen gekommen, weil sich die Beklagte gerade nicht auf solche eingelassen hatte. Daran änderte die Mitteilung der Beklagten mit Schreiben vom 12.04.2001 auf eine entsprechende Anfrage der Prozessbevollmächtigten des Klägers nichts, die Originalkrankenunterlagen seien mit Schreiben vom 17.01.2000 an das Hessische Landessozialgericht übersandt worden und bisher nicht zurückgekehrt. Auch in dieser Äußerung liegt kein Eingehen auf die geltend gemachten Ansprüche und deren Berechtigung, sondern die bloße Mitteilung des Verbleibs der Originalkrankenunterlagen.

Weder die Erklärung des Arzt2 – von seiner fehlenden Vertretungsbefugnis abgesehen – noch das Schreiben der Beklagten vom 12.04.2001 können dahin verstanden werden, die Beklagte werde sich unaufgefordert nach Rückkehr der Krankenunterlagen selbst melden und zur Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche Stellung nehmen. Denn die Beklagte hatte sich in diese Richtung in keiner Weise geäußert. Der bloße Hinweis darauf, die Patientenakten seien beim Sozialgericht, lässt nicht die Bereitschaft erkennen, die Beklagte wolle unaufgefordert nach Rückkehr der Patientenakte auf die Angelegenheit zurückkommen, verbunden mit der Bitte an den Kläger, bis dahin zuzuwarten. Anders als in den Fällen, in denen etwa zunächst die weitere Schadensentwicklung (vgl. hierzu BGH NJW 1986, 1338) oder der Ausgang eines anderen Verfahrens (vgl. hierzu BGH VersR 1975, 440) abgewartet werden sollte, war die Übersendung der Krankenunterlagen an das Landessozialgericht auch kein Hinderungsgrund, eine Stellungnahme abzugeben, wenn die Beklagte dies gewollt und in Aussicht gestellt hätte. Denn es war ihr – wie übrigens auch dem Kläger – unbenommen, die Krankenunterlagen zur Anfertigung einer Stellungnahme anzufordern. Dass die Beklagte das nicht beabsichtigte, war für den Kläger jedenfalls im Verlaufe des Jahres 2000 offenkundig.

Selbst wenn man annehmen wollte, dass infolge der telefonischen Mitteilung des Arzt2 am 31.05.2000 Verhandlungen geschweht hätten, wären diese alsbald wieder „eingeschlafen“, d.h. abgebrochen worden. Ein derartiger Abbruch der Verhandlungen durch „Einschlafenlassen“ ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann anzunehmen, wenn der Berechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Regulierungsverhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen (BGH NJW 2014, 2574 m.w.Nachw.). Über den Zeitraum von 5 Jahren ist keinerlei Austausch zwischen den Parteien in der Sache erfolgt. Es bedarf keiner konkreten Festlegung des Zeitpunkts, zu dem die Verhandlungen wieder abgebrochen worden wären. Jedenfalls nach Ablauf von eineinhalb Jahren Ende 2001 – Verjährung wäre dann mit Ablauf des 31.12.2004 eingetreten – konnte keine Seite mehr davon ausgehen, die andere Seite bemühe sich um eine Klärung der geltend gemachten Ansprüche und wolle weiterhin „verhandeln“.

Auch zu einem stillschweigenden und unbefristeten „pactum de non petendo“ ist es nicht gekommen, weil der bloßen Mitteilung, die Krankenakten befänden sich beim Sozialgericht, kein dahingehender Erklärungswert zukommt, von der fehlenden Vertretungsmacht des Arzt2, rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, abgesehen.

g.

Bei seinem Hinweis auf § 199 Abs. 2 BGB n. F. übersieht der Kläger, dass es sich dabei um Höchstfristen ohne Rücksicht auf die ansonsten erforderliche Kenntnis handelt, die die Regelfristen bei gegebener Kenntnis unberührt lassen.

h.

Nach allem ist es nach Auffassung des Senats zu keiner Hemmung der Verjährung gekommen, weshalb unterstellte Ansprüche des Klägers aus unerlaubter Handlung spätestens Ende05.2003, solche aus vertraglicher Haftung mit Ablauf des 31.12.2004 verjährten. Das mit Einreichung der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse am 30.12.2005 zu diesem Zeitpunkt vollständige Prozesskostenhilfesuch des Klägers konnte deshalb den Eintritt der Verjährung nicht mehr verhindern.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Entscheidung des Senats auf einer Würdigung von Tatsachen im Einzelfall auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung beruht und der Sache auch sonst keine grundsätzliche Bedeutung zukommt.

**54. LG Berlin, Urteil vom 10.03.2015 – 8 O 119/13 – \* Arzt- und Krankenhaushaftung: Beinamputation nach fehlerhafter Wundversorgung - Ein Intervall für Wundspülung und Verbandwechsel von dreimal wöchentlich ist aus medizinischer Sicht angemessen und sachgerecht und stellt keine Verkürzung des medizinischen Standards dar.**

**Orientierungssatz**

Ein Intervall für Wundspülung und Verbandwechsel von dreimal wöchentlich ist aus medizinischer Sicht angemessen und sachgerecht und stellt keine Verkürzung des medizinischen Standards dar.

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

Der Kläger macht als Alleinerbe seiner Mutter Anne ... (im Folgenden: Erblasserin), gestorben am 05.07.2012, Ansprüche wegen angeblich fehlerhafter ärztlicher Behandlung und Pflege geltend.

Die Erblasserin litt bereits vor der streitgegenständlichen Behandlung an Erkrankungen des Herz-Kreislaufsystems, rezidivierenden Thrombosen der Bein- und Unterschenkelgefäßen und einer Lungenfunktionsstörung; es bestand eine periphere arterielle Durchblutungsstörung Stadium IV.

Am 01.01.2012 eröffnete sich bei der Erblasserin bei der Körperpflege spontan ein Abszess an der rechten Großzehe. Sie begab sich daraufhin in die Rettungsstelle der Beklagten zu 1). Die behandelnden Ärzte entfernten dem betroffenen Nagel der Großzehe unter lokaler Betäubung. Es erfolgte eine Antibiose mit Unacid. Ein Wundabstrich erfolgte nicht. Die Erblasserin stellte sich am 02.01.2012 zur ambulanten Nachbehandlung in der chirurgischen Klinik der Beklagten zu 1) vor. Es fand eine Wundreinigung statt und die Überweisung zur Weiterbehandlung durch den Hausarzt. Desinfizierende Fußbäder und sterile Verbände mit Betaisodona wurden empfohlen.

Die Beklagte zu 3) übernahm durch ihre Mitarbeiter ab 03.01.2012 die Pflege, einschließlich der Wundversorgung bei der Erblasserin.

Die Erblasserin stellte sich am 11.01.2012 wieder in der chirurgischen Rettungsstelle der Beklagten zu 1) vor. An der rechten Großzehe zeigte sich ein 1 cm großer fibrinbelegter Bereich, jedoch keine Überwärmung oder Eiteraustritt. Die Untersuchung ergab keinen Anhaltspunkt für einen Abszessrezidiv oder eine Knochenbeteiligung. Auch die Laborparameter zeigten keine Entzündungszeichen.

Ab dem 12.01.2012 ist der Beklagte zu 4) als Wundmanager im Rahmen der häuslichen Pflege der Erblasserin tätig geworden. Der Beklagte zu 4) führte die Wundbehandlung in Absprache mit dem Hausarzt der Erblasserin durch. Ob der Beklagte zu 4) die ärztlichen Anordnungen des Hausarztes der Erblasserin vollständig umgesetzt hat, ist zwischen den Parteien streitig.

Am 17.03.2012 befand sich die Erblasserin erneut in der Rettungsstelle der Beklagten zu 1) aufgrund eines Atemwegsinfektes.

Nachdem der Kläger die Erblasserin am 26.04.2012 bei einem niedergelassenen Chirurgen vorgestellt hatte, erfolgte die Einweisung der Erblasserin ins ... Krankenhaus. Dort fand am 07.05.2012 eine Angiographie statt, bei der es zu einer Verletzung eines Blutgefäßes kam. Am 22.05.2012 erfolgte die Verlegung der Erblasserin in das Vivantes ... Klinikum. Nach der Entlassung der Erblasserin aus dem Vivantes ... Klinikum verschlechterte sich der Zustand des rechten Fußes dahingehend, dass es zu blau-violett verfärbten Stellen kam, sich Haut an der rechten Großzehe ablöste und eine Blasenbildung im Wundbereich eintrat.

Am 12.06.2012 erfolgte die distale Amputation des rechten Beines der Erblasserin. Sie verstarb am 05.07.2012.

Der Kläger behauptet, die Erblasserin sei fehlerhaft behandelt und gepflegt worden: Die sofortige operative Entfernung des gesamten Nagels sei aufgrund der Vorerkrankungen nicht indiziert gewesen, durch eine Röntgenaufnahme hätte zunächst die Ausbreitung der Entzündung abgeklärt werden müssen, der Eiter hätte durch eine Bohrung in den Nagel abgeleitet werden können, ferner hätte zunächst eine Abstimmung mit der Gefäßchirurgie erfolgen müssen. Es sei fehlerhaft keine Abstrichnahme und keine Erregerbestimmung im Hause der Beklagten zu 1) erfolgt, die Vorgaben der S2k+IDA Leitlinie – Diagnostik und Therapie Staphylococcus aureus – seien unbeachtet geblieben. Außerdem hätten die behandelnden Ärzte im Hause der Beklagten zu 1) lokal desinfizierende Salbenverbände oder sog. Antibiotikakegel in die Wunde einbringen müssen, der Fuß der Erblasserin hätte mittels Schienenverband ruhig gestellt werden müssen. Anlässlich der Behandlung am 17.03.2012 sei die Wunde der Erblasserin fehlerhaft nicht untersucht worden. Von den Mitarbeitern der Beklagten zu 3) und dem Beklagten zu 4) sei die Wundheilungsstörung der Erblasserin nicht beachtet worden und pflichtwidrig keine Empfehlung zur erneuten ärztlichen Vorstellung gegeben worden. Die von dem Beklagten zu 4) durchgeführten Wundversorgung sei hinsichtlich des Intervalls für den Verbandwechsel und des Verzichts auf desinfizierende Bäder unzu-

reichend gewesen. Durch die fehlerhafte Behandlung und Pflege der Erblasserin sei es zu einer Gangränbildung am rechten Fuß gekommen, durch die Verzögerung der ordnungsgemäßen Wundbehandlung sei eine Amputation des rechten Beines notwendig geworden, woran die Erblasserin schließlich verstorben sei.

Der Kläger beantragt,

die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn (als Alleinerben) ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes angemessenes Schmerzensgeld jedoch nicht unter 40.000,00 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.01.2012 (aufgrund der fehlerhaften Behandlung seiner verstorbenen Mutter Anne ...) im Zeitraum 01.01.-April 2012) zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten zu 1) und 2) behaupten, die Behandlung der Erblasserin sei lege artis erfolgt: Die Nagelextraktion sei aufgrund der Ausprägung des Befundes und des deformierten Fußnagels indiziert gewesen, die Behandlung mit Unacid und die Empfehlung antiseptischer Fußbäder pflichtgemäß erfolgt. Eine gefäßchirurgische Diagnostik sei nicht notwendig gewesen und hätte an der notfallmäßigen Versorgung nichts geändert. Am 17.03.2012 sei eine Wundkontrolle nicht pflichtwidrig unterblieben, da die Vorstellung in der internistischen Rettungsstelle der Abklärung einer zunehmenden Dyspnoe gedient habe.

Die Beklagte zu 3) wendet ein, dass die Pflege der Erblasserin ordnungsgemäß erfolgt sei, insbesondere die ärztlichen Vorgaben zur Wundversorgung und die Anordnungen des Wundmanager beachtet worden seien; für die Therapie der Wunde sei der Pflegedienst nicht zuständig gewesen.

Der Beklagte zu 4) trägt vor, dass die Wundversorgung ordnungsgemäß erfolgt sei, sie habe auf einem sachgerechten Therapieversuch beruht, der insbesondere hinsichtlich des Verbandwechselintervalls mit dem Hausarzt der Erblasserin abgestimmt worden sei. Er habe zeitnah die Wunddokumentation an die Beklagte zu 3) und Fotos der Wunde an den Hausarzt der Erblasserin übersandt und damit seiner Informationspflicht genügt.

Die Kammer hat Beweis erhoben aufgrund Beweisbeschlusses vom 06.01.2014 (Bl. 149-153 d. A.) durch Einholung eines schriftlichen medizinischen Sachverständigengutachtens nebst ergänzender mündliche Anhörung des Sachverständigen im Termin am 17.02.2015. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. Stephan ... vom 05.06.2014 (Aktenbestand) sowie das Sitzungsprotokoll vom 17.02.2015 (Bl. 2-6/II d. A.).

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die beigezogenen Behandlungsunterlagen.

#### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist nicht begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagten aus übergegangenem Recht (§ 1922 BGB) weder einen vertraglichen Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 249 ff. BGB noch einen deliktischen Anspruch nach §§ 823, 249 ff. BGB auf Zahlung eines Schmerzensgeldes.

Der Kläger hat nach umfangreicher sachverständiger Beweisaufnahme den ihm obliegenden Nachweis für einen Behandlungs- oder Pflegefehler und einen darauf beruhenden Schaden der Erblasserin nicht erbracht.

Das Gericht stützt sich dabei auf die überzeugenden und auch für den medizinischen Laien sehr verständlichen und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten vom 05.06.2014 und seine ergänzenden Ausführungen in der mündlichen Verhandlung. Unter erschöpfender Beantwortung der ihm gestellten Beweisfragen und nach Auswertung der Behandlungsunterlagen ist der Sachverständige zu der nachvollziehbar begründeten Einschätzung gelangt, dass die Behandlung und Pflege der Erblasserin nicht fehlerhaft erfolgt sei und auch eine Änderung des Therapiekonzeptes den Krankheitsverlauf der Erblasserin wahrscheinlich nicht verändert hätte.

Hinsichtlich der von dem Kläger im Einzelnen behaupteten Behandlungs- und Pflegepflege ist nach der Beweisaufnahme von Folgendem auszugehen:

1. Die Entfernung des Nagels der rechten Großzehe am 01.01.2012 war nicht fehlerhaft. Aufgrund des Befundes und der bestehenden chronischen Nagelmykose mit Deformation war die chirurgische Herdsanierung einschließlich der Entfernung des gesamten Nagels indiziert (S. 41 GA). Anderenfalls hätte die Gefahr einer Infektionsausbreitung bestanden. Insbesondere wäre es nicht ausreichend gewesen, lediglich durch den Nagel zu bohren, da der unter dem Nagelbett sitzende Abszess so nicht sicher hätte entleert werden können. Eine Röntgenaufnahme am 01.01.2012 hätte an der an diesem Tag durchgeführten Notfallbehandlung nichts geändert. Nach dem am 11.01.2012 angefertigten Röntgenbild, das keine Knochenbeteiligung ergeben hat, ist auch davon auszugehen, dass sich bei einer Röntgenaufnahme am 01.01.2012 sicher kein reaktionspflichtiger Befund gezeigt hätte (Protokoll, S. 4). Es war nicht angezeigt, Antibiotikagegel in die Wunde einzubringen oder den Fuß der Erblasserin mittels Salbenverbänden zu behandeln, da dies die Wundheilung hätte gefährden können (S. 43 GA). Die Hinzuziehung eines Gefäß-

chirurgen war ebenfalls nicht notwendig. Die Durchblutungsstörung der Erblasserin änderte an der Indikation für die Entfernung des Nagels und die Notwendigkeit der chirurgischen Herdsanierung nichts (S. 43 GA).

2. Die behandelnden Ärzte der Beklagten zu 1) haben sich auch nicht pflichtwidrig über die Vorgaben der Leitlinie S2k+IDA Leitlinie hinweggesetzt. Im Vordergrund stand hier die Behandlung einer Nagelbettentzündung, nicht die Behandlung oder Vermeidung einer nosokomialen Infektion. Es entspricht dem Facharztstandard, bei der Behandlung einer Nagelbettentzündung, eine Antibiose ohne Wundabstrich zu beginnen (Protokoll, S. 2). Das verabreichte Antibiotikum Unacid ist zur Erregerbekämpfung geeignet und wird in der medizinischen Literatur bei Nagelbettentzündung empfohlen. Der darin enthaltene Wirkstoff hat eine Bioverfügbarkeit von ca. 90 % bei oraler Gabe. Dies entspricht der Verfügbarkeit bei parenteraler Gabe (Protokoll, S. 3). Andere Möglichkeiten zur Gewährleistung einer möglichst hohen Wirkstoffkonzentration an der Entzündungsstelle, z. B. ein Bypass, bestanden aus medizinisch-anatomischen Gründen nicht (Protokoll, S. 4). Dass das ärztliche Vorgehen am 01./02.01.2012 diesbezüglich sachgerecht war, ergibt sich auch aus den Befunden vom 11.01.2012. Zu diesem Zeitpunkt war nämlich die akute Infektion abgeklungen und eine Knochenbeteiligung nicht nachweisbar (Protokoll, S. 4). Eine weitere Antibiose war aufgrund der klinischen Befunde nicht mehr notwendig. Die von dem Kläger für notwendig gehaltene Erregerbestimmung hätte demnach keine therapeutische Konsequenz gehabt, nachdem das Unacid offenkundig bereits angeschlagen hatte. Insbesondere bestand keine Aussicht darauf, mit einer Antibiose eine absolute Keimfreiheit an der offenen Wunde zu erzielen. Eine solche Keimfreiheit war für die (sekundäre) Wundheilung auch nicht erforderlich (Protokoll, S. 4).

3. Auch im Zusammenhang mit der Behandlung der Erblasserin am 17.03.2012 im Hause der Beklagten zu 1) ergibt sich keine Haftung. Die Behandlung in der Rettungsstelle diente der Abklärung der Atemprobleme der Erblasserin. Selbst wenn man zur vollständigen Abklärung des Zustandes des Patienten die Untersuchung der Fußwunde fordert, ergibt sich nach der Beweisaufnahme nicht, dass eine Untersuchung der Fußwunde eine therapeutische Konsequenz gehabt hätte bzw. hätte haben müssen. Ein Zusammenhang zwischen einer möglichen Infektion der Luftwege und der offenen Wunde am rechten Fuß ist unwahrscheinlich (Protokoll, S. 5). Anzeichen für ein generalisiertes, von der offenen Fußwunde ausgehendes Krankheitsgeschehen (Sepsis) bestanden nicht (Protokoll, S. 5).

4. Ein Pflichtverletzung der Mitarbeiter der Beklagten zu 3) und des Beklagten zu 4) ist nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls nicht ersichtlich. Nach der Beweisaufnahme steht bereits nicht fest, dass die Erblasserin zu einem früheren Zeitpunkt einem Chirurgen zur Kontrolle hätte vorgestellt werden müssen. Vielmehr entsprach die Wunde der Erblasserin, deren jeweiliger Zustand sich aus den Behandlungs- und Pflegeunterlagen, insbesondere aus den bei der Behandlungsdokumentation belegenen Lichtbildern ergibt, jederzeit den aufgrund der schlechten Durchblutungssituation zu erwartenden Wundverhältnissen. Aus medizinischen Gründen war von einer langsamen sekundären Wundheilung auszugehen (S. 44 GA). Eine unsachgemäße Pflege und Versorgung der Wunde ist nicht erwiesen. Der Beklagte zu 4) hat mit Schriftsatz vom 25.11.2013 detailliert zu den mit dem Hausarzt der Erblasserin getroffenen Absprachen zur Wundbehandlung und zu der Ausführung seiner Tätigkeit vorgetragen, ohne dass der Kläger dem entgegen getreten wäre. Dies betrifft auch den Vortrag der Beklagten zu 3) zur Pflege der Erblasserin ab 03.01.2012 (Schriftsatz vom 08.07.2013). Auch diesbezüglich hat sich der Kläger nicht näher eingelassen und seine Vorwürfe nicht näher substantiiert. Überdies fehlt es für den streitigen Vortrag des Klägers an einem berücksichtigungsfähigen Beweisangebot. Jedenfalls liegt eine Haftung der Beklagten zu 3) bis 5) auch deshalb fern, weil die Beweisaufnahme nicht ergeben hat, dass andere Pflegemaßnahmen oder ein anderes Intervall bei der Wundversorgung oder eine frühere Vorstellung in einer Klinik bzw. einem Chirurgen den tragischen Krankheitsverlauf bei der Erblasserin hätten aufhalten können. Dieser war maßgeblich prädisponiert durch die schwere Verschlusskrankung der Gefäße der Erblasserin (Protokoll, S. 5 und 6). Diese schwere Vorerkrankung verhinderte zugleich, dass bei einer ggf. früher vorgenommenen Amputation unterhalb der Engstelle der Oberschenkel hätte amputiert werden können. Auch ist es eher unwahrscheinlich, dass die chronische Wunde einen Einfluss hatte auf die Durchblutungssituation am Fuß der Erblasserin (Protokoll, Seite 6). Die Frage, ob der Beklagte zu 4) entgegen der ärztlichen Anordnung des Hausarztes nur drei Tage pro Woche gespült und den Verband gewechselt habe, kann auf sich beruhen – ohnehin ist der Kläger für diesen (bestrittenen) Vortrag beweisfällig geblieben. Eine Haftung ergibt sich aber auch dann nicht, wenn der Vortrag des Klägers zutreffen sollte. Selbst wenn man bereits den Verstoß gegen die ärztliche Anordnung als solches gegenüber der Erblasserin als Pflichtverletzung des Pflegevertrages ansehen sollte, fehlt es am Nachweis der Kausalität einer möglichen Pflichtverletzung des Beklagten zu 4) für den geltend gemachten Primärschaden, s. o. Eine Beweiserleichterung unter dem Gesichtspunkt eines groben Pflegefehlers käme überdies nicht in Betracht, da ein Intervall für Wundspülung und Verbandwechsel von dreimal wöchentlich jedenfalls aus medizinischer Sicht angemessen und sachgerecht ist (Protokoll, S. 5) und der medizinische Standard gegenüber der Erblasserin damit nicht verkürzt worden ist.

5. Die Notwendigkeit der Einholung eines (weiteren) Gutachtens eines auf ambulante Wundbehandlung spezialisierten Sachverständigen, wie vom Kläger mit Schriftsatz vom 29.09.2014 beantragt, besteht

nicht. Fragen der Wundbehandlung im Zusammenhang mit chirurgischen Eingriffen fallen in die chirurgische Facharztkompetenz. Die Kammer zweifelt nicht daran, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige über die erforderliche Sachkunde verfügt, die aufgeworfenen Fragen mit Schnittmengen aus der Orthopädie, Chirurgie und der (ambulanten) Wundbehandlung zu beantworten. Insbesondere die mündliche Anhörung des Sachverständigen im Termin hat keine Zweifel an seiner Sachkunde aufkommen lassen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus § 709 S. 1 und 2 ZPO.

Eine Erklärungsfrist auf das Ergebnis der Beweisaufnahme war dem Kläger nicht mehr zu bewilligen. Die Angaben des Sachverständigen beruhen weitgehend auf den Ergebnissen der schriftlichen Begutachtung. Soweit der Sachverständige im Termin detailliertere Erklärungen abgegeben hat, bestand die Möglichkeit der sofortigen Stellungnahme im Termin. Eine Einlassung im Termin war auch nicht unzumutbar, da der Behandlungssachverhalt übersichtlich und die aufgeworfenen Fragestellungen - auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Arzthaftungsprozesses - keine besondere Komplexität aufweisen.

### **55. LG Koblenz, Urteil vom 10.03.2015 – 6 S 310/14 – \* Zahnarzthaftungsprozess: Überstopfen eines Zahnes als Behandlungsfehler**

#### **Orientierungssatz**

**Das Überstopfen eines Zahnes, das die Gefahr mit sich bringt, dass es zu einem entzündlichen Prozess kommt, stellt einen Behandlungsfehler dar. Von einem Behandlungsfehler kann nur dann nicht auszugehen sein, wenn der Zahnarzt für das Überstopfen eine medizinische Notwendigkeit und weitere Maßnahmen zur Abwendung der drohenden Entzündungsgefahr darlegt.**

#### **Tenor**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Amtsgerichts Sinzig vom 04.06.2014, Az. 10 C 1053/11, abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.316,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.01.2011, ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.500,00 € sowie weitere 489,45 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19.01.2012 zu zahlen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### **Gründe**

Die Parteien streiten um die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehe, dass die ärztliche Behandlung durch die Beklagte am 20.11.2003 ursächlich für die vom Kläger erlittenen Schmerzen infolge der zahnärztlichen kieferorthopädischen Behandlungen im Jahre 2008 sowie die ihm entstandenen Behandlungskosten für die Herstellung eines Zahnersatzes gewesen ist. Als Ursache für den entzündlichen Prozess habe der Sachverständige eine sogenannte überstopfte Wurzel des Zahnes 17, der bereits vor dem Zahn 16 wurzelbehandelt worden sei, vermutet.

Der Vortrag des Klägers in seinem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz, dass die Beklagte den Zahn 17 fehlerhaft behandelt habe und dies ursächlich für die in der Klageschrift dargestellten Beschwerden und Schäden geworden sei, sei gemäß § 296a ZPO verspätet und ein Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung habe nicht bestanden. Der Kläger habe sich die Vermutungen des Sachverständigen auch vorher nicht zu eigen gemacht.

Hiergegen wendet sich die Berufung, mit der der Kläger seine ursprünglichen Klageanträge weiter verfolgt und seinen erstinstanzlichen Vortrag vertieft. Ergänzend beruft er sich ausdrücklich darauf, dass die Beklagte durch Überstopfen des Zahnes 16 die mit der Klageschrift geltend gemachten Schäden verursacht habe.

Die Berufung ist begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung.

Das Amtsgericht hat den Sachvortrag des Klägers in erster Instanz nicht hinreichend gewertet und die Anforderungen an den Sachvortrag hinsichtlich des Behandlungsfehlers überspannt. Gleichzeitig hat es verkannt, unter welchen Umständen davon auszugehen ist, dass sich ein Beweisführer die ihm günstigen Feststellungen eines Sachverständigen im Arzthaftungsprozess zu eigen macht.

Völlig zutreffend hat das Amtsgericht dargelegt, dass an die Substantiierung des Sachvortrags zu einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen; dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 27.09.2001, Aktenzeichen IV ZR 199/03). Genügend aber auch erforderlich ist es, den Ablauf der Behandlung in groben Zügen darzustellen und anzugeben, dass die Behandlung misslungen ist, worin das Misslingen besteht sowie die Verdachtsgründe mitzuteilen, die eine vorwerfbare Fehlbehandlung wenigstens plausibel erscheinen lassen. Der Vortrag muss mindestens in groben Zügen erkennen lassen, welches ärztliche Verhalten fehlerhaft gewesen und welcher Schaden hieraus entstanden sein soll (OLG Köln, Beschluss vom 05.09.2014, Aktenzeichen 5 U 61/14).

Diesen Anforderungen wird aber bereits der Vortrag des Klägers in der Klageschrift hinreichend gerecht. Ihm kann insbesondere nicht angelastet werden, dass er von der Überstopfung des Zahns 16 nichts gewusst hat und dies nicht bereits im Rahmen der Klageschrift vorgetragen hat. Stellt sich aber dann im Rahmen der Beweisaufnahme heraus, dass dies aller Wahrscheinlichkeit nach die Ursache für den entzündlichen Prozess gewesen ist, den der Kläger als Ursache seiner Beschwerden in der Klageschrift angegeben hatte, und die Behandlung ebenfalls unstreitig durch die Beklagte vorgenommen wurde, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass der Kläger sich auch darauf berufen will, ohne dass dies ausdrücklich von ihm erklärt werden müsste.

Das Überstopfen des Zahnes 16 stellt auch einen Behandlungsfehler dar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens das Überstopfen des Zahnes die Gefahr mit sich brachte, dass es zu einem entzündlichen Prozess kam, wie er tatsächlich eingetreten ist. Von einem Behandlungsfehler wäre nur dann nicht auszugehen gewesen, wenn die Beklagte für das Überstopfen des Zahnes eine medizinische Notwendigkeit und weitere Maßnahmen zur Abwendung der drohenden Entzündungsgefahr dargelegt hätte, was jedoch nicht der Fall war.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist auch davon auszugehen, dass das Überstopfen des Zahns 16 ursächlich für die vom Kläger mit der Klageschrift dargelegten Schmerzen und Schäden geworden ist. Die hohe Wahrscheinlichkeit hat der Sachverständige in seinen Gutachten und Ergänzungsgutachten nachvollziehbar und überzeugend herausgearbeitet. Es hätte insoweit der Beklagten obliegen, den Beweis zu führen, dass die Entzündung im Bereich der Zähne 16 und 17 auf eine andere Ursache als ihren Behandlungsfehler zurückzuführen war.

Die Beklagte handelte auch schuldhaft. Sie hätte durch die obligatorischen Röntgenaufnahmen das Überstopfen des Zahns 16 feststellen und den Beklagten auf die hierdurch bestehende Gefahr der Entstehung entzündlicher Prozesse hinweisen müssen. Darüber hinaus hätte sie den Zahn 16 regelmäßig auf etwaig entstehende Entzündungen untersuchen und überwachen sowie bei Anhaltspunkten für deren Auftreten Gegenmaßnahmen einleiten müssen. Dies hat sie nicht getan.

Der Höhe nach steht dem Kläger Schadensersatz für die durch den Behandlungsfehler erforderlichen Folgekosten zu. Diese hat er mit 2.380,16 € angegeben. Hiervon war aufgrund nicht hinreichenden Bestreitens der Beklagten auszugehen. Die Beklagte hat sich mit dem entsprechenden, durch Vorlage der Abrechnung des Heil- und Kostenplans (Anlage K 11) konkretisierten Sachvortrag des Klägers nicht hinreichend auseinandergesetzt. Sie hat sich auf ein pauschales Bestreiten beschränkt. Dies reicht nicht aus. Die Beklagte hätte konkret darlegen müssen, inwiefern die behaupteten Folgekosten unzutreffend waren.

Dem Kläger steht auch ein Schmerzensgeld zu. Der Höhe nach geht die Kammer gemäß § 287 ZPO davon aus, dass ein solches in Höhe von 2.500 € angemessen ist. Auch insofern legt die Kammer den Sachvortrag des Klägers zu Grunde, da sich auch diesbezüglich die Klägerin auf ein pauschales Bestreiten beschränkt und nicht dargelegt hat, dass die vom Kläger behaupteten Beschwerden aus medizinischen Gründen nicht auf den Behandlungsfehler zurückzuführen wären. Insbesondere im Hinblick auf die behaupteten entzündlichen Prozessen und die Degeneration des Kieferknochens sowie die erforderlichen Folgebehandlungen und deren Auswirkungen wäre ein konkreter Sachvortrag der Beklagten zumutbar und zu erwarten gewesen.

Die Kammer hat insbesondere die Umstände, dass der Kläger sich für vier Tage in stationäre Behandlung begeben, sich zunächst einer Folgebehandlung unter Vollnarkose unterziehen musste und auch in der Folgezeit mit erheblichen Beeinträchtigungen seines Tagesablauf, insbesondere der Nahrungsaufnahme, und mit Schmerzen zu leben hatte sowie die weitere Folgebehandlung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt.

Die ausgerichteten Zinsen sowie die geltend gemachten Rechtsanwaltskosten schuldet die Beklagte wegen Verzugs.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

**56. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 09.03.2015 – 1 U 10/14 – \*  
Krankenhaustaftung: Darlegungslast der Behandlerseite im Zusammenhang mit der gebotenen Risikoauflärung bei einer Patientin mit einem Bandscheibenvorfall; Reichweite der Risikoauflärung bei alternativen Behandlungsmethoden; Aufklärungsmängel und hypothetische Einwilligung; Schmerzensgeldanspruch und Feststellung der Ersatzpflicht für Zukunftsschäden bei Erwerbsunfähigkeit der Patientin infolge einer Infektion mit Staphylococcus aureus**

**Leitsatz**

1. Will sich die Behandlerseite mit Erfolg darauf berufen, dass im Rahmen mehrerer Injektionsbehandlungen im LWS-Bereich eine hinreichende Risikoauflärung "zumindest im Ansatz" dokumentiert und für eine solche behauptete Aufklärung "einiges an Beweis erbracht" sei, weshalb der Aussage des aufklärenden Arztes zu den regelmäßig kommunizierten Aufklärungsinhalten auch für den konkreten Fall "im Zweifel zu glauben" sei, so scheidet eine Anwendung dieser "Zweifelsregel", wenn diejenige Behandlung, auf sie sich die potentiell "im Ansatz" dokumentierte Aufklärung bezieht, eine andere ist als die später nachfolgende Behandlung, in deren Folge der Patient einen Gesundheitsschaden erlitten hat.

2. Wurde zunächst eine epidurale Injektion von Schmerzmitteln im LWS-Bereich mit Zielrichtung auf das linke Iliosakralgelenk durchgeführt und später von der - an sich in Aussicht genommenen und mit dem Patienten vereinbarten - Wiederholung dieses Eingriffs Abstand genommen und stattdessen eine sog. Facettenblockade durchgeführt (Injektion in und an die Facettengelenke), so handelt es sich hierbei um - nach Gelenkzielrichtung und Vorgehensweise - unterschiedliche Behandlungen, die jeweils einer spezifischen Risikoauflärung bedürfen. Eine für den einen Eingriff im Ansatz dokumentierte Risikoauflärung macht eine notwendige Risikoauflärung für den anderen Eingriff nicht entbehrlich.

3. Die Risikoauflärung des Patienten im Vorfeld einer Facettenblockade ist unzureichend, wenn sie sich auf die schlagwortartige Erwähnung eines "Infektionsrisikos", der "Möglichkeit der Verschlechterung und der Nachblutung", eines "Allergierisikos" sowie von "intravasalen Beeinträchtigungen" beschränkt. Dem Patienten ist das (wenn auch äußerst seltene) Risiko einer dauerhaften Nervenschädigung und damit einhergehenden dauerhaften Bewegungseinschränkungen / Lähmungen unmissverständlich vor Augen zu führen. Der Umstand, dass die Patientin im konkreten Fall Krankenschwester war, machte eine solche Aufklärung nicht entbehrlich.

4. Will der Behandler zur Begründung eines fehlenden Ursachenzusammenhangs zwischen der unterbliebenen bzw. unzureichenden Aufklärung und dem eingetretenen Schaden eine hypothetische Einwilligung einwenden, so hat er dies substantiiert und widerspruchsfrei darzulegen. Daran fehlt es, wenn die Behandlerseite darauf verweist, die Patientin hätte hypothetisch eingewilligt, weil die durchgeführte Facettenblockade angesichts eines "erheblichen Leidensdrucks" der Patientin "alternativlos" gewesen sei, während sich aus den von der Behandlerseite zur Akte gereichten Krankenunterlagen und aus einem "Erinnerungsprotokoll" der behandelnden Ärzte ergibt, dass im Zeitpunkt des Eingriffs kein "erheblicher Leidensdruck" bestand und sich im Übrigen nach den Feststellungen des Sachverständigen die durchgeführte Facettenblockade zwar als für die Patientin von Vorteil darstellte, ohne aber absolut indiziert gewesen zu sein.

**Orientierungssatz**

1. Wurden bei einer Patientin mit einer Bandscheibenprotusion epidurale Injektionen im LWS-Bereich vorgenommen, sowie eine ISG-Blockade und später eine sog. Facettenblockade, in deren Folge bei der Patientin Fieber, Übelkeit, Bewegungseinschränkungen im rechten Bein und im Rücken sowie Schmerzen im Hüftbereich auftraten, und wurde bei der nachfolgenden stationären Behandlung in einem Universitätsklinikum festgestellt, dass die Patientin eine Infektion mit dem Bakterium Staphylococcus Aureus erlitten und sich ein Psoasabszess (rechts) gebildet hatte, so dass die Patientin zwischenzeitlich ihrem Beruf als Krankenschwester nicht mehr nachgehen kann und Rente wegen vollständiger Erwerbsminderung bei der Deutschen Rentenversicherung bezieht, ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 35.000 Euro sowie die Feststellung angemessen, dass das erstbehandelnde Krankenhaus sämtlich aus der durchgeführten Injektionsbehandlung – Facettenblockade – resultierenden weiteren materiellen Schäden für die Vergangenheit und für die Zukunft sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen hat.

2. Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Gericht teilt mit, dass die Berufung nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden ist.

**Tenor**

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 1 des Landgerichts Stendal vom 18.12.2013 – 21 O 71/10 – durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen, weil das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

II. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 30.03.2015.

## Gründe

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf immateriellen Schadensersatz wegen behaupteter Behandlungs- und Aufklärungsfehler im Zusammenhang mit einer ärztlichen Behandlung im Klinikum der Beklagten im 06./07.2009 in Anspruch. Zudem begehrt sie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche aus der Behandlung resultierenden weiteren materiellen Schäden für Vergangenheit und Zukunft sowie etwaiger, nicht vorhersehbarer immaterieller Zukunftsschäden, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen. Zuletzt verlangt sie von der Beklagten die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten an ihre Rechtsschutzversicherung.

Seit 2007 leidet die am 12.06.1973 geborene Klägerin unter Beschwerden im Iliosakralgelenk. Sie erlitt am 04.02.2009 eine LWS-Distorsion, ging ihrem Beruf als Krankenschwester aber einweilen weiter nach. Am 29.06./30.06.2009 hielt sie sich wegen einer Bandscheibenprotusion L 4/5 in stationärer Behandlung im Klinikum der Beklagten auf. Dort wurde ihr das Formblatt „Diskographie/Disko-CT“ zur Unterschrift vorgelegt. Wegen des Inhalts dieses Formblatts wird auf Anlage B 1 Bezug genommen. Anschließend erhielt sie eine (komplikationslos verlaufende) Injektion von Schmerzmitteln im LWS-Bereich (sog. epidurale Injektion); das linke Iliosakralgelenk (ISG) wurde mit Xylonest und Triamhexal infiltriert. Der den stationären Aufenthalt abschließende Arztbrief vom 30.06.2009 (Anlage B 1) empfiehlt eine Wiederholung von epiduraler Injektion und ISG-Blockade in sechs bis acht Tagen und enthält eine Verhaltensaufforderung für Liegen und Stehen. Absprachegemäß stellte sich die Klägerin am 08.07.2009 erneut im Klinikum der Beklagten vor. Im Rahmen der dortigen ambulanten Behandlung erhielt sie eine zweite Injektion, wobei von der ursprünglich in Aussicht genommenen Wiederholung der epiduralen Injektion und ISG-Blockade Abstand genommen und eine sog. Facettenblockade durchgeführt wurde. Daraufhin traten bei der Klägerin Fieber (40°C), Übelkeit, Bewegungseinschränkungen im rechten Bein und im Rücken sowie Schmerzen im Hüftbereich auf. Eine nachfolgende stationäre Behandlung im Universitätsklinikum M. in der Zeit vom 11.08. bis zum 24.08.2009 zeigte, dass die Klägerin eine Infektion mit dem Bakterium Staphylococcus Aureus erlitten und sich ein Psoasabszess (rechts) gebildet hatte. Inzwischen kann die Klägerin ihrem Beruf als Krankenschwester nicht mehr nachgehen. Mit Bescheid vom 29.05.2013 sprach ihr die Deutsche Rentenversicherung Rente wegen vollständiger Erwerbsminderung bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze zu.

Die Klägerin hat behauptet, durch die Ärzte der Beklagten fehlerhaft behandelt worden zu sein. Im Rahmen der – ohne vorangegangene Risiko- und Behandlungsalternativ-Aufklärung erfolgten – zweiten Injektionsbehandlung vom 08.07.2009 (sog. Facettenblockade) sei die Desinfektion mangelhaft durchgeführt worden. Auch habe es die Beklagte pflichtwidrig unterlassen, nach dem Auftreten der ersten Symptome für einen Befall mit Staphylococcus Aureus und der Bildung eines Psoasabszesses die nötigen Sofortmaßnahmen einzuleiten. So sei ein MRT erst zwei Wochen später veranlasst worden. Schließlich sei die Klägerin nicht über die spezifischen Risiken einer Facettenblockade aufgeklärt worden. Die bloße Vorlage des formularmäßigen Hinweisbogens zu einer „Diskographie/Disko-CT“ im Vorfeld des ersten (stationären) Aufenthaltes sei nicht ausreichend gewesen. Infolge des behandlungs- und aufklärungsfehlerbedingten Befalls mit dem Bakterium Staphylococcus Aureus und der Bildung eines Psoasabszesses sei sie dauerhaft nicht mehr in der Lage, länger zu liegen, zu gehen oder zu stehen. Sie benötige bereits für kurze Strecken Unterarm-Gehilfen. Die Verschlechterung des Gangbildes und der Kräfteverlust, das Taubheitsgefühl und die Sensibilitätsstörung im rechten Bein, Muskelkrämpfe und Ischiaschmerzen seien allesamt auf den behandlungsfehler- und aufklärungsfehlerbedingten Befall mit dem genannten Bakterium und der ebenso behandlungsfehler- und aufklärungsfehlerbedingten Bildung des Abszesses zurückzuführen. Vor den beiden Injektionen habe sie unter keinem Abszess und keinen Bewegungseinschränkungen gelitten. Auch sei das vorgenannte Beschwerdebild mit ihre Psyche belastenden Folgen verbunden. Zudem hätten die Medikamente, die sie im Rahmen der Schmerzbehandlung einzunehmen gehabt habe (vor allem Ibuprofen), zu einer Niereninsuffizienz zweiten Grades geführt. Als weitere Folge – letztlich ebenfalls behandlungsfehler- und aufklärungsfehlerbedingt – sei bei ihr infolge der notwendig gewordenen Benutzung von Gehstützen ein Karpaltunnelsyndrom aufgetreten.

Wegen der Parteienträge erster Instanz wird auf Bl. 81 f. III d. A. Bezug genommen.

Die Beklagte hat behauptet, auch die zweite (ambulante) Injektionsbehandlung vom 08.07.2009 sei lege artis erfolgt. Die Klägerin sei vor der Behandlungsdurchführung auf dem Bauch gelagert worden; die Einstichstelle sei dreimal desinfiziert worden. Alle Vorgaben des Desinfektionsplans seien eingehalten worden. Der behandelnde Arzt, der Zeuge N., habe die Klägerin mündlich und schriftlich aufgeklärt. Für den Fall eines (unterstellten) Aufklärungsdefizits sei im Übrigen davon auszugehen, dass sich die Klägerin bei gehöriger Aufklärung für die durchgeführte Facettenblockade entschieden hätte; die Facettenblockade bei der „austherapierten“ Klägerin sei nämlich „alternativlos“ gewesen. Die bei der Klägerin im Nachgang zur zweiten Injektionsbehandlung aufgetretenen Komplikationen beruhten auf einem schicksalhaften Verlauf.

Das Landgericht hat sich sachverständig beraten lassen (schriftliches Gutachten des Facharztes für Orthopädie und Unfallchirurgie Dr. med. E. vom 21.05.2012, von diesem erläutert im Termin zur mündlichen

Verhandlung am 14.11.2012; schriftliche Gutachten des Direktors der Universitätsklinik für Neurochirurgie, M., Prof. Dr. med. F. vom 12.02. und 17.04.2013; schriftliches Gutachten des Direktors der Universitätsklinik für Nieren- und Hochdruckkrankheiten, M., Prof. Dr. med. M. vom 14.08.2013). Zudem hat es den Assistenzarzt N. und die Krankenschwester S. als Zeugen vernommen (vgl. das Sitzungsprotokoll vom 14.11.2012, Bl. 64 ff. II d. A.).

Mit Urteil vom 18.12.2013 (Bl. 78 ff. III d. A.), auf das wegen der dort getroffenen tatsächlichen Feststellungen ergänzend verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte unter Abweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 35.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.05.2010 zu zahlen. Es hat des Weiteren festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche aus der am 08.07.2009 durchgeführten Injektionsbehandlung – Facettenblockade – resultierenden weiteren materiellen Schäden für die Vergangenheit und für die Zukunft sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind. Zudem hat es die Beklagte verurteilt, vorgerichtlich angefallene Anwaltskosten in Höhe von 3.364,73 Euro gegenüber der Rechtsschutzversicherung der Klägerin zu erstatten.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin könne ein Schmerzensgeld beanspruchen, weil sie im Vorfeld der zweiten Injektionsbehandlung vom 08.07.2009 unzureichend aufgeklärt worden sei; weder eine hinreichende Aufklärung über die Risiken noch über die Behandlungsalternativen zur durchgeführten Facettenblockade stehe zur Überzeugung der Kammer fest. Soweit man annehmen könne, dass im Vorfeld der ersten, stationären Behandlung der Klägerin am 29. / 30.06.2009 eine Aufklärung der Klägerin anhand des Formblattes „Diskographie / Disko-CT“ erfolgt war, habe dies eine Aufklärung der Klägerin im Vorfeld der am 08.07.2009 durchgeführten Facettenblockade nicht entbehrlich gemacht. Eine schriftlich dokumentierte Aufklärung lasse sich für diesen zweiten (ambulanten) Eingriff nicht feststellen. Soweit die Beklagte eine (ergänzende) mündliche Aufklärung der Klägerin durch den Zeugen N. behauptet habe, stehe eine solche nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht fest. Zwar habe der Zeuge in seiner Vernehmung angegeben, mit der Klägerin vor der zweiten Injektionsbehandlung vom 08.07.2009 gesprochen und ihr allgemeine und spezifische Risiken einer Facettenblockade erläutert und ihr alternative Behandlungsmethoden vorgestellt zu haben. Volle richterliche Überzeugung von einer zureichenden mündlichen Aufklärung der Klägerin habe die Kammer aber nicht gewinnen können. Der Zeuge habe nicht plausibel machen können, warum – in Anbetracht der vom Zeugen bestätigten Praxis im Haus der Beklagten, Aufklärungen mittels Aufklärungsbogen durchzuführen und schriftlich zu dokumentieren – im konkreten Fall hiervon abgewichen wurde. Das Fehlen einer Aufklärungsdokumentation deute darauf hin, dass eine Aufklärung nicht stattgefunden habe. Zudem habe der – aus anderen Arzthaftungssachen kammerbekannte – Zeuge bei seiner Vernehmung Nachfragen teils nicht, teils erst auf Wiederholung hin verstanden, und zwar erkennbar aufgrund bestehender Sprachdefizite. Auch deshalb habe die Kammer Zweifel, ob das behauptete mündliche Aufklärungsgespräch des Zeugen mit der Klägerin (von dieser in Abrede genommen) tatsächlich stattfand. Verstärkt würden diese Zweifel der Kammer durch den Umstand, dass der Zeuge auf Nachfrage eingeräumt habe, keine konkreten Erinnerungen an den Inhalt des behaupteten Gesprächs zu haben. Der Zeuge habe lediglich Schlussfolgerungen aus einer behaupteten allgemeinen Aufklärungspraxis im Vorfeld der Durchführung von Facettenblockaden gezogen. Der von der Beklagten erhobene Einwand einer hypothetischen Einwilligung der Klägerin greife nicht durch. Die Beklagte habe diesen Einwand schon nicht substantiiert dargelegt. Der Hinweis der Beklagten auf bislang erfolglose Behandlungen der Klägerin reiche nicht aus. Hieraus folge nicht die Alternativlosigkeit der am 08.07.2009 durchgeführten Behandlungsmaßnahme. Eine solche Alternativlosigkeit habe nicht bestanden, habe die Beklagte in ihrem Vorbringen doch selbst Alternativen zur Facettenblockade erwähnt. Angesichts der vom Sachverständigen Dr. E. bejahten nur relativen Indikation für eine Facettenblockade sei es im Übrigen zweifelhaft, ob die Klägerin – eine ordnungsgemäße Aufklärung unterstellt – eingewilligt hätte.

Behandlungsfehler in Gestalt einer Verletzung von Hygienevorschriften, des Fehlens jeglicher Art von Indikation für eine Facettenblockade oder der pflichtwidrigen Unterlassung von Sofortmaßnahmen stünden indes nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht fest.

Infolge des nicht wirksam konsentierten Eingriffs, der zweiten Injektionsbehandlung vom 08.07.2009, habe die Klägerin einen Psoasabszess erlitten und leide in der weiteren Folge unter einem Karpaltunnelsyndrom, während für die von der Klägerin angeführte Niereninsuffizienz nicht zur vollen Überzeugung der Kammer feststehe, dass sie Folge der ambulanten Behandlung vom 08.07.2009 ist. Gestützt auf die schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen Dr. E. sei der Psoasabszess (eine umkapselte Eiteransammlung in einer nicht präformierten Körperhöhle infolge einer entzündlichen Gewebeeinschmelzung) eine Folge der zweiten Injektionsbehandlung vom 08.07.2009. Die durch diese – allerdings nicht behandlungsfehlerhaft – ausgelöste Infektion mit dem Bakterium *Staphylococcus aureus* habe nach den überzeugenden fachlichen Einschätzungen des Sachverständigen zu einer Muskelschädigung im Bereich der Muskulatur des Hüftgelenkes aufgrund eines eitrigen Zerfallsprozesses und einer dauer-

haften Störung der Nervenfunktion des plexus lumbalis geführt. Das habe bei der Klägerin zu einem belastungsunabhängigen Schmerz, zu einer Gangunsicherheit infolge von schmerzhaften Belastungseinschränkungen beim Gehen, Stehen und Laufen und letzten Endes zur Unfähigkeit der Klägerin, ihren Mobilität voraussetzenden Beruf als Krankenschwester auszuüben, geführt, was sich in ihrer Frühverrentung bei anerkannter voller Erwerbsminderung niedergeschlagen habe. Das Ausgangsgericht hat sich in diesem Zusammenhang damit auseinandergesetzt, ob und inwiefern die schmerzhaften Belastungseinschränkungen (auch) bereits vor der Durchführung der Facettenblockade vorhanden gewesen und / oder Ausfluss von bereits vor dem 08.07.2009 vorhandenen Schmerzerscheinungen sein könnten. Es hat dies – den fachlichen Einschätzungen des Sachverständigen Dr. E. folgend – verneint. Wegen der Einzelheiten wird auf die Seiten 12 f. des angefochtenen Urteils verwiesen.

Zum Karpaltunnelsyndrom hat das Landgericht ausgeführt: Der Sachverständige Prof. Dr. F. habe überzeugend erläutert, dass die Klägerin infolge ihrer Gangunsicherheit dauerhaft auf Unterarmgehstützen angewiesen sei, deren Nutzung – als indirekte Spätfolge der zweiten Injektionsbehandlung – zu einem sog. Karpaltunnelsyndrom geführt habe (Kompressionssyndrom des nervus medianus im Bereich der Handwurzel mit als Symptomen auftretenden Schmerzen oder Missempfinden im Arm bis hin zum Muskelschwund im Bereich des Daumenballens, Schwäche beim Greifen und Minderung des Tastgefühls). Nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. F. träten bei der Klägerin Missempfindungen und Schmerzen zwar nicht dauerhaft, aber nach Belastung durch Nutzung der Gehstützen nach ca. 30 Minuten auf, und zwar in beiderseitigen Handwurzelbereichen. Angesichts festgestellter Verzögerungen der Nervenleitgeschwindigkeiten seien diese Missempfindungen und Schmerzen objektivierbar. Eine weitere Verschlechterung habe – anknüpfend an die Ausführungen des Sachverständigen – durch die Verordnung von weichen und besonders angepassten Handgriffen der Gehhilfen abgewendet werden können; insgesamt sei das Syndrom mäßig ausgeprägt.

Zwar sei es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme naheliegend, dass auch die bei der Klägerin, wie sich retrospektiv feststellen lasse, zeitweilig aufgetretene Niereninsuffizienz ersten Grade mittelbare Folge der zweiten Injektionsbehandlung gewesen sei. Allerdings stehe dies letztlich nicht zur vollen Überzeugung der Kammer fest, denn der Sachverständige Prof. Dr. M. habe nachvollziehbar dargelegt, dass differenzialdiagnostisch auch andere, nicht im Verantwortungsbereich der Beklagten wurzelnde Ursachen denkbar seien.

Die danach durch den rechtswidrigen (zweiten) Eingriff hervorgerufenen Gesundheitsschäden und ihre Folgen (Mobilitätseinschränkungen mit Schmerzen und Sensibilitätsstörungen; Berufungsunfähigkeit; Karpaltunnelsyndrom mit Schmerzen und Missempfindungen in beiden Händen) rechtfertigten unter Berücksichtigung aller weiteren schmerzensgeldrelevanten Einzelumstände die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 35.000,00 Euro. Hingegen sei die von der Klägerin geäußerte Mindestvorstellung von 50.000,00 Euro übersetzt; zu ihr herangezogene (vermeintlich vergleichbare) Rechtsentscheide unterschieden sich nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt erheblich vom vorliegenden Fall, insbesondere in Bezug auf die dort vorliegenden Aufklärungs- und Behandlungsfehler und dort zu verzeichnende (noch) schwerere Gesundheitsschäden.

In der Folge des Vorstehenden sei auch der Feststellungsantrag und der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten an die Rechtsschutzversicherung der Klägerin begründet, Letzterer allerdings nur zu einem geringeren Gegenstandswert.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Sie meint, die Annahme des Landgerichts zu einem (vermeintlichen) Aufklärungsfehler im Vorfeld der zweiten Injektionsbehandlung sei rechtsfehlerhaft. Zunächst gelte es zu beachten, dass im Arztbrief vom 30.06.2009 ausdrücklich festgehalten worden sei, dass sich die Klägerin am 29.06.2009 planmäßig in der Notfallambulanz zur stationären Aufnahme vorgestellt habe, und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem sie „seinerzeit in großem Umfang schmerzgeplagt“ gewesen sei. Sie habe sich zur Therapie dieser Beschwerden in die Behandlung der Beklagten begeben. In „dem Bericht vom 29.06.2009“ [gemeint ist der Operationsbericht vom 29.06.2009] sei festgehalten, dass sich die Klägerin „in Kenntnis der möglichen Komplikationen mit der Blockade einverstanden erklärt“ habe. „Damit“ sei vom behandelnden Arzt die Durchführung eines entsprechenden Gespräches dokumentiert worden. Das Landgericht habe verkannt, dass es bei Dokumentationslücken im Zusammenhang mit der notwendigen Aufklärung ausreichend sei, wenn der aufklärende Arzt glaubhaft versichere, dass er das besprochen habe, was er regelmäßig zu besprechen pflege. Fehlende konkrete Erinnerung des aufklärenden Arztes stehe dem Nachweis der behaupteten mündlichen Aufklärung nicht entgegen. Das Ausgangsgericht verletze bei seiner Annahme, eine hinreichende Risiko- und Behandlungsalternativaufklärung im Vorfeld der zweiten Injektionsbehandlung sei nicht erwiesen, die Zweifelsregel, nach der dem Arzt im Zweifel zu glauben sei, wenn er schildert, was üblicherweise im Aufklärungsgespräch vor der betreffenden Behandlungsmaßnahme besprochen wird. Soweit das Landgericht das Fehlen seiner vollen Überzeugung von dem behaupteten mündlichen Aufklärungsgespräch mit in der Vernehmung erkennbar gewordenen Sprach- und Verständnisdefiziten des Zeugen N. begründet habe, hätten „die geschilderten Verständigungsschwierigkeiten ... ihren Grund ... eher in der Nervosität des Zeugen“ gehabt. Das Ausgangsgericht habe bei seiner Beweiswürdigung

zudem verkannt, dass die Angaben des Zeugen „in Übereinstimmung mit den entsprechenden Teilen der knappen schriftlichen Patientendokumentation stehen“. Angesichts der zumindest „im Ansatz dokumentiert(en)“ Aufklärung der Klägerin und den glaubhaften Bekundungen des Zeugen N. habe das Landgericht – bei rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung – von einer zureichenden mündlichen Aufklärung der Klägerin ausgehen müssen.

Die Ausführungen des Landgerichts zu einem (vermeintlichen) Aufklärungsfehler und zum Einwand der hypothetischen Einwilligung litten darunter, dass sich das Landgericht nicht zu den konkreten Behandlungsalternativen geäußert habe. Die auf Seite 8 (Mitte) des angegriffenen Urteils erwähnten Alternativen seien keine Alternativen zur Behandlung von Schmerzbeschwerden der bei der Klägerin vorgelegenen Art, sondern Untersuchungsmethoden. Dass die Durchführung einer Facettenblockade nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. E. nur relativ indiziert gewesen sei, spiele im Zusammenhang mit der eingewandten hypothetischen Einwilligung keine Rolle. Dies bedeute nur, dass die Behandlungsmaßnahme indiziert war, ohne dass besondere Eile bestanden habe. Es sei nicht ersichtlich, warum „die hilfesuchende Klägerin mit erheblichen Schmerzbeschwerden“ bei einer unterstellt vollständigen Aufklärung die Behandlung verweigert hätte. Das Landgericht habe die Anforderungen an die Darlegung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung überspannt. Tatsächlich sei die Durchführung einer Facettenblockade bei der „austherapierten“ Klägerin „alternativlos“ gewesen.

Das zugesprochene Schmerzensgeld sei übersetzt. Soweit sich die Erwägungen des Landgerichts an anderen Rechtsentscheiden und dort ausgeurteilten Schmerzensgeldbeträgen orientierten, seien die dortigen Sachverhalte „mit der hier vorliegenden Konstellation nur bedingt vergleichbar“.

„Bei der Kausalität“ habe das Landgericht „nur diejenigen Aspekte in die Erwägungen mit einbeziehen“ dürfen, „die tatsächlich als Gesundheitsschaden nachweisbar auf das Geschehen vom 08.07.2009 zurückzuführen sind“. Dem gegenüber müsse ausgeschlossen sein, „dass die Beeinträchtigungen allein Folge der Grunderkrankung“ der Klägerin sind. Das könne „insbesondere zur Frage der Nierenschädigung“ nicht angenommen werden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage in Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zu Recht sei das Landgericht von einer Aufklärungsnotwendigkeit (auch) für die zweite Injektionsbehandlung vom 08.07.2009 ausgegangen. Rechtsfehlerfrei habe das Ausgangsgericht eine auf diese zweite Behandlung bezogene Risikoaufklärung – ebenso wenig wie eine Aufklärung über Behandlungsalternativen – für nicht erwiesen erachtet. Die Berufung verkenne, dass nach den Angaben des Zeugen N. im Hause der Beklagten für solcherart Eingriffe an sich mit Aufklärungsbögen gearbeitet werde, was hier unstreitig nicht erfolgt sei. Aus nachvollziehbaren Erwägungen habe das Landgericht ein mündliches Aufklärungsgespräch bzgl. des zweiten Eingriffs für nicht bewiesen gehalten. Die Berufung blende aus, dass der Zeuge N. bestätigt habe, vor dem zweiten Eingriff kein Aufklärungsgespräch geführt zu haben. Zwar habe der Zeuge bekundet, der Klägerin im Vorfeld der ersten (epiduralen) Injektion auch allgemeine und spezifische Risiken einer Facettenblockade erläutert zu haben. Das indes entspreche nicht der Wahrheit, und das Landgericht sei rechtsfehlerfrei nicht zu der Überzeugung von einem Aufklärungsgespräch solchen Inhalts gelangt, weil in der mündlichen Verhandlung deutliche Sprachdefizite und damit zusammenhängend auch Verständnisdefizite des Zeugen zutage getreten seien, die die Berufung nunmehr mit einer vermeintlichen Nervosität des Zeugen zu begründen suche. Eine hypothetische Einwilligung der Klägerin sei von der Beklagten, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe, schon nicht substantiiert vorgebracht. Ihr Vorbringen zu einer vermeintlichen „Austherapiertheit“ der Klägerin und „Alternativlosigkeit“ der Durchführung einer Facettenblockade widerspreche dem eigenen Beklagtenvorbringen zu möglichen Alternativen zur durchgeführten Facettenblockade. Der von der Berufung angeführte „erhebliche Leidensdruck“ (Seite 11 der Berufungsbegründung), unter dem die Klägerin im Zeitpunkt der zweiten Injektionsbehandlung gestanden haben soll, habe tatsächlich nicht bestanden. Das zugesprochene Schmerzensgeld sei nicht über-, sondern untersetzt. Schmerzensgeldrelevant sei auch die richtigerweise kausal auf den zweiten Injektionseingriff zurückgehende Niereninsuffizienz, was das Landgericht verkannt habe.

Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Klägerin,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie ein über 35.000,00 Euro hinausgehendes angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Festsetzung der Höhe nach in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.05.2010,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche aus der fehlerhaften Behandlung resultierenden weiteren materiellen Schäden für Vergangenheit und Zukunft, soweit diese nicht bereits im erstinstanzlichen Urteil des Landgerichts Stendal vom 18.12.2013 umfasst sind, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen oder übergegangen sind,
3. die Beklagte zu verurteilen, an die ... Rechtsschutzversicherungs-AG, H. Allee, D., Kosten für die außergerichtliche Tätigkeit ihres Klägervertreters in Höhe von weiteren 1.832,60 Euro zu zahlen.

Wegen des Inhalts der Begründung der Anschlussberufung wird auf die Seiten 3 ff. der Berufungserwidmung (Bl. 179 ff. III d. A.) verwiesen.

B.

Der Senat beabsichtigt, die zulässige Berufung der Beklagten gegen das am 18.12.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer 1 des Landgerichts Stendal durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen, weil das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. In der Folge einer Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege verlöre die Anschlussberufung ihre Wirkung (§ 524 Abs. 4 ZPO). Weder beruht das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 1. Fall, 546 ZPO), noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 513 Abs. 1, 2. Fall ZPO). Das Ausgangsgericht hat der Klägerin zu Recht einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB zugesprochen und in der weiteren Folge dem Feststellungsbegehren der Klägerin (Klageantrag zu 2.) und – im eingeschränkten, tenorierten Umfang – dem Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten gegenüber der Rechtsschutzversicherung der Klägerin entsprochen.

I. Die Berufung meint, das Landgericht habe verkannt, dass eine hinreichende Risikoauflklärung in Bezug auf die am 08.07.2009 durchgeführte Facettenblockade „zumindest im Ansatz“ in dem Operationsbericht vom 29.06.2009 dokumentiert sei. Angesichts dieser Dokumentation habe das Ausgangsgericht – in Verbindung mit „den glaubhaften Bekundungen des Zeugen N.“ – von einer zureichenden mündlichen Aufklärung der Klägerin ausgehen müssen. Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

1. Der zweite Eingriff vom 08.07.2009 war eine Facettenblockade, also die gezielte Injektionsbehandlung der Wirbelgelenke durch Injektion in und an die Facettengelenke. Dieser Behandlungseingriff war ein anderer als derjenige, der am 29.06.2009 durchgeführt wurde. Durchgeführt wurde seinerzeit eine epidurale Injektion mit Zielrichtung Bandscheibe und ISG-Gelenk links (sh. den Operationsbericht vom 29.06.2009). Dass und warum die am 08.07.2009 durchgeführte Facettenblockade einen nach Gelenkzielrichtung und Vorgehensweise anderen Behandlungseingriff darstellt als den vom 29.06.2009 (wenngleich der OP-Bericht vom 29.06.2009 auch insoweit von einer „Blockade“ spricht, nämlich einer „ISG-Blockierung links“, also einer Blockade des linken Iliosakralgelenkes), hat der Sachverständige Dr. E. im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens im Termin vom 14.11.2012 (Seite 4 des Sitzungsprotokolls) erläutert. Die Berufung lässt dies unberücksichtigt, wenn sie irrig meint, mit dem Operationsbericht vom 29.06.2009 („Der Pat. hat sich über die Blockade und mögliche Komplikationen einverstanden erklärt.“) werde eine hinreichende Risikoauflklärung (auch) im Hinblick auf die am 08.07.2009 durchgeführte Facettenblockade „zumindest im Ansatz“ dokumentiert.

2. Die Bewertung des Operationsberichtes als „im Ansatz“ erfolgte Dokumentation einer hinreichenden Aufklärung über die Facettenbehandlung vom 08.07.2009 widerspricht im Übrigen der Aussage des Zeugen N., der bekundet hat: „Zum Zeitpunkt der stationären Behandlung war eine Facettenblockade noch nicht geplant gewesen.“ (Seite 2 des Sitzungsprotokolls vom 14.11.2012). War die Facettenblockade vom 08.07.2009 noch nicht geplant, so kann der Operationsbericht vom 29.06.2009 keine „im Ansatz“ erfolgte Dokumentation einer Risikoauflklärung im Hinblick auf jenen Eingriff vom 08.07.2009 sein.

3. Der Aufklärungsbogen vom 26.06.2009 bezieht sich inhaltlich (ebenfalls) nicht auf eine am 08.07.2009 durchgeführte Facettenblockade, sondern auf eine „Diskographie/Disko-CT – Röntgenuntersuchung/Computertomographie mit Kontrastmitteln bei Bandscheibenvorfall“, also auf ein Untersuchungsverfahren.

4. Auch der Umstand, dass (sh. dazu den Arztbrief vom 30.06.2009) der am 29.06.2009 durchgeführte Eingriff „in 6 bis 8 Tagen wiederholt werden“ sollte – und nicht etwa der andersartige Eingriff einer Facettenblockade, wie sie schlussendlich am 08.07.2009 erfolgte –, spricht gegen die Annahme der Berufung, es sei bereits im zeitlichen Zusammenhang mit dem stationären Aufenthalt der Klägerin im OP-Bericht vom 29.06.2009 eine zureichende Aufklärung im Hinblick auf die spätere Behandlung vom 08.07.2009 zumindest „im Ansatz“ dokumentiert.

5. Im Übrigen mag die Berufung bitte beachten: Mit der – sprachlich misslungenen – Wendung von „mögliche(n) Komplikationen“, mit denen sich „der Pat. ... einverstanden [?]“ erklärt habe (Satz 1 des Operationsberichtes vom 29.06.2009), ist inhaltlich nicht einmal „im Ansatz“ eine Risikoauflklärung, sei es für eine epidurale Injektion mit Zielrichtung Bandscheibe und ISG-Gelenk links, sei es für eine Facettenblockade, dokumentiert. Das gilt auch und gerade für die sich hier realisierenden, aufklärungspflichtigen (OLG Köln, Urteil vom 09.04.2003 – 5 U 218/02 – ; Hanseatisches OLG, Urteil vom 23.01.2004 – 1 U 24/00 –, beide zit. nach juris) Risiken einer infektionsbedingten Abszess-Bildung, einer dauerhaften Nervenschädigung und den damit einhergehenden dauerhaften Bewegungseinschränkungen.

Nach alledem fehlt die Grundlage für eine Anwendung der von der Berufung herangezogenen Zweifelsregel, wonach dem Arzt bei „im Ansatz“ erfolgter Dokumentation einer durchgeführten Aufklärung in Verbindung mit der glaubhaften Bekundung von regelmäßig kommunizierten Aufklärungsinhalten im Zweifel zu glauben sein soll.

6. Von Vorstehendem unabhängig hält die Berufung der fehlenden Überzeugung des Landgerichts davon, dass der Zeuge N. – sei es im Vorfeld der ersten, sei es im Vorfeld der zweiten Injektionsbehandlung – ein zureichendes Aufklärungsgespräch mit der Klägerin führte, nichts Durchgreifendes entgegen. Aus der nachvollziehbaren Sicht des Landgerichts vermochte die Kammer dem Zeugen nicht zu glauben, weshalb – soweit sich der Zeuge im Verlaufe seiner Aussage immer mehr auf Rückschlüsse aus einer geschilderten regelmäßigen Aufklärungspraxis zurückzog – auch insoweit keine Grundlage für eine Anwendung der von der Berufung angeführten Zweifelsregel besteht.

Im Einzelnen:

a) Die Aussage des Zeugen N. ergab in der Frage einer zureichenden Aufklärung über den Verlauf, die Risiken und die Alternativen der am 08.07.2009 durchgeführten Facettenblockade kein klares Bild, und zwar unabhängig von den Zweifeln des Landgerichts daran, ob der Zeuge angesichts der vom Ausgangsgericht festgestellten Sprach- und damit einhergehenden Verständigungsschwierigkeiten überhaupt ein ausreichendes Aufklärungsgespräch zu führen in der Lage war. Der Zeuge konnte die zweite Injektionsbehandlung vom 08.07.2009 nicht erinnern (sh. Seite 2 des Sitzungsprotokolls vom 14.11.2012: „Ob sie noch eine zweite Injektion erhalten hat, das weiß ich nicht.“), wollte aber zugleich konkret erinnern können, dass er „seinerzeit in der Notaufnahme“ der Zeugin „eine Facettenblockade vorgeschlagen“ habe und er sie anhand eines „allgemeinen Zettels für die Aufklärung zur Behandlung“ aufgeklärt habe. Auf diesem „Zettel“ sei auch „von Infektionen die Rede“. Auf Vorhalt potentiell gemeinter „Zettel“ aus den Krankenunterlagen bekundete der Zeuge, die dortigen Aufklärungsbögen bezögen sich „auf den stationären Aufenthalt und nicht auf die ambulante Behandlung“, wie sie am 08.07.2009 erfolgt war. Für den ambulanten Eingriff vom 08.07.2009 findet sich in den Unterlagen lediglich die „Karteikarte für ambulante Behandlung“ (Anlage B 2) und das „Erinnerungsprotokoll“ in Anlage B 3. Ungeachtet seiner mangelnden Erinnerung daran, dass überhaupt eine zweite Injektionsbehandlung durchgeführt worden war, meinte der Zeuge aber wohl erinnern zu können, dass er mit der Zeugin „im Rahmen der Aufklärung bei der ambulanten Behandlung ... nicht nur allgemeine Risiken, sondern auch die spezifischen Risiken dieses Eingriffs [Facettenblockade]“ besprochen habe. „Auch über Alternativen“ sei „gesprochen“ worden (was insofern bemerkenswert ist, als die Beklagte selbst die Facettenblockade als alternativlos darstellt). „Was jetzt konkret erörtert worden“ sei, das könne er „heute 100%ig nicht mehr sagen.“ „Wie hier bei akuten Beschwerden“ müsse man „ja auch gleich reagieren und ich hatte hier dann eine Facettenblockade vorgeschlagen. Im Rahmen der Risikoaufklärung“ würden „üblicherweise das Infektionsrisiko, die Möglichkeit einer Verschlechterung, Nachblutung und das Allergierisiko sowie selten extra intravasale Beeinträchtigungen angesprochen“. Das Auseinanderklaffen von – einerseits – der mangelnden Erinnerung des Zeugen an eine zweite Injektionsbehandlung überhaupt und – andererseits – der Erinnerung des Zeugen an den Vorschlag einer Facettenblockade im Zuge der zweiten (ambulanten) Behandlung und an eine diesbezügliche Aufklärung (mit schlussendlich Rückschlüssen aus einer üblichen Aufklärungspraxis) lassen die Zweifel des Landgerichts an der Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen sehr nachvollziehbar erscheinen. Auch ist die Erinnerung des Zeugen an „akute Beschwerden“, die die Klägerin bei der ambulanten Behandlung vom 08.07.2009 gehabt haben soll, nicht frei von Widerspruch im Vergleich zum Inhalt des vom Zeugen gefertigten „Erinnerungsprotokolls“ (Anlage B 3). Danach war die Klägerin „im Rahmen einer [geplanten] nachstationären Behandlung nach epiduraler“ Behandlung in der Ambulanz erschienen und untersucht worden. Bei der Untersuchung habe die Klägerin „keine Schmerzen im L5/S1-Segment re.“ angegeben; das „ISG [sei] unauffällig“ gewesen; festzustellen gewesen sei lediglich „bei Palpation [ein] Druckschmerz paravertebral im Bereich L4/5“. „Akute Beschwerden“, wie sie der Zeuge für den Zeitpunkt unmittelbar vor der Durchführung der Facettenblockade zu erinnern meinte, sind also nicht wiedergegeben. Im Gegenteil: Es lagen gerade keine akuten Beschwerden (mehr) vor. Auch die Klägerin hat in ihrer Anhörung von akuten Schmerzen im Vorfeld der durchgeführten Facettenblockade nicht berichtet, sondern den von der Beklagten behaupteten „erheblichen Leidensdruck“ im Zeitpunkt 08.07.2009 in Abrede genommen, was sich im Übrigen auch mit dem Inhalt des Arztbriefes vom 30.06.2009 deckt, demzufolge die Patientin zum Ende des stationären Eingriffs vom 29.06.2009 „schmerzfrei“ geworden sei und eine planmäßige Wiederholung der epiduralen Injektion mit Blockade des linken Iliosakralgelenkes in 6 bis 8 Tagen empfohlen werde.

b) Losgelöst vom Vorstehenden hat das Landgericht seine mangelnde Überzeugung von einem ordnungsgemäßen Aufklärungsgespräch des Zeugen N. mit der Klägerin vor Durchführung der Facettenblockade rechtsfehlerfrei auch mit Zweifeln daran begründet, dass der Zeuge angesichts seiner zutage getretenen Sprachdefizite und Verständigungsschwierigkeiten überhaupt in der Lage war, ein ordnungsgemäßes Aufklärungsgespräch durchzuführen. Das Landgericht hat darauf verwiesen, dass bei der Vernehmung des der Kammer auch aus anderen Rechtsstreiten bekannten Zeugen Sprachdefizite zutage getreten seien. Fragen der Prozessbeteiligten habe der Zeuge nicht richtig oder erst auf Wiederholung hin erfasst. Die Berufung zeigt nicht auf, inwiefern diese Beweiswürdigung fehlerhaft sein soll. Der subjektive Eindruck des Beklagtenvertreters, die seinerzeit zutage getretenen Verständigungsschwierigkeiten hätten ihren Grund „eher in der Nervosität des Zeugen“ gehabt, macht die Beweiswürdigung des Landgerichts

nicht rechtsfehlerhaft. Am Rande bemerkt sei, dass die sprachliche Fassung des Satzes 1 des Operationsberichtes des Zeugen N. vom 29.06.2009 („Die Pat. hat sich über die Blockade und mögliche Komplikationen einverstanden erklärt.“) als untermauernder Beleg dafür zu werten sein dürfte, dass der Eindruck der Kammer von Sprach- und damit einhergehenden Verständigungsdefiziten nicht „aus der Luft gegriffen“ ist.

7. Aber selbst wenn man einmal zugunsten der Beklagten alle Zweifel des Landgerichts an der Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen zu einer vermeintlich erfolgten mündlichen Risikoaufklärung im Vorfeld der Facetteninfiltration vom 08.07.2009 zurückstellen würde, hätte der Zeuge N. mit der von ihm geschilderten üblichen Aufklärungspraxis, die vor dem Eingriff vom 08.07.2009 zum Tragen gekommen sein soll, eine nur unzureichende Risikoaufklärung betrieben. In seiner Zeugenaussage schilderte er als üblich die Erwähnung des „Infektionsrisiko(s)“, der „Möglichkeit der Verschlechterung, der Nachblutung und das Allergierisiko“ sowie von „intravasalen Beeinträchtigungen“. Damit wird dem Patienten nicht hinreichend unmissverständlich vor Augen geführt, dass das (wenn auch seltene) Risiko einer dauerhaften Nervenschädigung besteht und welche konkreten Folgen, insbesondere dauerhafte Bewegungseinschränkungen, dies haben kann (vgl. zu den richtigerweise strengen Anforderungen an den unmissverständlichen Inhalt einer dahingehenden Aufklärung für den Fall einer Facetteninfiltration: OLG Köln, a. a. O.-Rnrrn. 7 - 9). Begriffe wie „Infektionsrisiko“ oder „Gefäß- oder Nervenbeeinträchtigungen“, ja selbst „Gefäß- oder Nervenverletzungen“ sind für sich genommen unzureichend, um eine im vorstehenden Sinne zureichende Risikoaufklärung zu gewährleisten (OLG Köln, a. a. O.-Rnrrn. 8 f.), woran auch der ursprünglich von der Klägerin ausgeübte Beruf einer Krankenschwester nichts zu ändern vermag.

II. Das Landgericht hat gemeint, eine von der Beklagten eingewandte hypothetische Einwilligung der Klägerin sei nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Die Beklagte habe lediglich auf bislang erfolglose Behandlungen hingewiesen, woraus sich nicht die von der Beklagten behauptete Alternativlosigkeit der Durchführung einer Facettenblockade ergebe. Diese Behauptung stehe zudem im Widerspruch zu von der Beklagten selbst erwähnten Alternativen. Angesichts der vom Sachverständigen Dr. E. bejahten nur relativen Indikation für eine Facettenblockade sei es im Übrigen zweifelhaft, ob die Klägerin – eine ordnungsgemäße Aufklärung unterstellt – eingewilligt hätte.

Das hält im Wesentlichen den Angriffen der Berufung stand:

Will der Behandler zur Begründung eines fehlenden Ursachenzusammenhangs zwischen der unterbliebenen bzw. unzureichenden Aufklärung und dem eingetretenen Schaden eine hypothetische Einwilligung einwenden, so hat er diese substantiiert und widerspruchsfrei darzulegen (Martis/Winkhart, 4. Aufl., Rn. A 1884). Dem genügt schon der Ansatz des Beklagtenvorbringens nicht, mit dem sie die eingewandte hypothetische Einwilligung der Klägerin in die am 08.07.2009 durchgeführte Facetteninfiltration unterlegt. Weder ist erkennbar, dass die Durchführung einer Facettenblockade bei der Klägerin „alternativlos“ gewesen wäre, noch ist nachvollziehbar, inwiefern es sich am 08.07.2009 um eine „hilfesuchende Klägerin mit erheblichen Schmerzbeschwerden“ gehandelt haben soll (was aus Sicht der Berufung wiederum die Alternativlosigkeit der Durchführung einer Facetteninfiltration begründen soll). Der Sachverständige Dr. E. (vgl. Seite 21 des schriftlichen Gutachtens) konnte bei Auswertung der Krankenunterlagen nicht feststellen, dass die Klägerin im Zeitpunkt der geplanten Wiedervorstellung in der Ambulanz am 08.07.2009 – zu diesem Termin sollte an sich der Eingriff vom 29.06.2009 (epidurale Injektion mit Blockade des linken Iliosakralgelenkes) wiederholt werden – unter „erhebliche(n) Schmerzbeschwerden“ litt. Diese Bewertung des Sachverständigen ist bei Auswertung des „Erinnerungsprotokoll(s)“ des Zeugen N. nachvollziehbar. Wie oben ausgeführt (vgl. Abschn. B. I. 6. a), spricht der Inhalt des „Erinnerungsprotokoll(s)“ gegen die Annahme eines „erheblichen Leidensdrucks“ der Klägerin im Zeitpunkt der Wiedervorstellung am 08.07.2009, von dem indes die Berufung ausgeht (Seite 11 der Berufungsbegründung). Das steht auch im Einklang mit dem Entlassungsbericht vom 30.06.2009, demzufolge die Patientin „schmerzfrei“ entlassen wurde. „Erhebliche Schmerzbeschwerden“ der Klägerin oder ein „erhöhter Leidensdruck“ können also nicht zur Substantiierung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung angeführt werden.

Das Landgericht musste auch nicht von einer „Alternativlosigkeit“ der am 08.07.2009 durchgeführten Facettenblockade ausgehen, und zwar losgelöst von der Frage, ob die vom Landgericht auf Seite 8 (Mitte) des angegriffenen Urteils erwähnten Graphien Behandlungsalternativen oder nur, wie die Berufung anführt, Untersuchungsmethoden sind. Der Sachverständige Dr. E. hat auf Seite 21 f. des schriftlichen Gutachtens und auf Seite 4 des Sitzungsprotokolls vom 14.11.2012 deutlich gemacht, dass angesichts des nur noch auf einen Druckschmerz paravertebral L4/5 beschränkten Beschwerdebildes bei gleichzeitiger Schmerzfreiheit in den am 29.06.2009 behandelten Bereiche die durchgeführte Infiltration der Facettengelenke „kritisch zu sehen“ sei, „da auch in den vorhergehenden Therapieplänen keine Indikation zur Injektion der Facettengelenke gesehen wurde“. Er hat weiter erläutert: „Eine klare Indikation mit Ergussbildung, degenerativen Veränderungen oder länger andauernden, auf andere Therapieformen resistente, arthrogene Beschwerden in diesem Bereich lagen nicht vor, eine auf die Facettengelenke bezogene Beschwerdesymptomatik ist auch aus dem Befundbericht der stationären Therapie Ende06.nicht zu entnehmen. Es ist lediglich ein Druckschmerz in diesem Bereich beschrieben.“ Wenn dann in der Folge der Sachverständige ausgeführt hat, die Durchführung einer Facettenblockade könne als nur relativ indiziert

bezeichnet werden, es handele sich also um eine Behandlungsmaßnahme, die für die Patientin von Vorteil sein könne, aber nicht absolut indiziert gewesen sei, so hat dies Auswirkungen auf die Substantiierung der eingewandten hypothetischen Einwilligung. „Alternativlos“ war dann die durchgeführte Facettenblockade gerade nicht; man hätte von ihr, wie der Sachverständige bei seiner Anhörung ausgeführt hat, ohne Weiteres absehen können. Dass in dieser Situation – einer geplanten Wiedervorstellung mit dem ursprünglichen Ziel, ggfs. befundabhängig den Eingriff vom 29.06.2009 zu wiederholen, wovon aber wegen der positiven Befundlage Abstand genommen wurde – die vermeintlich „erheblich schmerzgeplagte“ Klägerin in Angesicht einer vermeintlichen Alternativlosigkeit einer Facetteninfiltration auch dann in die Durchführung dieser Behandlungsmaßnahme eingewilligt hätte, wenn sie über die o. g. Risiken (v. a. Risiko einer dauerhaften Nervenschädigung mit dauerhaften Bewegungseinschränkungen) ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, lässt sich nicht annehmen. Das Landgericht hat den diesbezüglichen Einwand einer hypothetischen Einwilligung vertretbar und damit rechtsfehlerfrei als nicht hinreichend dargelegt bewertet.

Diese Bewertung erweist sich auch unter einem anderen Aspekt als richtig: An eine ordnungsgemäße Aufklärung sind in der Situation eines geplanten Vorstellungstermins, in dem der Patient mit einer anderen als der ursprünglich in Aussicht genommenen Behandlungsmaßnahme konfrontiert wird, erhöhte Anforderungen zu stellen (zutreffend: Hanseatisches OLG, a. a. O.-Rn. 70). Dieser Umstand in Verbindung mit der fehlenden zwingenden Indikation einer Facettenblockade hätte zur Folge gehabt, dass besondere Sorgfalt bei der Aufklärung gerade über die o. g., den Patienten besonders belastenden Risiken aufgewandt wird. Dies beinhaltet u. a., dass dem Patienten klar gemacht wird, dass die Durchführung einer Facettenblockade nicht absolut indiziert ist, denn nur so kann der Patient für sich verlässlich entscheiden, ob er die – wenn auch seltenen, aber eben massiv belastenden – o. g. Risiken für eine nur vorteilhafte, aber nicht zwingende Behandlungsmaßnahme eingehen will. Dass bei einer solcherart erfolgenden Aufklärung die Klägerin eingewilligt hätte, legt die Beklagte – mit dem Landgericht – nicht substantiiert dar, sondern sie stützt sich auf nicht vorliegende Umstände in Gestalt eines vermeintlich erheblichen Leidensdrucks der Klägerin (noch) am 08.07.2009 und auf eine vermeintliche Alternativlosigkeit der Durchführung einer Facettenblockade.

III. Die Berufung rügt das zugesprochene Schmerzensgeld als übersetzt, weil die vom Landgericht angeführten Rechtsentscheide „mit der hier vorliegenden Konstellation nur bedingt vergleichbar“ seien. Der diesbezügliche Berufungsangriff genügt schon nicht den Anforderungen an eine zulässige Berufungsbeurteilung, wie sie in § 520 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2 u. 3 ZPO geregelt sind. Davon unabhängig vermag der Senat bei Würdigung aller schmerzensgeldrelevanten Faktoren, insbesondere des Umstandes, dass die dauerhafte Störung der Nervenfunktion des plexus lumbalis bei der Klägerin zu einem belastungsunabhängigen Schmerz, zu einer nachhaltigen Gangunsicherheit infolge von schmerzhaften Belastungseinschränkungen beim Gehen, Stehen und Laufen und letzten Endes zur Unfähigkeit der Klägerin, ihren Mobilität voraussetzenden Beruf als Krankenschwester weiter auszuüben (mit der weiteren Folge einer krankheitsbedingten Anerkennung voller Erwerbsminderung und einer vorzeitigen Verrentung der noch lebensjungen Klägerin), geführt hat, nicht zu erkennen, dass das zuerkannte Schmerzensgeld von 35.000,00 Euro übersetzt wäre.

IV. Abstrakt zutreffend führt die Berufung an, das Landgericht habe nur „diejenigen Aspekte in die Erwägungen“ einbeziehen dürfen, „die tatsächlich als Gesundheitsschäden nachweisbar auf das Geschehen vom 08.07.2009 zurückzuführen“ seien. Indes zeigt die Berufungsbeurteilung nicht auf, dass und für welche von der Klägerin angeführten Gesundheitsschäden dem das Landgericht nicht entsprochen haben soll. Das Landgericht hat sich damit auseinandergesetzt, ob und inwiefern die schmerzhaften Belastungseinschränkungen (auch) bereits vor der Durchführung der Facettenblockade vorhanden gewesen und / oder Ausfluss von bereits vor dem 08.07.2009 vorhandenen Schmerzerscheinungen sein könnten. Mit Ausnahme der Niereninsuffizienz fehlt es an im Sinne von § 520 Abs. 3 S. 2 Nrn. 2 u. 3 ZPO hinreichenden Berufungsangriffen hiergegen.

Soweit es die Niereninsuffizienz angeht, hat das Ausgangsgericht auf Seite 13 des angefochtenen Urteils deutlich gemacht, dass und warum es keine volle richterliche Überzeugung davon gewinnen können, dass die retrospektiv wohl vorgelegen habende, allerdings nicht mehr sonographisch nachweisbare Niereninsuffizienz kausal auf dem nicht wirksam konsentierten Eingriff vom 08.07.2009 beruht, weshalb die Niereninsuffizienz nicht schmerzensgeldrelevant zu berücksichtigen sei. Das Berufungsvorbringen auf Seite 12 der Berufungsbeurteilung (Ziffer 5.) ist demgegenüber nicht recht verständlich.

V. Von einer Bewertung der Erfolgsaussicht der Anschlussberufung wird wegen § 524 Abs. 4 ZPO einstweilen abgesehen. Denn in der Folge einer evtl. Berufungsrücknahme oder einer Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege verliere die Anschlussberufung ihre Wirkung (§ 524 Abs. 4, 1. und 3. Fall ZPO). Sollte sich die Beklagte entschließen, die Berufung zurückzunehmen, würden sich die Gerichtsgebühren für das Berufungsverfahren vom Vierfachen auf das Zweifache der Gebühr ermäßigen (KV-Nrn. 1220, 1222, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG).

**57. OLG München, Urteil vom 06.03.2015 – 10 U 824/14 – \* Ob über die Primärverletzung hinaus ein Unfall auch für weitere Beschwerden des Unfallopfers ursächlich ist, ist eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität, die sich gem. § 287 ZPO beurteilt (**

**Tenor**

1. Die Berufung der Klägerin vom 28.02.2014 gegen das Endurteil des LG Deggendorf vom 27.01.2014 (Az. 23 O 375/12) wird zurückgewiesen.
2. Das Urteil des Landgerichts Deggendorf ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
3. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

A.

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Ansprüche auf Ersatz von Behandlungskosten, Verdienstausschlag, Haushaltsführungsschaden, Schmerzensgeld sowie Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für künftige Schäden nach einem Verkehrsunfall vom 07.01.2012 auf der G. Straße in D. geltend. Die Klägerin saß als angeschnallte Beifahrerin in dem von ihrem Ehemann gesteuerten Pkw. Als dieser an einer Rotlicht zeigenden Ampel anhielt, fuhr die Beklagte zu 2) mit dem bei der Beklagten zu 1) haftpflichtversicherten Pkw Skoda auf das Heck des Pkw Seat Altea des Ehemannes der Klägerin auf, wodurch Sachschaden an diesem Pkw in Höhe von 618,81 € entstand. Die Klägerin ging in der Folgewoche ihrer Tätigkeit als Kindergärtnerin (6 Stunden/tgl.) nach und begab sich wegen Beschwerden im Bereich der HWS und des Nackens sowie Verspannungen bis in den Kopf am Montag, dem 16.01.2012 in ärztliche Behandlung zu ihrem Hausarzt Dr. D., der ihr Arbeitsunfähigkeit bescheinigte und ein Rezept für Krankengymnastik ausstellte, worauf sich die Klägerin zum Sportmediziner Dr. O. begab. In der Folgezeit verschlimmerten sich die Beschwerden der Klägerin, sie war vom 16.01.2012 bis 10.06.2012 arbeitsunfähig krankgeschrieben, war bei mehreren weiteren Fachärzten für Unfallchirurgie, Chirurgie, Orthopädie, wurde über Monate hinweg mittels Injektionen in die Halswirbelsäule behandelt und nahm Schmerzmittel ein.

Die Klägerin trägt vor, die ziehenden Beschwerden im Bereich von HWS und Nacken seien erstmals am Folgetag aufgetreten und hätten sich in den Tagen nach dem Unfall und in der Folgewoche verschlimmert. Die ersten 6 Monate nach dem Unfall sei sie wie in einem Karussell gewesen, ständig sei sie gespritzt worden. Unfallbedingt würden bei der Klägerin, beginnend etwa 1 Jahr nach dem Unfall, nachts die Hände einschlafen, weshalb sie eine Handgelenksschiene benötige; bei Wetterumschwüngen habe sie Kopfdruck und sehe dementsprechend schlechter.

Die Beklagten bestreiten, dass die Klägerin bei dem Unfall verletzt wurde.

Hinsichtlich des weiteren Parteivortrags und der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil vom 27.01.2014 (Bl. 126/138 d. A.) Bezug genommen (§ 540 I 1 Nr. 1 ZPO).

Das LG Deggendorf hat nach Beweisaufnahme (insbesondere Erholung eines unfallanalytischen/verletzungsmechanischen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. R., Bl. 52/80 d.A.) sowie eines unfallchirurgischen Gutachtens der Sachverständigen Dr. med. B. (Bl. 95/111 d.A.) die Beklagten verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld von 300 € sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 46,41 € jeweils nebst Zinsen zu zahlen und im Übrigen die Klage abgewiesen.

Hinsichtlich der Erwägungen des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen (Bl. 126/138 d.A.).

Gegen dieses der Klägerin am 29.01.2014 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem beim Oberlandesgericht München am 28.02.2014 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt (Bl. 144/155 d. A.) und diese mit einem beim Oberlandesgericht München am 28.03.2014 eingegangenen Schriftsatz (Bl. 150/154 d. A.) begründet.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

werden die Berufungsbeklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Berufungsklägerin 11.021,64 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.219,03 € seit dem 13.04.2014, aus 1.313,32 € seit dem 24.04.2014, aus 301,38 € seit dem 26.05.2012 und aus 8.187,91 € seit dem 02.08.2012 zu zahlen,

werden die Berufungsbeklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Berufungsklägerin ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, über den vom Landgericht Deggendorf zugesprochenen Betrag hinaus, mindestens jedoch 6.900 €, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.000 € seit dem 17.02.2012, aus 1.500 € seit dem 24.03.2012 und aus 5.000 € seit dem 02.08.2012 zu zahlen,

wird festgestellt, dass die Berufungsbeklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Berufungsklägerin alle weiteren zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die der Berufungsklägerin aus dem Verkehrsunfall vom 07.01.2012 in Deggendorf noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden, werden die Berufungsbeklagten verurteilt, gesamtschuldnerisch an die Berufungsklägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.176,91 € abzüglich 46,41 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat die Klägerin angehört und ein nervenärztliches Gutachten nebst radiologischen Zusatzgutachten des Sachverständigen Dr. J. erholt sowie anschließend die Sachverständige Dr. B. zur Ergänzung und Erläuterung ihres schriftlichen Gutachtens angehört. Auf die Sitzungsniederschrift vom 13.06.2014 (Bl. 163/169 d.A.), den Beweisbeschluss vom 05.09.2014 (Bl. 177/182 d.A.), die Gutachten vom 10.11.2014 (Bl. 201/203, 204/206, 209/237 d.A.) und die Sitzungsniederschrift vom 16.01.2015 (Bl. 239/245 d.A.) wird Bezug genommen.

Ergänzend wird auf die vorgenannte Berufungsbegründungsschrift, die Berufungserwiderung vom 07.05.2014 (Bl. 159/161 d. A.), die weiteren im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze der Klägerin vom 23.10.2014, 10.11.2014 und 18.11.2014 (Bl. 196, 197, 207 d. A.) jeweils nebst Anlagen und der Beklagten vom 10.07.2014 (Bl. 170/171 d. A.), mit welchem ein im Termin vom 13.06.2014 geschlossener Vergleich widerrufen wurde, Bezug genommen.

B.

Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete, somit zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

I. Das Landgericht ging im Ergebnis zutreffend davon aus, dass die von der Klägerin geklagten Beschwerden jedenfalls ab 16.01.2012 nicht mehr mit der erforderlichen, aber auch ausreichenden Wahrscheinlichkeit gemäß § 287 ZPO dem Unfallereignis zuzuordnen sind. Die unfallbedingte Verletzung der Halswirbelsäule und die dadurch ausgelösten, dem Unfall zuzuordnenden Beschwerden für die Zeit vor dem 16.01.2012 sind durch das ausgeurteilte Schmerzensgeld ausreichend abgegolten. Da die Klägerin in der Woche nach dem Unfall trotz der vorhandenen Beschwerden ihrer Tätigkeit als Kindergärtnerin nachging, wies das Landgericht zutreffend darauf hin, dass es weiteren Vortrages bedurft hätte, inwieweit die Klägerin in diesem Zeitraum in ihrer Fähigkeit zur Haushaltsführung beeinträchtigt war. Ein solcher erfolgte auch im Berufungsverfahren nicht. Da Zukunftsschäden unfallbedingter Art nicht zu befürchten sind, ist für die Feststellung der Ersatzpflicht für Zukunftsschäden kein Raum.

1. Mit dem Nachweis, dass der Unfall zu einer HWS-Distorsionsverletzung und damit zu einer Körperverletzung der Klägerin geführt hat, steht der Haftungsgrund fest.

2. Ob über diese Primärverletzung hinaus der Unfall auch für weitere Beschwerden der Klägerin ursächlich ist, ist eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität, die sich gem. § 287 ZPO beurteilt (BGH VersR 2003, 474 = NJW 2003, 1116 = DAR 2003, 217; NJW 2004, 777 [778]; KG VersR 2004, 1193 = VRS 106 [2004] 260; Senat, Urt. v. 28.07.2006 – 10 U 1684/06 [Juris]; OLG Schleswig NZV 2007, 203; Müller VersR 2003, 137 [142 unter III 1, 2]). Bei der Ermittlung dieses Kausalzusammenhangs zwischen dem Haftungsgrund und dem eingetretenen Schaden unterliegt der Tatrichter also nicht den strengen Anforderungen des § 286 ZPO, vielmehr ist er nach Maßgabe des § 287 ZPO freier gestellt: Zwar kann der Tatrichter auch eine haftungsausfüllende Kausalität nur feststellen, wenn er von diesem Ursachenzusammenhang überzeugt ist; im Rahmen der Beweiswürdigung gem. § 287 ZPO werden aber geringere Anforderungen an seine Überzeugungsbildung gestellt – hier genügt, je nach Lage des Einzelfalls, eine höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung (ausführlich BGH VersR 1970, 924 [926 f.]; NJW 1994, 3295 ff.; 2003, 1116 [1117]; 2004, 777 [778]; VersR 2005, 945 = NJW-RR 2005, 897 = DAR 2005, 441 = SP 2005, 259 = NZV 2005, 461 = MDR 2005, 1108 = VRS 109 [2005] 98 = r+s 2006, 38 = BGHReport 2005, 1107; Senat, Urt. v. 27.01.2006 – 10 U 4904/05 = NZV 2006, 261 [262], v. 28.07.2006 – 10 U 1684/06 [Juris] und v. 15.09.2006 – 10 U 3622/99 = r+s 2006, 474 546 m. zust. Anm. von Lemcke = NJW-Spezial 2006, 546 m. zust. Anm. von Heß/Burmann [Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH durch Beschluß v. 08.05.2007 – VI ZR 29/07 zurückgewiesen]; OLG Schleswig NZV 2007, 203 [204]).

§ 287 ZPO entbindet aber nicht vollständig von der grundsätzlichen Beweislastverteilung und erlaubt es nicht, zugunsten des Beweispflichtigen einen bestimmten Schadensverlauf zu bejahen, wenn nach den festgestellten Einzel Tatsachen "alles offen" bleibt oder sich gar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil ergibt (BGH VersR 1970, 924 [927]; Senat, Urt. v. 28.07.2006 – 10 U 1684/06 [Juris] und v. 15.09.2006 – 10 U 3622/99 = r+s 2006, 474 546 m. zust. Anm. von Lemcke = NJW-Spezial 2006, 546 m. zust. Anm. von Heß/Burmann [Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH durch Beschluß v. 08.05.2007 – VI ZR 29/07 zurückgewiesen]). Dies gilt insbesondere für neurologische Dauerfolgen, deren Eintritt oder Auslösung durch das Unfallgeschehen zunächst nicht zu erwarten war (BGH VersR 1970, 924 [927]; Senat a.a.O.).

Die bloße zeitliche Nähe zwischen einem Unfallereignis und der Entstehung der Beschwerden und die daran anknüpfende "gefühlsmäßige" Wertung, beide Ereignisse müssten irgendwie miteinander in Zusammenhang stehen, reicht nicht aus (BGH NJW 2004, 777 [778] = NZV 2004, 27 = SP 2004, 40 = VersR 2004, 118 = DAR 2004, 81 = VRS [2004] 177 = zfs 2004, 159). Als Mindestmaß für die Beweisführung ist zu fordern, dass die unfallbedingte Entstehung und Fortdauer der behaupteten Beschwerden wahrscheinlicher ist als ihre unfallunabhängige Entstehung und Fortdauer (OLG Karlsruhe NZV 2001, 511; OLG Brandenburg VRS 107 [2004] 85; Senat, Urt. v. 21.05.2010 – 10 U 2853/06 [juris, Rz. 125]). Diese Beweisführung ist der Klägerin für die Beschwerden ab dem 16.01.2012 nicht gelungen.

a) Die Klägerin hat bei der Anhörung vor dem Landgericht (Bl. 43 d.A. Schmerzen im Brust- und Nackenbereich) und bei der Anamnese gegenüber der Sachverständigen Dr. B. (Bl. 100 d.A. ziehende Beschwerden an der Halswirbelsäule und im Nacken sowie Verspannungen bis in den Kopf) sowie gegenüber Dr. J. (Bl. 215 d.A. Schmerzen im Bereich beider Schultern, am Nacken, nach oben gehend zum Schädel; beginnende Kopfschmerzen in der Woche nach dem Unfall Bl. 216 d.A.) angegeben, dass die Beschwerden erstmals am nächsten Tag nach dem Aufstehen sowie im Lauf der Folgeweche auftraten, sie aber in dieser Woche zur Arbeit als Kindergärtnerin nachging; diese Tätigkeit ist auch mit dem Heben und Tragen von und dem Nachvornebeugen zu den Kindern verbunden.

Die beim Unfall selbst auftretende Belastung, der im Rahmen der Beweiswürdigung für die Frage der Verletzung und deren Folgen indizielle Bedeutung zukommt, war nach dem unfallanalytischen und biomechanischen Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. R. vom 03.05.2013 mit einer Geschwindigkeitsänderung am Pkw des Ehemannes der Klägerin mit 6 km/h bis 8 km/h und einer Fahrgastzellenbeschleunigung von 1,7 g bis 2,3 g gering. Einwände gegen das Gutachten wurden nicht erhoben, von der hervorragenden Sachkunde des Sachverständigen konnte sich der Senat aus einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat überzeugen.

Die Klägerin erwähnte bei dem erstmaligen Arztbesuch am 16.01.2012, wie sich der Anlage K 1 (Stellungnahme des erstbehandelnden Arztes gegenüber der Versicherung vom 07.05.2012) entnehmen lässt, den Unfall nicht, brachte also selbst die seinerzeit von ihr geklagten und von der Sachverständigen Dr. B. als unspezifisch eingeordneten Beschwerden zunächst selbst nicht mit dem Unfall in Verbindung. Den im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen (Bericht von Dr. O. vom 03.02.2012 gegenüber dem erstbehandelnden Arzt; Bericht des Neurologen Dr. B. vom 30.01.2012 über die Behandlung am selben Tag) war zu entnehmen, dass die Klägerin bereits vor dem Unfall Schmerzen am Rippenbogen hatte und am 18.01.2012 beim Sportmediziner Dr. O. in Deggendorf zum Einrenken der Halswirbelsäule über einen Zeitraum von 30 min. war und es seitdem zu deutlichem Schwindel und wiederkehrenden Schwindelattacken kam. Erst in der Folgezeit erfolgten die permanenten Injektionen in die Halswirbelsäule und zunehmende Schmerzmittelgaben. Eine sog. out of position Sitzposition beim Unfall oder eine Kopfdrehung ist nicht vorgetragen (Bl. 43 d.A.). Die Klägerin war nicht bewusstlos, am Schädel waren keine äußerlich sichtbaren Verletzungsanzeichen, es bestehen keine Erinnerungslücken (Bl. 214 d.A.). Der Zustand der Klägerin nach dem Einrenken, das nach den Ausführungen der Sachverständigen Dr. B. zu einer Einwirkung auf die Halswirbelsäule führte, die um ein Vielfaches höher ist als die beim Unfall einwirkenden Kräfte, war dergestalt, dass sogar eine Verletzung der Halsgefäße befürchtet wurde und am 06.02.2012 eine MR-Untersuchung wegen "Schwindel nach Einrenken der Halswirbelsäule, Kopfschmerzen" erfolgte (Anlage zum Gutachten Dr. B., Bl. 110 d.A.).

Eine relevant degenerativ vorgeschädigte Halswirbelsäule, was nach den Bekundungen der Sachverständigen Dr. B. die Annahme einer längeren Ausheilungszeit ermöglichen könnte, liegt, wie die Sachverständige dem erholten Zusatzgutachten (MRT der HWS Bl. 204/206 d.A.) entnehmen konnte, nicht vor.

Der Senat schließt sich daher dem Ergebnis der Sachverständigen an, wonach vorliegend, ausgehend von einer Ausheilungszeit von höchstens 5 bis 7 Tagen, unfallabhängige Beschwerden noch am 16.01.2012 nicht wahrscheinlich sind. Die von der Klägerin gegenüber dem Hausarzt erwähnten Beschwerden können ihre Ursache nach den Ausführungen der Sachverständigen auch in einem Verlegen haben. Eine Ausheilungszeit von wenigen Tagen bis zu Wochen ist bei Verletzungen der Halswirbelsäule vom Schweregrad I nach Erdmann nach der Modifizierung von M. Keidel (Schleudertrauma der Halswirbelsäule, in: Brandt, T., H. C. Diener, J. Dichgans [Hrsg.], Therapie und Verlauf neurologischer Erkrankungen. 3. Aufl. Stuttgart 1998, S. 69–84) bzw. von 4 Tagen beim Schweregrad I nach QTF (Spitzer et al., Scientific Monograph of the Quebec Task Force on whiplash-associated disorders: Redefining "whiplash" and its management, Spine 20, 1995, 1–73) auch in Betracht zu ziehen. Von der besonderen Sachkunde der Sachverständigen konnte sich der Senat aus einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat bei Sachverhalten mit medizinisch vergleichbar gelagerten Problemen überzeugen.

Eine längere Ausheilungszeit ist vorliegend auf Grund der dargelegten Erwägungen aber nicht mit der für die Beweisführung erforderliche überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu bejahen.

b) Einer Anhörung der behandelnden Ärzte zum Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Beschwerden bedurfte es vorliegend nicht. Die Feststellungen der behandelnden Ärzte sind zwar eine wichtige Erkenntnisquelle (BGH, Urt. v. VersR 2008, 1133 = NZV 2008, 502 [503]; OLG Düsseldorf, Urt. v.

11.03.2002 – I - 1 U 142/01 [Juris]), genügen aber nicht zur Beweisführung für die regelmäßig entscheidende Frage des Kausalzusammenhangs (BGH NZV 2000, 121 unter II 1 a.E.; VersR 2008, 1133; OLG Hamm NZV 2001, 468; Senat, NZV 2003, 474 [475] – Revision vom BGH durch Beschl. v. 01.04.2003 – VI ZR 156/02 nicht angenommen; Urt. v. 28.07.2006 – 10 U 1684/06 [Juris] und v. 15.09.2006 – 10 U 3622/99 = r+s 2006, 474 m. zust. Anm. von Lemcke = NJW-Spezial 2006, 546 m. zust. Anm. von Heß/Burmann [Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH durch Beschluss v. 08.05.2007 – VI ZR 29/07 zurückgewiesen])

Der BGH führt in seinem Urteil vom 03.06.2008 (Az. VI ZR 235/07 = VersR 2008, 1133) insoweit aus: "Da der Arzt, der einen Unfallgeschädigten untersucht und behandelt, diesen nicht aus der Sicht eines Gutachters betrachtet, sondern ihn als Therapeut behandelt, steht für ihn die Notwendigkeit einer Therapie im Mittelpunkt, während die Benennung der Diagnose als solche für ihn zunächst von untergeordneter Bedeutung ist. Deshalb sind zeitnah nach einem Unfall erstellte ärztliche Atteste für den medizinischen Sachverständigen eher von untergeordneter Bedeutung (Mazzotti/Castro, NZV 2008, 113, 114). Eine ausschlaggebende Bedeutung wird solchen Diagnosen im Allgemeinen jedenfalls nicht beizumessen sein (so aber OLG Bamberg, aaO). Im Regelfall wird das Ergebnis einer solchen Untersuchung nur als eines unter mehreren Indizien für den Zustand des Geschädigten nach dem Unfall Berücksichtigung finden können (Müller, VersR 2003, 137, 146; ebenso v. Hadeln, NZV 2001, 457, 458 f.). Eine Vernehmung der behandelnden Ärzte als Zeugen oder sachverständige Zeugen ist zudem entbehrlich, wenn das Ergebnis ihrer Befundung schriftlich niedergelegt, vom Sachverständigen gewürdigt und in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist, denn bei der Frage nach einem Zusammenhang der geltend gemachten Beschwerden mit dem Unfallgeschehen kommt es allein auf die Beurteilung durch Sachverständige und nicht auf die Aussagen von Zeugen an (Senatsurteile vom 16.11.1999 - VI ZR 257/98 - VersR 2000, 372, 373 und vom 20.03.2007 - VI ZR 254/05 - VersR 2008, 235, 237 f.)."

Die Ergebnisse der Untersuchung und Befundung der behandelnden Ärzte wurden von der gerichtlichen Sachverständigen bei der Gutachtenerstattung berücksichtigt.

c) Zwar ist in Betracht zu ziehen, dass die Fortdauer der Beschwerden über den 18.01.2012 hinaus ihre Ursache in den durchgeführten Eingriffen hat, bestehend in dem zu Schwindel führenden Einrenken der Halswirbelsäule und den folgenden ständigen Injektionen.

(1) Es fehlt aber insoweit an einem haftungsrechtlichen Zusammenhang mit dem Unfall. Die Klägerin begab sich bereits nicht wegen des Unfalls zu Arzt. Überdies waren die medizinischen Eingriffe gegen die Halswirbelsäule ab 18.01.2012 nach den Bekundungen der Sachverständigen massiv, ohne Erholungsmöglichkeit für die Halswirbelsäule der Klägerin und aus medizinischer Sicht nicht nachvollziehbar. Für eine derartige Fehlbehandlung braucht der Unfallverursacher nicht einzustehen.

(2) Maßgeblich ist weiter ein objektivierter, fachärztlicher Standard (BGH NJW 2003, 2311). Die eingeleiteten Maßnahmen waren auf dem Hintergrund der Behandlungsleitlinien in Intensität und Häufung nach den Ausführungen der Sachverständigen völlig ungewöhnlich. Es liegt damit aber ein grober Behandlungsfehler vor, für dessen Folgen der Schädiger selbst dann nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn sich der an Körper oder Gesundheit verletzte Geschädigte wegen unfallbedingter Befindlichkeitsstörungen mit Krankheitswert in Behandlung begibt.

d) Die Behauptung der Klagepartei, unfallbedingt würden bei der Klägerin, beginnend etwa 1 Jahr nach dem Unfall, nachts die Hände einschlafen, weshalb sie eine Handgelenksschiene benötige und bei Wetterumschwüngen habe sie unfallbedingt Kopfdruck und sehe schlechter, ist ebenfalls nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit gem. § 287 ZPO bewiesen. Nach dem Ergebnis des nervenärztlichen Gutachtens, gegen das nach Einräumung einer diesbezüglichen Schriftsatzfrist Einwände nicht erhoben wurden, kam es durch das Unfallereignis zu keiner Verletzung an den Strukturen des Nervensystems gleich welcher Lokalisation, so dass das Einschlafen der Hände, der Kopfdruck und die Sehverschlechterung sowie das beginnende Karpaltunnelsyndrom nicht auf das Unfallereignis zurückgeführt werden können. Von der Sachkunde des Sachverständigen konnte sich der Senat aus einer Vielzahl erholter Gutachten und Anhörungen vor dem Senat mit medizinisch ähnlichen Sachverhalten überzeugen.

e) Da die Sehverschlechterung nach dem Vorbringen der Klägerin (Bl. 165 d.A.) in Verbindung mit dem Kopfdruck bei Wetterumschwüngen auftritt, die die Sehverschlechterung auslösenden Beschwerden aber nach den erholten Gutachten nicht auf das Unfallereignis zurückgeführt werden können, bedurfte es vorliegend keines weiteren augenfachärztlichen Gutachtens.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

III. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Ersturteils und dieses Urteils beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 II 1 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtsache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

**58. LG Krefeld, Urteil vom 05.03.2015 – 3 O 414/12 – \* Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität nur dann in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist und einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst darstellt. Von einem fundamentalen Diagnosefehler kann nur ausgegangen werden, wenn ein eindeutiges Krankheitsbild in einer fundamentalen Weise, die aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich ist, verkannt wird.**

#### **Orientierungssatz**

**Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität nur dann in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist und einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst darstellt. Von einem fundamentalen Diagnosefehler kann nur ausgegangen werden, wenn ein eindeutiges Krankheitsbild in einer fundamentalen Weise, die aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich ist, verkannt wird.**

#### **Tenor**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

#### **Tatbestand**

Die Klägerin verlangt von den Beklagten wegen angeblicher Versäumnisse bei einer ärztlichen Untersuchung am 1.01.2008 die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und die Zahlung der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung. Ferner begehrt die Klägerin die Feststellung der Schadenersatzverpflichtung der Beklagten dem Grunde nach.

Die am 17.10.1969 geborene Klägerin litt seit dem Vormittag des 31. Dezembers 2007 unter anhaltenden Kopfschmerzen. In der Nacht zum 1.01.2008 wurde sie von ihrem Ehemann und ihrer Schwester wegen der starken Kopfschmerzen in die Ambulanz des von der Beklagten zu 1) betriebenen Krankenhauses gebracht. Aufgrund der Aufnahmeuntersuchung wurde ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den Kopfschmerzen und einer einige Jahre zurückliegenden Operation der Halswirbelsäule vermutet. Es wurde die stationäre Aufnahme und die stark dosierte Gabe von Analgetika angeordnet. Die Gabe von Analgetika führte bis zum Nachmittag des 1.01.2008 zu einem weitgehenden Abklingen der Kopfschmerzen, so dass die Klägerin noch am gleichen Tag entlassen wurde.

Der Hausarzt der Klägerin veranlasste in den nächsten Tagen eine CT- und MRT-Untersuchung. Anlässlich der am 3.01.2008 durchgeführten CT- und MRT-Untersuchung wurde ein ischämischer Hirninfarkt im hinteren Stromgebiet der Arteria cerebri media rechtsseitig mit komplex neuropsychologischen Defiziten festgestellt. In der Folge wurde die Klägerin in der Zeit vom 3. bis zum 11.01.2008 in der Stroke-Unit der neurologischen Klinik L. behandelt.

Aufgrund Bescheides der E-Rentenversicherung vom 6.01.2010 bezog die Klägerin zunächst befristet bis zum 31.12.2010 eine Erwerbsminderungsrente wegen voller Erwerbsminderung. Die Rentenzahlung wurde mit Bescheid vom 4.09.2012 auf unbestimmte Dauer verlängert.

Mit Schreiben vom 7.07.2010 forderte die Klägerin die Beklagte zu 1) erstmals zur Zahlung von Schadenersatz auf. Die Berufshaftpflichtversicherung der Beklagten zu 1) holte Stellungnahmen der behandelnden Ärzte ein und wies mit Schreiben vom 28.09.2010 die geltend gemachten Ansprüche als unbegründet zurück.

Die Klägerin behauptet, der Schlaganfall habe sich erst am Abend des 31.12.2007 ereignet, so dass das therapeutische Behandlungsfenster für eine Lysetherapie in dem Zeitpunkt, als sie in der Ambulanz eingetroffen sei, noch offen gewesen sei. Zumindest hätten die Folgen des Schlaganfalls bei richtiger Diagnose und Befunderhebung noch abgemildert werden können. Sie sei um 0:30 in die Notaufnahme des von der Beklagten betriebenen Krankenhauses gekommen. Der Beklagte zu 2) habe die Aufnahmeuntersuchung durchgeführt. Es sei nicht nach dem Nikotinabusus und der Prämedikation gefragt worden, aus denen sich Risikofaktoren für einen Schlaganfall ergeben hätten. Sie sei nicht ansprechbar gewesen und habe neurologische Defizite gezeigt.

Infolge des Behandlungsfehlers könne sie nicht mehr rechnen und die Aufgaben der häuslichen Arbeit wie kochen, abwaschen und einkaufen nicht mehr sicher ausführen. Sie sei auch besonders stöempfindlich gegen Stress und laute Geräusche. Sie befände sich weiterhin in ärztlicher Behandlung.

Die Klägerin ist der Ansicht, die unzureichende Befundabklärung stelle einen groben Behandlungsfehler dar, denn bei ausreichender Sorgfalt wäre erkennbar gewesen, dass sie einen Schlaganfall erlitten habe.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch haftend zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird, mindestens jedoch EUR 25.000,
2. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch haftend ihr jedweden Schaden zu ersetzen haben, der ihr infolge der fehlerhaften Behandlung beginnend mit dem 01.01.2008 entstanden ist und künftig entstehen wird,

3. die Beklagten gesamtschuldnerisch haftend zu verurteilen, an sie EUR 1.407,50 nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagten behaupteten, die Klägerin sei erst gegen 2:00 in der Notaufnahme vorstellig geworden. Der Beklagte zu 2) habe die Klägerin erst am Vormittag des 1.01.2008 untersucht, nicht aber die Aufnahmeuntersuchung durchgeführt. Jedenfalls seien eventuelle Behandlungsfehler für die Schäden der Klägerin nicht ursächlich.

Die Beklagten haben sich auf die Einrede der Verjährung berufen.

Das Gericht hat Beweis erhoben nach Maßgabe des Beweisbeschlusses vom 12.03.2013 (Bl. 74-76 d. GA), abgeändert durch den Beschluss vom 8.07.2013 (Bl. 95 d. GA), durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens eines medizinischen Sachverständigen auf dem Gebiet der Inneren Medizin sowie nach Maßgabe der Beschlüsse vom 4.01.(Bl. 161 d. GA) und 6.06.2014 (Bl. 194 d. GA) durch Einholung ergänzender schriftlicher Stellungnahmen des Sachverständigen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. med. X. vom 23.10.2013 (Bl. 110-115 d. GA) und auf die Gutachtenergänzungen vom 17.04.2014 (Bl. 172-175 d. GA) und vom 25.08.2014 (Bl. 202-205 d. GA) Bezug genommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, das Protokoll sowie den sonstigen Inhalt der Akte verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Ersatz für materielle oder immaterielle Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Denn die Klägerin hat nicht bewiesen, dass den Beklagten bei der streitgegenständlichen Behandlung schadensursächliche Fehler unterlaufen sind.

1. Zwischen den Parteien ist bereits streitig, ob im Rahmen der Untersuchung der Klägerin im Hause der Beklagten zu 1) am 1.01.2008 neurologische Defizite zu erkennen waren. Doch selbst wenn die Kammer zugunsten der Klägerin davon ausgeht, dass derartige neurologische Defizite bestanden bzw. die Angehörigen der Klägerin den diensthabenden Arzt auf neurologische Ausfälle hinwiesen und deshalb nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen ein Diagnose- und Befunderhebungsfehler bestünde, wäre ein Anspruch der Klägerin gleichwohl nicht begründet.

Denn aufgrund eines - hier als gegeben unterstellten - Diagnose- bzw. Befunderhebungsfehlers mag zwar die erforderliche Untersuchung der Klägerin im Wege der Computertomografie und die Behandlung in der Stroke-Unit der Neurologie wegen des Verdachts auf einen Hirninfarkt um drei Tage verzögert worden sein. Doch hat die Klägerin nicht bewiesen, dass diese dreitägige Verzögerung für die von ihr behaupteten gesundheitlichen und sonstigen Beeinträchtigungen ursächlich geworden ist. Auch Beweiserleichterungen kommen der Klägerin insoweit weder unter dem Gesichtspunkt des groben Behandlungsfehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsfehlers zugute.

a) Zu diesem Ergebnis gelangt die Kammer auf der Grundlage des schriftlichen Gutachtens des medizinischen Sachverständigen Dr. X. vom 23.10.2013 (Bl. 110-115 d. GA) und seiner ergänzenden Stellungnahmen vom 17.04.(Bl. 172-175 d. GA) und 15.08.2014 (Bl. 202-205 d. GA).

(1) Der Sachverständige hat festgestellt, dass der von der Klägerin erlittene Schlaganfall aufgrund der in dem von der Beklagten zu 1) betriebenen Krankenhaus nicht durchgeführten cranialen Bildgebung nicht diagnostiziert worden und insofern vom Vorliegen eines Befunderhebungsfehlers auszugehen sei (Bl. 111 und 113 d. GA). Die - zwischen den Parteien indes streitige - Angabe von kurzweiligen Bewusstseinstörungen und Verwirrtheit in Kombination mit - unstreitig bestehenden - starken Kopfschmerzen hätten eine Indikation zur sofortigen cranialen Bildgebung dargestellt. Insgesamt sei die geschilderte - aber streitige - Symptomatik in jedem Fall suspekt auf verschiedene intracraniale Pathologika, die sämtlich einer sofortigen Bildgebung bedurft hätten (Sinusvenenthrombose, cerebrale Blutung). Die bereits Jahre zurückliegende Bandscheibenoperation der Halswirbelsäule sei bereits durch den abrupten Beginn ohne etwaig vorliegendes Trauma als eine ursächlich eher unwahrscheinliche Differenzialdiagnose einzuschätzen. Darüber hinaus hätte das Erwägen der genannten Differenzialdiagnosen zu einer Bildgebungsdiagnostik führen sollen (Bl. 111 d. GA). Die craniale Bildgebung hätte - so der Sachverständige weiter - nach Ablauf von etwa 14 Stunden zum ursprünglichen Inzidenzereignis am Morgen des 31.12.2007 höchstwahrscheinlich zur Diagnose einer suspekten Läsion temporal bis parietal rechts geführt. Eine differentialstrategisch sichere Abgrenzung zwischen Ischämie und entzündlicher Genese hätte primär nicht voneinander abgegrenzt werden können, wäre aber Anlass zur weitergehenden fachspezifischen Behandlung nebst etwaig erweiterter cranialer Bildgebung gewesen (Bl. 112 d. GA).

Wie bereits ausgeführt basieren die Feststellungen auf der Annahme, dass die Klägerin bei der Aufnahmeuntersuchung neben starken Kopfschmerzen auch kurzweilige Bewusstseinstörungen und Verwirr-

heitszustände zeigte. Gleichwohl war das erkennende Gericht nicht gehalten, dieser zwischen den Parteien streitigen Frage nachzugehen. Ebenso wenig bestand Veranlassung aufzuklären, wer die Aufnahmeuntersuchung vorgenommen hat.

Denn jedenfalls hat der Sachverständige - auf die vorstehenden, für die Klägerin günstigen Feststellungen aufbauend - weiter festgestellt, dass der initiale Beginn der Beschwerdesymptomatik bereits auf den Morgen des 31.12.2007 zurückgehe, die Aufnahme der Klägerin in dem von der Beklagten zu 1) betriebenen Krankenhaus um 0:30 des 1.01.2008 erfolgt sei und daher davon auszugehen sei, dass auch eine zum Aufnahmezeitpunkt gestellte Diagnose einer cerebralen Ischämie zu keiner im Grundsatz anderweitigen Behandlung geführt hätte. Eine komplexe, profunde und auch langfristig prognostisch bedeutsame medikamentöse oder interventionelle Einflussnahme sei nicht veranlasst gewesen (Bl. 113 d. GA). In zeitlicher Hinsicht habe keine Indikation zur systemischen oder loco-regionären Lyse-Therapie bestanden (Bl. 174 d. GA). Zusammenfassend hat der Sachverständige Dr. X. in seinem schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 17.04.2014 insoweit festgehalten, dass abschließend nicht zu beantworten sei, ob eine frühzeitigere Diagnosestellung verbunden mit dem darauf aufbauenden anderweitigen - auch medikamentösen - Behandlungsweg in der Konsequenz das aktuell bestehende medizinische Outcome nachhaltig positiv beeinflusst hätte (Bl. 174 d. GA). In seinem Ergänzungsgutachten vom 15.08.2014 hat der Sachverständige nochmals betont, dass die unverzügliche Durchführung einer kranialen Computertomografie oder einer kranialen MRT-Untersuchung mit höchst anzunehmender Wahrscheinlichkeit zu keiner anderen, direkten medizinischen Konsequenz geführt hätte und auch der weitere klinische Verlauf - wenngleich sicher in fach-neurologischer stationärer Behandlung - die aktuell beklagten Defizite nicht nachhaltig hätte beeinflussen können. Ein etwaiger Befunderhebungsfehler habe zu keinem für die Klägerin relevanten Behandlungsnachteil geführt. Die seitens der Klägerin beklagten Einbußen ihrer individuellen Leistungsentfaltung seien zwar als mittelbare Folge des Ereignisses zu bewerten, seien aber sicherlich auch unter anderem Ablauf der Diagnostik unabwendbar gewesen (Bl. 205 d. GA).

In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die auf den Schlaganfall zurückzuführenden körperlichen Einschränkungen keineswegs unstrittig sind. Die Klägerin hat es abgelehnt, sich bezüglich der von ihr aktuell beklagten Beeinträchtigungen untersuchen zu lassen. Aus dem von der Klägerin persönlich zur Gerichtsakte gereichten fachärztlich klinisch-neurologischen Gutachten von Dr. T. (Bl. 130-144 d. GA) geht hervor, dass die Klägerin anlässlich einer am 30.08.2011 vorgenommenen neurologischen Untersuchung gerade keine Defizite hinsichtlich der Motorik, Sensibilität und Koordination gezeigt hat. Weiterhin konnten in weiteren orientierenden neuropsychologischen Untersuchungen keine wesentlichen Defizite im Bereich der Aufmerksamkeit, der Konzentration und des Gedächtnisses festgestellt werden, obwohl diese von der Klägerin als defizitär empfunden werden. Auch ließen sich keine wesentlichen Sprachstörungen wie Wortfindungsstörungen, Paraphasien oder Sprachverständnisstörungen nachweisen. Vielmehr zeigten sich klinische Zeichen einer Depression (vgl. Bl. 142 d. GA).

(2) Das Gericht schließt sich den überzeugend begründeten Feststellungen des medizinischen Sachverständigen Dr. X. aufgrund eigener Würdigung vorbehaltlos an. Der Sachverständige ist Chefarzt der Klinik für Innere Medizin und Kardiologie des E-Krankenhauses in E. Als solcher ist er zur Beurteilung der hier zu klärenden Beweisfragen in besonderem Maße geeignet. In seinem Gutachten vom 23.10.2013 hat er sich unter Berücksichtigung der Behandlungsunterlagen der Beklagten und des wechselseitigen Parteivorbringens mit den ihm gestellten Beweisfragen eingehend auseinandergesetzt. In den zwei Ergänzungsgutachten vom 17.04. und vom 15.08.2014 hat er sich mit den Fragen und Einwendungen der Parteien in einer Weise auseinandergesetzt, dass auch die Klägerin keine Veranlassung sah, weitere Ergänzungsfragen an den Sachverständigen zu richten.

Zudem decken sich die Feststellungen des Sachverständigen Dr. X. mit den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. O. in seinem an die Gutachterkommission für Ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein gerichteten Gutachten vom 24.07.2012 (Bl. 25 ff. d. GA). Bereits Prof. Dr. O. hat in seinem Gutachten vom 24.07.2012 mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit festgestellt, dass der ischämische Hirninfarkt, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit am Morgen des 31.12.2007 aufgetreten sei, nicht rechtzeitig erkannt worden sei, da zeitnah keine kraniale Bildgebung durchgeführt worden sei. Es handele sich um einen einfachen Befunderhebungsfehler. Ein Gesundheitsschaden sei durch die zu spät gestellte Diagnose jedoch nicht entstanden, da es zum Aufnahmezeitpunkt in der Klinik der Beklagten zu 1) keine Indikation für eine sofortige Therapie des ischämischen Schlaganfalls gegeben habe und die Sekundärprophylaxe rechtzeitig in der nachbehandelnden Klinik in Krefeld eingeleitet worden sei (Bl. 32 d. GA).

(3) Den Beweis der Kausalität zwischen Befunderhebungsfehler und den angeblichen Einbußen hat die Klägerin demgemäß nicht geführt.

b) Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität kommen der Klägerin weder unter dem Gesichtspunkt eines groben Diagnosefehlers noch unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zu gute.

Von einem zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität führenden groben Diagnosefehler kann hier nicht ausgegangen werden.

Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität nur dann in Betracht, wenn der Fehler als grob zu bewerten ist und einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst darstellt; dies ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handelt, wobei wegen der bei Stellung einer Diagnose nicht seltenen Unsicherheiten die Schwelle, von der ab eine Fehldiagnose als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist und zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität führt, hoch anzusetzen ist (BGHZ 188, 29-Rn. 20 m. w. Nachw. - st. Rspr.).

Von einem fundamentalen Diagnosefehler kann demnach nur ausgegangen werden, wenn ein eindeutiges Krankheitsbild in einer fundamentalen Weise, die aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich ist, verkannt wird. Davon kann aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hier nicht ausgegangen werden.

Es fehlt bereits an einem in dem vorgenannten Sinne geschilderten eindeutigen Krankheitsbild. Die von der Klägerin bei der Untersuchung geschilderten Einschränkungen ließen sich gerade nicht einem bestimmten Krankheitsbild zuordnen. Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die im Hause der Beklagten zu 1) tätigen Ärzte das Krankheitsbild eines Hirninfarktes in einer fundamentalen Weise verkannt hätte, die aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich wäre. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Klägerin tatsächlich Probleme mit der Halswirbelsäule hatte.

Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität kommt der Klägerin auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Befunderhebungsmangels zugute. Dies ergibt sich aus dem Gedanken, dass der Patient bei einem unterlassenen Befund nicht besser stehen solle, als er stünde, wenn der Befund erhoben worden wäre und dadurch eine ärztliche Reaktion erforderlich gewesen wäre (Spindler in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 810; G. Müller, NJW 1997, 3049 (3053)). Eine solche Besserstellung würde aber erfolgen, weil auch bei einer sofortigen Computertomographie eine therapeutische Reaktion, die zu einer Verbesserung der Folgen geführt hätte, nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nicht möglich gewesen wäre.

2. Auch andere Haftungsansätze rechtfertigen den Zuspruch der von der Klägerin geltend gemachten Forderungen nicht.

Die veranlasste Schmerztherapie durch die Gabe von Analgetika ist nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. X. nicht per se als fehlerhaft einzuschätzen (Bl. 113 und 173 d. GA). Zwar sei es vorstellbar, dass eine psychotrop wirkende Analgetikamedikation die motorische, sensible und psychologische Befunderhebung eines Patienten erschwere, dies allerdings nur, sofern es explizit hierdurch zu Funktionseinbußen der genannten Qualitäten komme. Hierfür gibt es nach den Behandlungsunterlagen dem Sachverständigen zufolge indes keine Anhaltspunkte (Bl. 204 d. GA).

Unter Zusammenschau der regredienten Beschwerdesymptomatik und des offenkundig fehlenden anderweitigen Symptombildes einer cerebralen Ischämie sei auch die Entlassung der Klägerin am Nachmittag des 1.01.2008 nicht als grundsätzlich fehlerhaft einzuschätzen (Bl. 113 d. GA). Soweit der Sachverständige ergänzend festgestellt hat, dass die Entlassung zumindest unter nicht abschließend geklärten ursächlichen Diagnosen für das klinische Gesamtbild erfolgt sei und daher jedenfalls die Notwendigkeit bestanden habe, der Klägerin die Notwendigkeit zur weiteren Abklärung zu kommunizieren, steht der Haftung der Beklagten die mangelnde Kausalität dieses Fehlers für die geltend gemachten und streitigen Einschränkungen entgegen.

II. Aus der fehlenden Begründung des Klageantrag zu 1) folgt, dass auch der Klageantrag zu 2) unbegründet ist, denn wenn die Kausalität für die von der Klägerin als eingetreten vorgetragene Schädigungen nicht gegeben ist, so kann die Kausalität auch für zukünftige nicht festgestellt werden. Aus der Unbegründetheit des Klageantrages zu 1) folgt weiterhin, dass die Klägerin keinen Anspruch auf den Ersatz der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten hat, denn diese setzen einen Schadensersatzanspruch oder Verzug voraus.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 709 S. 1 und 2 ZPO.

Der Streitwert wird auf 35.000,00 EUR festgesetzt.

**59. OLG Koblenz, Urteil vom 04.03.2015 – 5 U 966/14 – \* Die präoperative Aufklärung ist mangelhaft, wenn der vorgesehene Eingriff lediglich eine von mehreren Optionen darstellt und dem Patienten diese Optionen mit ihren jeweiligen Belastungen und Erfolgchancen nicht verdeutlicht werden. Das gilt auch dann, wenn ein zweifelsfrei indizierter Eingriff (hier: Meniskus – Teilresektion) um eine nicht zwingend erforderliche Maßnahme im selben Gelenk erweitert werden soll (hier: Kreuzbandplastik).**

#### Leitsatz

1. Die präoperative Aufklärung ist mangelhaft, wenn der vorgesehene Eingriff lediglich eine von mehreren Optionen darstellt und dem Patienten diese Optionen mit ihren jeweiligen Belastungen und Erfolgchancen nicht verdeutlicht werden. Das gilt auch dann, wenn ein zweifelsfrei indizierter Eingriff (hier: Meniskus – Teilresektion) um eine nicht zwingend erforderliche Maßnahme im selben Gelenk erweitert werden soll

(hier: Kreuzbandplastik). Bei einem Patient mittleren Alters ohne nennenswerte, das Kniegelenk belastende sportliche Ambitionen kann eine Kreuzbandinsuffizienz nämlich auch konservativ behandelt werden.

2. Eine mangels sachgemäßer Aufklärung rechtswidrig vorgenommene Operation, die abgesehen von den Belastungen durch den Eingriff ohne schädliche Folgen geblieben ist (hier: Kreuzbandplastik), rechtfertigt ein Schmerzensgeld von 3.000 €.

#### **Tenor**

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 23.07.2014 in Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels dahin geändert, dass die Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen als Gesamtschuldner verurteilt werden, an die Klägerin

a) ein Schmerzensgeld von 3.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2010

b) materiellen Schadensersatz von 1.899,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.463 € seit dem 24.12.2010 sowie aus 436,74 € seit dem 26.04.2012 zu zahlen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 22/23 und die Beklagten als Gesamtschuldner 1/23.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Zwangsvollstreckung der Gegenseite gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des Vollstreckungsbetrages abwenden, wenn nicht Sicherheit in entsprechender Höhe gestellt wird.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Gründe**

I. Die - damals 52-jährige - Klägerin stellte sich am 13.03.2009 mit Schwellungen und Schmerzen im linken Kniegelenk, zu denen es nach Kraftübungen gekommen war, bei ihrem Hausarzt vor. Daraufhin wurde ein MRT veranlasst. Es zeigte einen Riss im Innenmeniskus - Hinterhorn.

Nachdem am 16.03.2014 im Krankenhaus der Beklagten zu 1. - letztlich erfolglos - versucht worden war, mit einer Infiltrationsbehandlung eine Schmerzlinderung herbeizuführen, stellte man dort am 20.03.2009 die Indikation für eine Meniskus-Teilresektion und setzte dafür den 13.05.2009 fest. Im Hinblick darauf fand sich die Klägerin am 4.05.2009 zu einem Informationsgespräch ein, das der Beklagte zu 3. mit ihr führte. Dabei unterzeichnete sie einen Aufklärungsbogen zur Kniegelenksarthroskopie und einer nachfolgenden Operation. Am 12.05.2009 ergänzte der Beklagte zu 2., der den Eingriff am Folgetag vornahm, den Bogen nach einer Unterredung mit der Klägerin um den Vermerk, dass „nochmals“ über eine Erweiterung der Operation hin zur Einbringung einer Plastik des vorderen Kreuzbands aufgeklärt worden sei. Eine solche Plastik wurde dann begleitend zu der Meniskus-Teilresektion unter Blutleere gesetzt.

Die Klägerin hat vorgetragen, das Vorgehen auf Seiten der Beklagten sei mangelhaft gewesen: Der Meniskusriss sei nicht behoben worden und für eine Kreuzbandoperation, die ihr entgegen der Darstellung der Beklagten nicht schon am 4.05.2009, sondern erstmals am 12.05.2009 in Aussicht gestellt worden sei, habe keine Indikation bestanden. Ein Vergleich der Stabilität des linken und des rechten Knies unter Narkose, der insoweit hätte Aufschluss geben können, sei vorwerfbar versäumt worden. Konservative Behandlungsalternativen habe man überhaupt nicht zur Sprache gebracht. Im Anschluss an den Eingriff sei eine histologische Untersuchung des resezierten Meniskusgewebes fehlerhaft unterblieben.

Aufgrund der Operation vom 13.05.2009 sieht sich die Klägerin dauerhaft geschädigt: Ihr linker Unterschenkel sei immobil geworden, und dort habe sich auch eine Thrombose entwickeln können. Eine Fortbewegung sei ihr nur noch mit Gehhilfen möglich. Darüber hinaus sei es zu psychopathologischen Folgeerscheinungen gekommen. Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines mit mindestens 30.000 € zu beziffernden Schmerzensgeldes und - zum Ausgleich der Kosten prozessvorbereitender Gutachten sowie der Kopie von Behandlungsunterlagen - einer materiellen Ersatzforderung von 1.899,74 € beantragt. Darüber hinaus hat sie die Feststellung der weitergehenden Haftung der Beklagten begehrt.

Das Landgericht hat zum Geschehenshergang eine Parteienanhörung der Klägerin sowie der Beklagten zu 2. und zu 3. durchgeführt und einen bei der Beklagten zu 1. tätigen Arzt sowie den Ehemann der Klägerin als Zeugen gehört. Außerdem hat es einen Sachverständigen befragt. Sodann ist die Klage abgewiesen worden. Aus der Sicht des Landgerichts war die Behandlung der Klägerin im Krankenhaus der Beklagten zu 1. nicht zu beanstanden. Die Operation vom 13.05.2009 sei insgesamt nicht kontraindiziert gewesen und ordnungsgemäß durchgeführt worden. Aufklärungsdefizite habe es nicht gegeben. Über die Möglichkeit des Einsatzes einer Kreuzbandplastik sei die Klägerin sowohl am 4. als auch am 12.05.2009 informiert worden. Dabei habe jeweils die Option einer konservativen Therapie Erwähnung gefunden.

Diese Entscheidung greift die Klägerin in Erneuerung ihres Verlangens mit der Berufung an; hilfsweise beantragt sie die Zurückverweisung des Rechtsstreits in die erste Instanz. Sie hält daran fest, dass es nach der Befundlage keine Veranlassung zur Implantation einer Kreuzbandplastik gegeben habe. Unabhängig davon seien konservative Behandlungsmöglichkeiten nicht angesprochen worden. Dem treten die

Beklagten entgegen. Ihrer Auffassung nach wurde die Klägerin insgesamt adäquat behandelt. Die Operation vom 13.05.2009 sei in vollem Umfang indiziert und - auf der Grundlage einer genügenden Aufklärung - durch eine wirksame Patienteneinwilligung gedeckt gewesen.

II. Das Rechtsmittel hat einen geringfügigen Erfolg. Im Wesentlichen scheidet es.

1. Der Eingriff vom 13.05.2009 gibt insoweit keinen Anlass zu Beanstandungen, als er die Teilresektion des Innenmeniskus zum Gegenstand hatte. Dieserhalb hat die Berufung auch nichts erinnert. Gemäß den Darlegungen des vom Landgericht befragten Sachverständigen Dr. H. war die Operation indiziert. Das ist auch die Sicht, die das von der Klägerin in zweiter Instanz vorgelegte Privatgutachten Prof. Dr. R. vermittelt. Der Eingriff wurde ordnungsgemäß durchgeführt. Dass sich später bei einem am 24.09.2011 gefertigten MRT wieder ein Einriss des Hinterhorns zeigte, erlaubt nicht den Schluss auf einen ärztlichen Fehler, sondern ist nach Dr. H. mit einem degenerativen Prozess zu erklären.

Den Verzicht auf die von der Klägerin angemahnte postoperative histologische Untersuchung des resezierten Meniskusgewebes hat Dr. H. nicht als schuldhaftes Versäumnis angesehen, da die Befundlage eindeutig gewesen sei. Unabhängig davon ist nicht zu ersehen, dass eine Untersuchung Konsequenzen gehabt hätte, also in irgendeiner Form reaktionspflichtig gewesen wäre.

Ihre Aufklärungsrüge, sie sei nicht auf die Möglichkeit einer konservativen Behandlung des Risses hingewiesen worden, hat die Klägerin zu Recht nicht erneuert. Ein derartiger Weg war nämlich nicht eröffnet. Die insoweit präoperativ vorgenommene Infiltrationsbehandlung war, wie die Klägerin bei ihrer Anhörung eingeräumt hat, nur von ganz kurzfristigem Nutzen gewesen und musste danach als fehlgeschlagen gelten. Andere therapeutische Mittel standen - das hat Dr. H. mitgeteilt - nicht zur Verfügung.

2. Anders als zur Meniskus-Teilresektion bestand allerdings zum Einsatz der Kreuzbandplastik keine dringliche Veranlassung. Das haben die von der Klägerin herangezogenen Privatgutachter Dr. I. und Prof. Dr. R. deutlich herausgestellt, ohne dass dem von Seiten Dr. H.'s Entscheidendes entgegengesetzt worden wäre; auch er hat die Notwendigkeit der Maßnahme verneint. Gegen sie sprach, dass es keine Ausdünnungen, Entzündungen oder nachgewiesenen Instabilitäten gab, Beschwerden oder Funktionsstörungen fehlten und keine tragfähige Grundlage für die Annahme bestand, die Klägerin müsse sich zukünftig besonderen körperlichen Belastungen aussetzen.

Diese - allenfalls wohlwollend als „sehr relativ bis überzogen“ zu bezeichnende (Gutachten Dr. H. vom 16.09.2013) - Indikationslage wurde der Klägerin nicht vor Augen geführt. Sie selbst hat bei ihrer Anhörung geleugnet, überhaupt vor eine Wahl gestellt worden zu sein. Mit dem anstehenden Einsatz einer Kreuzbandplastik sei sie erstmals am 12.05.2009 konfrontiert worden. Er sei seinerzeit von dem Beklagten zu 2. als letztlich unvermeidbar hingestellt worden.

Es kann auf sich beruhen, ob diese Sachverhaltsdarstellung richtig ist. Auch wenn es nicht der Fall sein sollte und zutrifft, was von Seiten des Beklagten zu 3., der die Klägerin am 4.05.2009 informierte, und des Beklagten zu 2., der nachfolgend am 12.05. mit ihr sprach, bekundet wurde, fehlte es an einer genügenden Erörterung der Situation, in der sich die Klägerin befand. Der Beklagte zu 3. hat im Rahmen seiner Anhörung mitgeteilt, er erwähne im Patientengespräch grundsätzlich, dass der - ins Auge gefasste - Einsatz einer Kreuzbandplastik einen elektiven Eingriff darstelle. Dabei mache er klar, dass es nicht um eine zwingend lebensnotwendige, aber sinnvolle Maßnahme gehe, weil er nicht glaube, dass konservative Behandlungsmethoden weiteren Vorteil brächten. Er sage freilich auch immer, dass sich der Patient nicht vertue, wenn er es noch einmal weiter mit einer konservativen Behandlung versuche. Den Bekundungen des Beklagten zu 2. lässt sich keine darüber hinausreichende Besprechung der Problematik mit der Klägerin entnehmen. Im Gegenteil: Der Beklagte zu 2. vermochte sich lediglich zu erinnern, dass er die Versorgung mit einer Kreuzbandplastik als möglicherweise sinnvoll dargestellt habe, wenn der intraoperative Befund entsprechend sei.

Nach alledem wurde der Klägerin nicht einmal nahe gebracht, dass ein konservatives Vorgehen eine ernst zu nehmende Behandlungsalternative war. Erst recht unterblieb jeder Hinweis auf deren mögliche Vorzugswürdigkeit und die deshalb zumindest sehr begrenzte Indikation für operative Maßnahmen. Damit wurde die Klägerin nicht hinlänglich über den anstehenden Eingriff aufgeklärt, dessen Natur und Geeignetheit ihr hätten vermittelt werden müssen. In der Folge fehlte es an einer wirksamen Patienteneinwilligung, die den Eingriff hätte rechtfertigen können. Damit müssen die Beklagten - die Beklagte zu 1. als Vertragspartner der Klägerin sowie die Beklagten zu 2. und 3. aufgrund der Mängel der von ihnen übernommenen Aufklärung deliktisch (BGH GesR 2015, 23) - für dessen Auswirkungen gesamtschuldnerisch einstehen. Es ist anerkannt, dass eine präoperative Aufklärung mangelhaft ist, wenn der vorgesehene Eingriff lediglich eine von mehreren Optionen darstellt und dem Patienten diese Optionen mit ihren jeweiligen Belastungen und Erfolgschancen nicht verdeutlicht werden. Unterbleibt eine entsprechende Unterrichtung, ist der Patient nämlich regelmäßig nicht ausreichend im Stande, selbst zu prüfen, was in seiner persönlichen Situation sinnvoll ist, und eigenverantwortlich zu entscheiden, worauf er sich einlassen soll (BGHZ 102, 17; BGB VersR 1988, 190; BGB MDR 2011, 14). Diesem Gebot wurde im vorliegenden Fall nicht genügt.

Eine hypothetische Einwilligung der Klägerin kommt nicht in Betracht. Der insoweit vorgebrachte Einwand der Beklagten ist angesichts der objektiven Indikationslage ohne Substanz. Im Übrigen hat die Klägerin

vorgetragen, die Beweglichkeitseinschränkungen, die eine Kreuzbandoperation mittelfristig nach sich ziehen musste, wären für sie ein Grund gewesen, sich nach Möglichkeit gegen den Eingriff zu entscheiden.

3. Die Schadensfolgen, die den Beklagten angelastet werden können, sind indessen begrenzt. Sie erschöpfen sich darin, dass sich die Operation vom 13.05.2009 durch die plastische Implantation, wie Dr. H. mitgeteilt hat, um 35 bis 45 Minuten verlängerte und dass sich die nachfolgende Rekonvaleszenz-Phase komplexer gestaltete. Die im weiteren Verlauf anhaltenden Gehprobleme, Lähmungserscheinungen und damit zusammenhängenden psychischen Belastungen sind nach den Feststellungen Dr. H's mit höchster Wahrscheinlichkeit nicht Folge des Eingriffs. Andere Erkenntnisse ergeben sich grundsätzlich auch nicht aus den von der Klägerin vorgelegten privatgutachterlichen Stellungnahmen. Allerdings hat Dr. I. gemeint, die postoperativ aufgetretene Quadrizepsparese lasse sich ohne weiteres aus der während des Eingriffs vorgenommenen Blutsperre erklären. Gewissheit über einen entsprechenden Ursachenzusammenhang hat er jedoch nicht erlangt. Darüber hinaus ist seine Auffassung auf den Widerspruch Dr. H's gestoßen, der psychogene Faktoren ins Spiel gebracht hat. Außerdem war die Kreuzbandoperation für die Blutsperre nicht kausal, weil diese nach den Ausführungen Dr. H's bereits unabhängig davon durch die Meniskusresektion bedingt war.

a) Die den Beklagten zurechenbaren immateriellen Schäden rechtfertigen die Zubilligung eines Schmerzensgeldes von 3.000 €. Eine Kompensation in dem von der Klägerin geltend gemachten Umfang scheidet aus, weil die Beklagten für die Dauerschäden nicht aufzukommen brauchen.

b) Die dem Grunde nach vorhandene Haftung der Beklagten zieht auf der materiellen Ebene deren Einstandspflicht für die Aufwendungen nach sich, die die Klägerin im Vorfeld des Rechtsstreits zur Aufbereitung der medizinischen Gegebenheiten und zur Klärung der Verantwortlichkeiten hatte. Die Dinge waren komplex gelagert, so dass die Sichtung von Behandlungsunterlagen unter privatgutachterlicher Hilfe erforderlich war. Das führt zur Ersatzfähigkeit des in diesem Zusammenhang für die Erstellung von Kopien und die Bemühungen Dr. I's eingeforderten Gesamtbetrags von 1.899,74 €.

c) Damit sind berechnete Ansprüche von in der Summe 4.899,74 € vorhanden, die antragsgemäß verzugs- und rechtshängigkeitsbedingt zu verzinsen sind. Der darüber hinausgehende Feststellungsantrag ist unbegründet. Die den Beklagten anzulastende Schadensentwicklung ist abgeschlossen. Zukunftschäden, für die sie verantwortlich gemacht werden könnten, zeichnen sich in keiner Weise ab.

4. Für die - von der Klägerin hilfsweise beantragte - Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht ist kein Raum. Verfahrensfehler, die einen solchen Schritt rechtfertigen könnten, sind weder aufgezeigt noch sonst ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, der Vollstreckbarkeitsausspruch aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision fehlen.

Rechtsmittelstreitwert im Einklang mit der unangefochtenen Bemessung, die das Landgericht für die erste Instanz vorgenommen hat: 111.899,74 €

**60. OLG Koblenz, Beschluss vom 03.03.2015 – 5 U 2/15 – \* Der gerichtliche Sachverständige haftet nur dann für eine falsche Begutachtung, wenn die von ihm mitgeteilten Erkenntnisse Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung geworden sind.**

**Leitsatz**

1. Der gerichtliche Sachverständige haftet nur dann für eine falsche Begutachtung, wenn die von ihm mitgeteilten Erkenntnisse Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung geworden sind. Mangels Regelungslücke scheidet eine analoge Anwendung von § 839a BGB auch dann aus, wenn unter dem Druck eines ungünstigen Falschgutachtens ein später als unangemessen empfundener Vergleich geschlossen wird. In derartigen Fällen ist eine Schadensersatzpflicht des Gerichtsgutachters allenfalls unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB denkbar.

2. Muss der gerichtliche Sachverständige in Vorbereitung seines medizinischen Gutachtens den Anspruchsteller körperlich untersuchen, ist er weder bei der Befunderhebung noch bei den daran anknüpfenden Schlussfolgerungen verpflichtet, Behandlungserfordernisse aufzuzeigen oder Therapieempfehlungen zu geben. Daher können Versäumnisse in diesem Bereich nicht zur Schadensersatzhaftung des Gutachters führen.

**Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 01.12.2014 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die gegen ihn gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht von der Gegenseite Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags gestellt wird.

Rechtsmittelstreitwert: 117.113,50 €

**Gründe**

Die Entscheidung ergeht gemäß §§ 522 Abs. 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Ihre sachlichen Grundlagen ergeben sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils, dem Senatsbeschluss vom 03.02.2015. Dort hat der Senat mitgeteilt:

„1. Der Kläger ist der Witwer Theresia R`s, die am 20.07.2014 an den Folgen einer Leberzirrhose verstarb. Theresia R. war bis in das Jahr 2002 berufstätig gewesen und dabei kontinuierlich mit Lacken in Berührung gekommen. Die damit verbundenen inhalativen und dermalen Belastungen hatten sie ihrer Auffassung nach arbeitsunfähig werden lassen.

Gestützt auf dahingehende gutachterliche Einschätzungen, erstrebte sie deshalb die Anerkennung einer toxischen Polyneuropathie oder Enzephalopathie als Berufskrankheit und erhob mit Schriftsatz vom 23.05.2008 eine entsprechende Klage vor dem Sozialgericht. Am 26.05.2009 erging ein abweisendes Urteil. Darin hieß es, die geltend gemachten Erkrankungen seien nicht festzustellen. Grundlage für die Entscheidung war im Wesentlichen ein neuropsychologisches Sachverständigengutachten des Beklagten zu 1. vom 16.12.2008, das seinerseits an eine neurologische Stellungnahme der Beklagten zu 2. vom 16.11.2008 anknüpfte.

Theresia R. griff das Urteil mit der Berufung an. Das Rechtsmittelverfahren endete am 8.03.2010 durch einen Vergleich. Darin erkannte Theresia R. an, dass die Voraussetzungen zur Feststellung einer Berufskrankheit nicht vorlägen. Im Gegenzug verzichtete die beklagte Berufsgenossenschaft auf die Rückforderung einer Rentenvorschussleistung von 6.000 €, die sie bereits gewährt hatte.

In dem vorliegenden, noch von Theresia R. eingeleiteten Rechtsstreit hat der Kläger als Miterbe Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten erhoben. Er hat sie gesamtschuldnerisch dafür verantwortlich gemacht, dass das sozialgerichtliche Verfahren nicht zum Erfolg geführt habe. Sie hätten den Prozess, der eigentlich zu Gunsten von Theresia R. hätte entschieden werden müssen, durch die Erstattung grob fahrlässig und sogar vorsätzlich falscher Gutachten beeinflusst, so dass schließlich der gänzlich intereszenwidrige Vergleich vom 8.03.2010 habe geschlossen werden müssen. Außerdem sei dem Beklagten zu 1. vorzuwerfen, dass er im Zuge einer sein Gutachten vorbereitenden körperlichen Untersuchung die Leber Theresia R`s nicht ertastet und deshalb im Hinblick auf deren zirrhotische Erkrankung keine präventiven Maßnahmen veranlasst habe. Daher sei er für deren Tod verantwortlich, der bei ihm, dem Kläger, einen „Schockschaden“ und auch finanzielle Nachteile ausgelöst habe.

Vor diesem Hintergrund hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen, zum Ausgleich entgangener Rentenleistungen, die Theresia R. bei einem erfolgreichen Ausgang des gegen die Berufsgenossenschaft geführten Prozesses erhalten hätte, an die Erbengemeinschaft 107.937,45 € zu zahlen und außerdem zur Bestreitung vorprozessualer Rechtsverfolgungskosten 4.051,95 € aufzubringen. Darüber hinaus sei die weitergehende Haftung der Beklagten gegenüber der Erbengemeinschaft festzustellen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Eine Inanspruchnahme der Beklagten wegen der streitigen Gutachten scheidet aus. § 839 a BGB sei, da der Rechtsstreit vor den Sozialgerichten vergleichsweise geendet habe, nicht anwendbar, und für § 826 BGB fehle es an substantiellem Vortrag. Unabhängig davon spreche viel dafür, dass die dem Kläger entgegengehaltene Verjährungseinrede stichhaltig sei. Eine Verantwortlichkeit des Beklagten zu 1. für den tödlichen Krankheitsverlauf bei Theresia R. sei nicht zu erkennen. Ihm habe keine ärztliche Versorgung obliegen. Zudem sei die von dem Kläger angemahnte Befunderhebung wegen der Adipositas Theresia R`s gar nicht möglich gewesen.

Dagegen wendet sich der Kläger im Verhältnis zum Beklagten zu 1. mit der Berufung. Er verfolgt insoweit sein erstinstanzliches Begehren weiter; außerdem macht er hilfsweise eine Ersatzzahlung von 10.000 € an seine eigene Person geltend. Seiner Ansicht nach hat das Landgericht die Schadensverantwortlichkeit des Beklagten zu 1. insgesamt unzutreffend beurteilt.

2. Das Rechtsmittel vermag nicht durchzudringen. Die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts hat auch hinsichtlich des Beklagten zu 1. Bestand.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger die Inanspruchnahme des Beklagten zu 1. sowohl in Bezug auf dessen gutachterliche Aussagen vom 16.12.2008 als auch mit Blick auf dessen behauptetes Versäumnis, Präventivmaßnahmen wegen der Leberzirrhose Theresia R`s in die Wege zu leiten. Das greift in beiden Richtungen nicht.

a) Das Landgericht hat richtig erkannt, dass eine Haftung des Beklagten zu 1. wegen fehlerhafter Gutachtenerstellung gemäß § 839 a BGB ausscheidet. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein innerhalb eines Rechtsstreits gefertigtes Gutachten eine gerichtliche Entscheidung beeinflusst hat und dann dieser Entscheidung schädigende Auswirkungen nachfolgen (Sprau in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 839 a Rn. 4).

Sie ist dagegen unabwendbar, wenn es an einer entsprechenden Entscheidung fehlt, weil der Prozess unter dem Eindruck des Gutachtens durch einen Vergleich beendet wurde (OLG Nürnberg, MDR 2011, 750; Hecker in Erman, BGB, 13. Aufl., § 839 a Rn. 6; Reinert in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 839 a Rn. 6; Wagner in Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 839 a Rn. 20), wie es im vorliegenden Fall geschehen ist. Unter derartigen Umständen verbleibt der benachteiligten Prozesspartei - mangels einer vertraglichen Beziehung zu dem Sachverständigen - als mögliche Anspruchsgrundlage allenfalls die Bestimmung des § 826 BGB (Sprau a.a.O.). Ob sie überhaupt herangezogen werden darf, kann dahinstehen (verneinend etwa Wagner a.a.O.). Denn aus ihr vermag der Kläger nichts herzuleiten.

aa) Es ist bereits fraglich, ob die Berufung überhaupt zulässig ist, soweit der Kläger vorbringt, dass der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt sei, weil der Beklagte zu 1. - entgegen den Erkenntnissen des Landgerichts - vorsätzlich falsch begutachtet habe. Nach § 520 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO müssen die Umstände, aus denen sich Rechtsmängel des erstinstanzlichen Urteils und Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit einer tatsächlichen Feststellungen ergeben, in der Berufungsbegründungsschrift bezeichnet werden. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe der Gründe, deretwegen die angefochtene Entscheidung zu beanstanden ist (BGH MDR 2008, 994). Die pauschale Bezugnahme auf früheren Vortrag genügt dabei regelmäßig nicht (BGH MDR 2015, 14).

Diesen Anforderungen ist der Kläger schwerlich gerecht geworden. Sein einschlägiger Berufungsangriff zur Inanspruchnahme des Beklagten zu 1. wegen vorsätzlichen Fehlverhaltens erschöpft sich - nach umfangreichen Darlegungen dazu, dass diesem grobe Fahrlässigkeit zur Last zu legen sei - in der Bemerkung: „Ungeachtet dessen wird dem Beklagten zu 1. auch eine vorsätzliche Falschbegutachtung vorgeworfen. Insofern wird auf das erstinstanzliche Vorbringen verwiesen.“

Einer endgültigen Bewertung in diesem Zusammenhang bedarf es indessen nicht. Die etwaige Unzulässigkeit des Rechtsmittels verlangt nämlich keine Beschlussfassung gemäß § 522 Abs. 1 ZPO, wenn eine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO möglich ist (OLG Köln, NJW 2008, 3649). So verhält es sich hier:

bb) Für die - im Rahmen des § 826 BGB notwendige - Annahme, der Beklagte zu 1. habe Theresia R., in deren Rechtsnachfolge der vorliegende Prozess geführt wird, vorsätzlich, das heißt zumindest im Sinne eines dolus eventualis, geschädigt, gibt es nicht den geringsten tragfähigen Anhalt. Dabei kann man dem Kläger unter Kausalitätsgesichtspunkten konzederen, dass Theresia R. den Vergleich vom 8.03.2010 schloss, weil sie, wie es in der Berufungsbegründung heißt, „unter massivem Druck des Gerichts“ stand und dies durch den Beklagten zu 1. veranlasst war. Bezugspunkt dieser Bewertung ist die im Verfahren vor dem Landessozialgericht protokollierte Mitteilung des Vorsitzenden, eine toxische Polyneuropathie oder Enzephalopathie lägen nicht vor, was sich aus dem Gutachten des Beklagten zu 1. ergebe. Insofern wurden unter Bezugnahme auf dessen Ausführungen, wie schon das Sozialgericht geurteilt hatte, mangels der Existenz entschädigungsträchtiger Berufskrankheiten die Anerkennungs Voraussetzungen der Anlage zur BKV verneint.

cc) Die entsprechende gutachterliche Erkenntnis des Beklagten zu 1. beruhte auf der Würdigung, dass die von Theresia R. geltend gemachten Beeinträchtigungen mit einer Depression und dem Einsatz antidepressiver Mittel in Verbindung zu bringen seien. Dem lagen einerseits ein eigener psychopathologischer Befund, der auch anamnestisch plausibel war, und andererseits, was die Medikation anbelangte, eine Mitteilung der Beklagten zu 2. zugrunde. Wenn der Kläger hat daran kritisiert, dass Theresia R. schon langfristig keine Antidepressiva mehr eingenommen habe, erschließt sich daraus im Hinblick auf die gegenläufigen Informationen durch die Beklagte zu 2. keine wissentliche Falschbegutachtung durch den Beklagten zu 1..

Die Divergenz der gutachterlichen Feststellungen des Beklagten zu 1. zu vorangegangenen sachverständigen Beurteilungen wie namentlich der von Prof. Dr. H. und Dr. V. indiziert ebenso wenig ein bewusst schädigendes Verhalten auf dessen Seite. Die von der eigenen Sicht abweichenden Standpunkte sind vielmehr in dem Gutachten vom 16.12.2008 ausdrücklich erwähnt worden (insbesondere dort S. 10, 34 und 38).

Es ist auch nicht zu ersehen, dass der Beklagte zu 1. Theresia R. wider besseres Wissen einen Alkoholabusus unterstellt hätte; darüber verhält sich seine Diagnose (S. 47) nicht. Der Hinweis auf einen - vom Kläger in Abrede gestellten - Diabetes erklärt sich aus anderweitigen Vorbefunden; außerdem wurden daraus keine relevanten Schlussfolgerungen gezogen. Die Zahnbeschwerden Theresia R's ließ der Beklagte zu 1. nicht außer Betracht (S. 28); des Weiteren nahm er zur den PET-Untersuchungen Stellung (S. 51). Schließlich ist auch die Rüge des Klägers, dass von dem Beklagten zu 1. angesprochene MRT sei mit Bezug zur Halswirbelsäule gefertigt worden, unbehelflich. Der Beklagte zu 1. hatte das weder geleugnet noch Erkenntnisse aus den Aufnahmen gewonnen (S. 51).

Angesichts dessen war es dem Kläger auch in erster Instanz nicht gelungen, den Vorwurf eines vorsätzlichen Fehlverhaltens des Beklagten zu 1. zu substantiieren. Das Landgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass dem Vorwurf von vornherein die Grundlage fehle und er überhaupt erst erhoben wurde, als der Einwand im Raume stand, mangels Anwendbarkeit des § 839 a BGB reiche ein lediglich fahrlässiges Handeln des Beklagten zu 1. für eine Haftung nicht hin.

b) Soweit die Berufung daran anknüpft, dass der Beklagte zu 1. die fortschreitende Lebererkrankung Theresia R's hätte erkennen müssen und er pflichtwidrig keine Schritte unternommen habe, um ihr zu begegnen, hebt sie auf eine Unterlassung ab, die nur dann anspruchsbegründend sein könnte, wenn dem Beklagten zu 1. insoweit eine Garantenstellung oblag. Das war indessen weder mit Blick auf Theresia R. noch hinsichtlich des Klägers der Fall, der in Bezug auf einen - durch deren Tod verursachten - „Schockschaden“ auch eine eigene Körperverletzung und damit eine - erstmals durch den zweitinstanzlichen Hilfsantrag verfolgten - persönlichen Ersatzanspruch zur Entscheidung stellt.

Als Gerichtsgutachter hatte der Beklagte zu 1. die Aufgabe, Erkenntnisse darüber zu vermitteln, ob Theresia R. unter einer rententrächtigen Berufskrankheit litt. Ihn traf dagegen nicht die Pflicht zu irgendwelchen Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge zu deren Gunsten und erst recht nicht zu Gunsten des Klägers. Eine solche Pflicht war ihm weder gerichtlich auferlegt worden noch hatte er insoweit eine Gewährzusage gemacht.

Mit Blick auf den Schriftsatz des Klägers vom 25.02.2015 ist anzufügen:

1. Der hiesige Prozess ist weder in Bezug auf die Auslegung des § 839a BGB noch unter dem Gesichtspunkt der Handlungspflichten eines Gerichtsgutachters von grundsätzlicher Bedeutung.

a) Dass § 839a BGB im Falle einer Verfahrensbeendigung durch Vergleich unanwendbar ist, entspricht nicht nur dem Wortlaut der Norm, sondern deckt sich auch mit der, soweit ersichtlich, einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur.

b) Da der Beklagte zu 1. Theresia R. oder dem Kläger nicht vertraglich verpflichtet war, konnte eine Unterlassung auf seiner Seite nur haftungsträchtig sein, wenn er eine Garantenstellung inne hatte. Die Voraussetzungen, unter denen eine solche Stellung gegeben ist, sind seit langem höchstrichterlich geklärt.

2. Für eine vorsätzlich falsche Begutachtung durch den Beklagten zu 1., die das Klageverlangen allein stützen könnte, ist nach wie vor nichts Substantielles dargetan. Die Argumentation des Klägers zielt weiterhin durchweg auf ein (lediglich) grob fahrlässiges Verhalten ab. Soweit am Ende die Annahme eines dolus eventualis daraus hergeleitet wird, dass die gutachterlichen Einschätzungen des Beklagten zu 1. „medizinisch nicht haltbar, fernliegend und aus der Welt“ seien, ist diese Schlussfolgerung ohne jede Stringenz.

**61. BGH, Beschluss vom 03.03.2015 – VI ZR 490/13 – \* Berufung im Arzthaftungsprozess: Gehörverletzung bei verfahrensfehlerhafter Präklusion von Parteivortrag durch den Tatrichter; Voraussetzungen für die Berücksichtigungsfähigkeit neuen Vortrags**

**Leitsatz**

**1. Art. 103 Abs. 1 GG ist dann verletzt, wenn der Tatrichter Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet.**

**2. Die Berücksichtigungsfähigkeit neuen Vortrags in der Berufungsinstanz nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO setzt voraus, dass die nach Auffassung des Berufungsgerichts fehlerhafte Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts zumindest mitursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in die Berufungsinstanz verlagert hat. Dies kommt schon dann in Betracht, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs, hätte es die später vom Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre.**

**3. Der Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO steht nicht entgegen, dass die erstinstanzliche Geltendmachung des neuen Angriffs- oder Verteidigungsmittels auch aus Gründen unterblieben ist, die eine Nachlässigkeit der Partei im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO tragen.**

**Tenor**

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 9.10.2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 58.648,83 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

Die Parteien streiten um Ansprüche infolge einer ärztlichen Behandlung.

Die Klägerin, der im Jahr 1999 ein Mammakarzinom entfernt worden war und der nach einem Axillenrezidiv im Jahr 2001 beidseits Mammaaugmentationsplastiken implantiert worden waren, stellte sich im 01.2008 erstmals in der Praxis des Beklagten, einem plastischen Chirurgen, vor. Im Hinblick auf den Verdacht einer Implantatruptur und die Diagnose einer Kapselfibrose wechselte der Beklagte bei der Klägerin am 19.02.2008 die Implantate aus und führte eine Kapsulektomie durch. Im 09.2008 stellte der Beklagte bei der Klägerin eine Verformung der linken Brust und wiederum eine Kapselfibrose fest, wechselte deshalb am 18.11.2008 das linke Implantat erneut und führte zugleich eine nochmalige Kapsulektomie durch. Aufgrund einer weiteren Dislokation des linken Implantats kam es am 25.11.2008 wieder zu einem Implantataustausch. Im 02.2009 suchte die Klägerin mit Schmerzen und starken Bewegungseinschränkungen an der Schulter sowie einer harten, eingezogenen und extrem schmerzhaften Narbe erneut den Beklagten auf. Auch dieses Mal ergab sich der Verdacht einer Kapselfibrose.

Die Klägerin nimmt den Beklagten unter Behauptung mehrerer Behandlungs- und Aufklärungsfehler auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert, die Ersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich der künftigen materiellen und immateriellen Folgeschäden „aus der

fehlerhaften Behandlung im 11.2008“ festgestellt, die (Zahlungs-)Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe der materiellen und immateriellen Schäden an das Landgericht zurückverwiesen. Es hat die Revision nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde.

II.

1. Das Berufungsgericht hat mit dem Landgericht einen Behandlungsfehler verneint, entgegen der Auffassung des Landgerichts aber einen Aufklärungsfehler bejaht. Es hat insoweit im Wesentlichen ausgeführt, der Beklagte hafte, weil er die Klägerin weder vor der ersten Operation am 19.02.2008 noch vor den nachfolgenden Operationen am 18. und 25.11.2008 über ein wegen anatomischer Besonderheiten auf Grund der vorangegangenen Krebsoperation deutlich erhöhtes Risiko einer Kapselfibrose aufgeklärt habe. Die vor der zweiten Operation erfolgte Aufklärung der Klägerin über das erhöhte Risiko einer Kapselfibrose bei einer Revisionsoperation genüge insoweit nicht, weil damit nicht zugleich über die sich aus der vorangegangenen Krebsoperation ergebende spezifische Risikoerhöhung aufgeklärt worden sei.

Der vom Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung bleibe ohne Erfolg, weil das Vorbringen in zweiter Instanz gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen sei. Es handle sich um ein neues Verteidigungsmittel. Der Beklagte bzw. sein Prozessbevollmächtigter, dessen Verschulden er sich zurechnen lassen müsse, hätte allen Anlass gehabt, den hier naheliegenden Einwand bereits im ersten Rechtszug zu erheben, weil der Beklagte aufgrund der vom Landgericht erteilten Anordnungen jedenfalls in Betracht habe ziehen müssen, dass eine Verurteilung auf eine unzureichende oder nicht erfolgte Aufklärung gestützt werde.

2. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Der Beklagte rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe seinen Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, indem es den von ihm erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung zurückgewiesen habe.

a) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass Art. 103 Abs. 1 GG dann verletzt ist, wenn der Tatrichter Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet hat (BGH, Beschlüsse vom 1.10.2014 - VII ZR 28/13, NJW-RR 2014, 1431 Rn. 10; vom 21.03.2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 Rn. 10; vom 17.07.2012 - VIII ZR 273/11, NJW 2012, 3787 Rn. 9; jeweils mwN). Dies ist vorliegend der Fall.

b) Der vom Beklagten erhobene Einwand der hypothetischen Einwilligung hätte gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO berücksichtigt werden müssen.

aa) Noch zutreffend - und von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht in Zweifel gezogen - ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem vom Beklagten zweitinstanzlich erhobenen Einwand der hypothetischen Einwilligung um ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO handelt. Damit konnte es im Berufungsrechtszug nur unter den besonderen Voraussetzungen dieser Vorschrift berücksichtigt werden.

bb) Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Annahme des Berufungsgerichts, auch die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO seien insoweit nicht erfüllt. Auf die Frage nach einer hypothetischen Einwilligung kam es auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Landgerichts, das von ausreichenden Eingriffsaufklärungen ausging, nicht an. Weiter verlangt § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, dass die nach Auffassung des Berufungsgerichts fehlerhafte Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts zumindest mitursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in die Berufungsinstanz verlagert hat (BGH, Urteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341 Rn. 19; Zöller/Heßler, 30. Aufl., § 531 Rn. 27; Hk-ZPO/Wöstmann, 6. Aufl., § 531 Rn. 7; jeweils mwN), was schon dann in Betracht kommt, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs, hätte es die später vom Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre (BGH, Urteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 166/11, aaO Rn. 20; Zöller/Heßler aaO; Hk-ZPO/Wöstmann aaO). Auch diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht wurde das bei der Klägerin erhöhte Risiko einer erneuten Kapselfibrose insoweit angesprochen, als der Beklagte im Rahmen seiner persönlichen Anhörung darlegte, die Klägerin vor der zweiten Operation über das erhöhte Risiko einer Kapselfibrose aufgeklärt zu haben. Die Klägerin räumte ein, es könne schon sein, dass ihr der Beklagte gesagt habe, dass das Risiko einer erneuten Kapselfibrose erhöht sei. Dass die Aufklärung über das in ihrem Fall erhöhte Risiko einer Kapselfibrose trotzdem unzureichend sei, hat sie dabei nicht eingewandt. Hätte das Landgericht erwogen, dass - wie das Berufungsgericht meint - die erfolgte Eingriffsaufklärung unabhängig von der unstreitigen Aufklärung über das bei der Klägerin erhöhte Risiko einer erneuten Kapselfibrose deshalb unzureichend sein könnte, weil damit nur über die revisionsoperationsbedingte Risikoerhöhung, nicht aber über den nach Auffassung des Berufungsgerichts zusätzlichen Risikofaktor der vorangegangenen Krebsoperation aufgeklärt worden sei, hätte es bei dieser Sachlage gemäß § 139 Abs. 2 ZPO auf diesen Gesichtspunkt hinweisen müssen. Denn der Beklagte hatte ihn ersichtlich nicht im Blick und damit aus seiner Sicht keinen Anlass einzuwenden, die Klägerin hätte der Operation auch dann zugestimmt,

wenn sie neben der revisionsoperationsbedingten Risikoerhöhung auch über den zusätzlichen Risikofaktor der vorangegangenen Krebsoperation aufgeklärt worden wäre.

Eine andere Bewertung folgt auch nicht aus der Überlegung des Berufungsgerichts, der Beklagte bzw. sein Prozessbevollmächtigter, dessen Verschulden er sich gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsse, hätte allen Anlass gehabt, den naheliegenden Einwand der hypothetischen Einwilligung bereits im ersten Rechtszug zu erheben, weil der Beklagte aufgrund der vom Landgericht erteilten Anordnungen jedenfalls habe in Betracht ziehen müssen, dass eine Verurteilung auf eine unzureichende oder nicht erfolgte Aufklärung gestützt werde. Das Berufungsgericht verkennt insoweit bereits, dass die Nachlässigkeit der Partei - anders als im Falle des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO - die Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht ausschließt (BGH, Urteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341 Rn. 17 f.).

3. Im Rahmen der erneuten Befassung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, auch das weitere Vorbringen der Parteien in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen.

**62. OLG Köln, Beschluss vom 02.03.2015 – 5 U 105/14 – \* Für den behandelnden Arzt folgt aus einem Behandlungsvertrag die Nebenpflicht, über den jeweils betroffenen Patienten gefertigte Behandlungsunterlagen während der Aufbewahrungspflicht angemessen sorgfältig aufzubewahren und sie dem Patienten auf dessen Wunsch hin zugänglich zu machen.**

#### Orientierungssatz

**1. Für den behandelnden Arzt folgt aus einem Behandlungsvertrag die Nebenpflicht, über den jeweils betroffenen Patienten gefertigte Behandlungsunterlagen während der Aufbewahrungspflicht angemessen sorgfältig aufzubewahren und sie dem Patienten auf dessen Wunsch hin zugänglich zu machen.**

**2. Bei Kassenpatienten ist es aufgrund der einschlägigen Richtlinien nicht zulässig, eine Brückenversorgung unter Einbeziehung eines Zahnes vorzunehmen, bei dem die Notwendigkeit einer Wurzelspitzenresektion absehbar kurz bevorsteht.**

#### Tenor

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gegen das am 27.05.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln (3 O 136/11) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

II. Der Beklagte erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

#### Gründe

I.

Die Berufung des Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Vielmehr hat das Landgericht den Beklagten im Ergebnis zu Recht unter Klagabweisung im Übrigen verurteilt, die gesamten über die Klägerin gefertigten Behandlungsunterlagen Zug um Zug gegen Erstattung der Kopierkosten in Kopie herauszugeben und an die Klägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 2.500 Euro nebst Zinsen sowie wegen der Nachbehandlungskosten weitere 1.316,88 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Das Berufungsvorbringen des Beklagten rechtfertigt eine für ihn günstigere Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:

1. Auch der Senat geht - im Ergebnis ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass die Klägerin von dem Beklagten die Herausgabe der gesamten von diesem über sie gefertigten Behandlungsunterlagen Zug um Zug gegen Erstattung der Kopierkosten in Kopie verlangen kann. Dieser Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten ergibt sich nicht nur aus § 810 BGB (so jedenfalls die herrschende Meinung, vgl. u.a. OLG Köln, VersR 2010, 1504), sondern auch aus dem Behandlungsvertrag zwischen den Parteien (so nunmehr ausdrücklich § 630 g BGB). Denn aus einem Behandlungsvertrag folgt für den behandelnden Arzt die Nebenpflicht, die von diesem über den jeweils betroffenen Patienten gefertigten Behandlungsunterlagen angemessen sorgfältig aufzubewahren und sie dem Patienten auf dessen Wunsch hin etwa in der Weise, dass gegen Kostenerstattung Kopien zur Verfügung gestellt werden, zugänglich zu machen, wobei diese Nebenpflicht auch über den Abschluss der Behandlung hinaus besteht, solange für den Arzt eine Aufbewahrungspflicht besteht (vgl. jetzt § 630 f Abs.3 BGB). Diese gegenüber der Klägerin bestehende Verpflichtung hat der Beklagte unstreitig nicht erfüllt. Denn er hat ihr unstreitig die fraglichen Behandlungsunterlagen in keiner Weise und insbesondere auch nicht durch Herausgabe von Kopien der gesamten Unterlagen gegen Erstattung der Kopierkosten zugänglich gemacht. Der Beklagte hat entgegen seiner möglicherweise bestehenden Vorstellung auch trotz entsprechender Veranlassung und Gelegenheit hierzu nach wie vor nicht mit hinreichender Substanz vorgetragen, dass ihm dies im Sinne von § 275 Abs.1 oder Abs.2 BGB unmöglich ist, wobei vorsorglich zum einen auf die Darlegungs- und Beweislast des Beklagten insoweit und zum anderen darauf hingewiesen wird, dass eventuell beabsichtigtem ergän-

zudem Vortrag in der Berufungsinstanz § 531 Abs. 2 ZPO entgegenstehen dürfte. Der Beklagte hat insbesondere nicht mit hinreichender Substanz vorgetragen, dass sich die die Klägerin betreffenden Behandlungsunterlagen nicht in den sieben Kartons mit Patientenunterlagen befunden haben, die der Prozessbevollmächtigte des Beklagten ausweislich des Schriftsatzes vom 4.07.2012 am 27.06.2012 persönlich aus den Praxisräumen in des Herrn Dr. I in M abgeholt und am 29.06.2012 dem Beklagten übergeben hat. Soweit es in diesem Zusammenhang in dem Anwaltsschreiben des Beklagten an Herrn Dr. I vom 18.07.2012, das mit Schriftsatz vom 18.07.2012 in Abschrift zu den Akten gereicht worden ist, heißt: "Zwischenzeitlich wurden wir von Herr(n) T dahingehend unterrichtet, dass er die Behandlungsunterlagen von Frau T2, geb. am 00. 03. 1969, W Str. xxx, L, damals zu den Patientenunterlagen seines seinerzeitigen Praxisnachfolgers geheftet hat." [vgl. Bl. 127 d. A.], ist dies unverständlich, steht dies im Widerspruch zu dem Vortrag des Beklagten zu der Entwicklung seiner zahnärztlichen Tätigkeit in der Zeit ab dem Jahre 2007 und vermag dies substanziierten Vortrag zu dem Verbleib der die Klägerin betreffenden Behandlungsunterlagen des Beklagten nicht zu ersetzen. Denn nach dem Vortrag des Beklagten zu der Entwicklung seiner zahnärztlichen Tätigkeit ab dem Jahre 2007 ist nicht nachvollziehbar, wen er mit der Formulierung "seines seinerzeitigen Praxisnachfolgers" gemeint haben könnte. In seiner früheren Praxis in L, in der die umstrittene Behandlung stattgefunden hat, war er nach seinem Vorbringen der einzige Zahnarzt und hatte er keinen Praxisnachfolger, weil er seine Praxis geschlossen hat. Auch in der Praxis in M, in die er nach Schließen der Praxis in L sämtliche Behandlungs- und sonstigen Praxisunterlagen betreffend die Praxis in L verbracht haben will, hat er als einziger Zahnarzt gearbeitet, weil der dortige Praxisinhaber nach dem Vortrag des Beklagten ausschließlich als sein Vermieter fungiert hat, nicht etwa als mit ihm dort zusammen praktizierender Arzt. Im 08.2009 ist es nach dem Vortrag des Beklagten zu einem Zerwürfnis mit dem Praxisinhaber und dazu gekommen, dass er [der Beklagte] von heute auf morgen die Praxisräume verlassen und dabei sämtliche Behandlungs- und sonstigen Praxisunterlagen in den Praxisräumen in M zurückließ, wobei die Praxis von einem dem Beklagten namentlich nicht bekannten Nachfolger weiterbetrieben worden sein soll. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, wann und in welchen Praxisräumlichkeiten der Beklagte die die Klägerin betreffenden Behandlungsunterlagen an welche Patientenunterlagen welches Praxisnachfolgers geheftet haben will. Im Hinblick darauf geht auch der Senat - im Ergebnis ebenso wie das Landgericht - davon aus, dass die die Klägerin betreffenden Behandlungsunterlagen des Beklagten zu den Behandlungsunterlagen gehören, die sich in den sieben Kartons befunden haben, die der Prozessbevollmächtigte des Beklagten Ende 06.2012 in den Praxisräumen in M abgeholt und dem Beklagten übergeben hat.

2. Entgegen der beim Beklagten offenbar bestehenden Vorstellung sind ihm im Rahmen der umstrittenen Behandlung aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die sich der Senat zu Eigen macht und auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich Bezug genommen wird, schadensursächliche Fehler unterlaufen.

Auch der Senat folgt bei seiner Beurteilung ebenso wie das Landgericht dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Dr. habil. B [Gutachten vom 30.04.2013 (Bl. 156 - 177 d. A.)], das den Senat nicht zuletzt deshalb überzeugt, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der zu den Akten gelangten Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen einschließlich des Gutachtens des Parteisachverständigen der Klägerin Dr. P. X [Gutachten vom 12.02.2009 im Auftrag der B2 (Anlage K 2, Bl. 9 d. A.)] sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist.

Nach den in dieser Weise überzeugend begründeten und vom Beklagten nicht mit Substanz angegriffenen Feststellungen des Gerichtssachverständigen Dr. Dr. B geht auch der Senat ebenso wie das Landgericht davon aus, dass jedenfalls die Krone im Bereich 15 Kronenranddefizite aufgewiesen hat, die auch der Parteisachverständige Dr. X bereits angesprochen hatte und die dazu geführt haben, dass die gesamte Brücke erneuert werden musste, weil insoweit konstruktionsbedingt eine erfolgreiche Nachbesserung nicht möglich war.

Und nach den ebenfalls umfassend und überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Dr. Dr. B geht auch der Senat in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon aus, dass es einen haftungsbegründenden Behandlungsfehler darstellt, dass der Beklagte die umstrittene Brücke eingliedert hat, ohne zuvor den Zahn 15 zu behandeln. Gegen diese Beurteilung wehrt sich der Beklagte ohne Erfolg mit dem Vorbringen, dass der Sachverständige das Unterlassen einer Behandlung des Zahnes 15 nicht als behandlungsfehlerhaft bewertet habe. Denn der Sachverständige ist zu der überzeugend begründeten und vom Beklagten als solche nicht angegriffenen Feststellung gelangt, dass bei der Klägerin in der Zeit der umstrittenen Behandlung im Bereich des Zahnes 15 nach Behandlung durch einen Vorbehandler eine unzureichende Wurzelfüllung vorhanden und ein relativ geringfügiger apikaler Prozess im Gange gewesen ist mit der Folge, dass es im Hinblick darauf absehbar gewesen ist, dass in Kürze eine Wurzelspitzenresektion notwendig werden würde. Und der Sachverständige hat im Einzelnen dargelegt, dass es bei Kassenpatienten und damit auch bei der Klägerin aufgrund der einschlägigen Richtlinien nicht zulässig sei, eine Brückenversorgung unter Einbeziehung eines Zahnes vorzunehmen, bei dem die Notwendigkeit einer Wurzelspitzenresektion absehbar kurz bevorstehe, und dass es auch bei einem

Privatpatienten mit einer Situation der hier in Rede stehenden Art das sicherere Vorgehen dargestellt hätte, vor der Eingliederung der Brücke eine Wurzelspitzenresektion vorzunehmen. Letzteres hat der Sachverständige insbesondere damit begründet, dass nicht hinreichend sicher davon ausgegangen werden könne, dass nach einer retrograden Wurzelfüllung und einer Wurzelspitzenresektion ein hinreichend positives Behandlungsergebnis erzielt werden könne. Diese Feststellungen leuchten dem Senat ein und sie führen entgegen der offenbar beim Beklagten bestehenden Vorstellung zu einer Bewertung des Eingliederns der Brücke ohne vorherige Wurzelspitzenresektion im Bereich des Zahnes 15 als behandlungsfehlerhaft. Gegen diese Beurteilung wehrt der Beklagte sich aus den zutreffenden Gründen von S. 6/7 der angefochtenen Entscheidung auch ohne Erfolg mit dem Vorbringen, dass die Klägerin darauf bestanden habe, dass der Zahn 15 nicht gezogen werden sollte.

Schließlich geht der Senat nach den überzeugend begründeten Feststellungen des Gerichtssachverständigen Dr. Dr. B in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon aus, dass das Behandlungskonzept des Beklagten auch insoweit behandlungsfehlerhaft war, als der Beklagte die Brücke im Hinblick darauf, dass er bei der umstrittenen Behandlung in Kürze mit der Notwendigkeit des Extraktion des Zahnes 15 gerechnet hatte, lediglich provisorisch mit einem für Provisorien vorgesehenen Zement befestigt hat. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen ist dieser Zement für eine längere Verweildauer im Mund nicht geeignet, weil es recht bald zu Auswaschungen des Zementes komme mit der Folge, dass sich die Brücke lockere und dadurch kariöse Läsionen im Kronenrandbereich weiter begünstigt würden.

3. Das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld ist der Höhe nach mit 2.500 Euro aus den zutreffenden Gründen von S. 7/8 der angefochtenen Entscheidung, die sich der Senat vollumfänglich zu Eigen macht und hier zur Vermeidung von Wiederholungen in Bezug nimmt, nicht zu beanstanden:

Entgegen der beim Beklagten offenbar bestehenden Vorstellung hat das Landgericht bei der Bemessung des Schmerzendgeldes insbesondere die Schmerzen, unter denen die Klägerin infolge des Unterlassens der Wurzelspitzenresektion vor Eingliederung der Brücke gelitten hat, in angemessener Weise berücksichtigt. Dabei ist nicht zuletzt dem Umstand angemessen Rechnung getragen worden, dass durch die erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme die Behauptungen der Klägerin zu den angeblich erlittenen Schmerzen lediglich teilweise bestätigt worden sind. Denn der Sachverständige Dr. Dr. B hat zu der von der Klägerin behaupteten Dauer und Intensität der Schmerzen mit überzeugender Begründung festgestellt, dass diese nach der Wurzelspitzenresektion am 4.06.2009 abgeklungen sein müssten und nach den eigenen anamnestischen Angaben der Klägerin auch tatsächlich abgeklungen sind, und dass auch in der Zeit bis zum 4.06.2009 keine permanenten erheblichen, auch die Nachtruhe beeinträchtigenden Schmerzen vorhanden gewesen sein können, sondern im wesentlichen Schmerzen beim Kauen sowie gelegentliche weitere Schmerzen, die hin und wieder auch die Nachtruhe beeinträchtigt haben können. Die Feststellungen des Sachverständigen Dr. Dr. B finden insoweit auch eine Bestätigung in dem Gutachten des Parteisachverständigen Dr. X, der als anamnestische Angabe zu den Beeinträchtigungen "Schmerzen beim Kauen" festgehalten hat [vgl. sein Gutachten vom 12.02.2009 (Anlage K 2, Bl. 9 d. A.)]. Wären bei der Schmerzensgeldbemessung die Schmerzen in der von der Klägerin behaupteten Dauer und Intensität zugrunde zu legen gewesen, hätte das Schmerzensgeld insgesamt im Hinblick auf die vom Landgericht darüber hinaus zu Recht angesprochenen Umstände, die im vorliegenden Streitfall bei der Bemessung ebenfalls berücksichtigt werden müssen, nämlich insbesondere das Verhalten des Beklagten in Bezug auf die Behandlungsunterlagen und die Schadensregulierung und auch sein sonstiges Prozessverhalten, deutlich höher ausfallen müssen als erstinstanzlich zuerkannt.

4. Schließlich hat das Landgericht den Beklagten auch zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, zur Zahlung von Ersatz für die Nachbehandlungskosten in Höhe von 1.316,88 Euro verurteilt. Gegen diese Beurteilung wehrt sich der Beklagte ohne Erfolg mit dem Vorbringen, dass bei den zu den Nachbehandlungskosten gehörenden Fremdlaborkosten Sowieso-Kosten enthalten seien, und dass dem Beklagten allenfalls die unnötigen Laborkosten für das Provisorium in Höhe von 394,82 Euro in Rechnung gestellt werden könnten. Denn dieses Vorbringen ist vor dem Hintergrund der Rechnung, die der Beklagte selbst der Klägerin gestellt hat [Anl. K 1 (Bl. 7/8 d. A.)], nicht nachvollziehbar. Ausweislich dieser Rechnung und auch nach dem Akteninhalt im Übrigen ist davon auszugehen, dass es sich bei der von dem Beklagten eingegliederten Versorgung nicht lediglich um ein Provisorium, sondern um eine endgültige Versorgung gehandelt hat, die er im Hinblick auf die aus seiner damaligen Sicht in Kürze absehbar gewesenen Notwendigkeit der Extraktion des Zahnes 15 nicht fest, sondern lediglich provisorisch eingegliedert hat.

II.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung [§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO]; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung [§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO]; eine mündliche Verhandlung ist auch aus sonstigen Gründen nicht geboten [§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO].

**63. OLG Köln, Beschluss vom 02.03.2015 – 5 U 129/14 – \* Das Unterlassen einer Behandlung eines Knorpelschadens im Bereich der Rückfläche der Kniescheibe, der lediglich einen Grad von I bis maximal II aufweist, stellt keinen Behandlungsfehler dar.**

**Orientierungssatz**

**Das Unterlassen einer Behandlung eines Knorpelschadens im Bereich der Rückfläche der Kniescheibe, der lediglich einen Grad von I bis maximal II aufweist, stellt keinen Behandlungsfehler dar.**

**Tenor**

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 25.06.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln (25 O 153/12) durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

II. Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

**Gründe**

I.

Die Berufung des Klägers hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zugrunde zu liegenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Das Landgericht hat vielmehr zu Recht entschieden, dass dem Kläger gegen den Beklagten die geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen, weil ihm der ihm obliegende Beweis für schadensursächliche Behandlungsfehler des Beklagten nicht gelungen, und weil auch die Aufklärungsrüge nicht begründet ist. Auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung, die sich der Senat zu Eigen macht, wird hier zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich Bezug genommen. Das Berufungsvorbringen des Klägers rechtfertigt eine für ihn günstigere Entscheidung nicht und bietet lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Anmerkungen:

1. Auch der Senat folgt - ebenso wie das Landgericht - dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. h. c. K K2 [Facharzt für Orthopädie, Unfallchirurgie u. a.; Chefarzt der Klinik für Orthopädie und Unfallchirurgie (K3 F Krankenhaus) der St. B-Kliniken in O; Gutachten vom 1.08.2013 (Bl. 99 - 119 d. A.) nebst mündlicher Erläuterungen am 7.05.2014 (S. 1 - 4 und 6/7 des Protokolls der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme am 7.05.2014, Bl. 175 ff., 175 - 178 und 180/181 d. A. i. V. m. den vom Sachverständigen im Termin zu den Akten gereichten Unterlagen, Bl. 174 a und 174 b d. A.)]. Dieses Gutachten überzeugt den Senat nicht zuletzt deshalb, weil es auf der Basis einer sorgfältigen Auswertung der Krankenunterlagen und des Akteninhalts im Übrigen sowie unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Parteien einschließlich des Gutachtens des Parteisachverständigen Prof. Dr. S T [Gutachten vom 17.01.2012 (Eingang des Gutachtens bei RA-Kl.; Anlage K 1, SH I 1) nebst schriftlicher Ergänzung vom 18.10.2013 (SH I 5)] umfassend, in sich schlüssig und gut nachvollziehbar begründet worden ist.

Hinzu kommt, dass Prof. Dr. K2 dem Senat aus einer Reihe von anderen Arzthaftungsprozessen, in denen orthopädische Fragen zur Begutachtung anstanden, als herausragend qualifizierter und erfahrener Spezialist bekannt ist, der sich regelmäßig sehr gründlich mit sämtlichen Umständen des jeweiligen Streitfalles, die für die medizinische und/oder rechtliche Bewertung von Relevanz sein könnten, erforderlichenfalls auch über die konkret an ihn gerichteten Beweisfragen hinaus auseinandersetzt, diese unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles auswertet und der nicht zuletzt deshalb mit seinen Gutachten zu überzeugen vermag. Den Eindruck, dass Prof. Dr. K2 sich bei seinen Gerichtsgutachten von einer einseitig kollegenschützenden Haltung leiten lässt, den die Prozessbevollmächtigten des Klägers ausweislich ihrer Schriftsätze aufgrund ihrer Erfahrung aus Prozessen mit Prof. Dr. K2 als Gerichtssachverständigem offenbar gewonnen haben, vermag der Senat nicht zu teilen. Selbstredend gehört es zu den routinemäßig anstehenden Maßnahmen des Senates bei der Beurteilung von Arzthaftungstreitigkeiten, dass die Gutachten der Gerichtssachverständigen auch auf die Frage hin geprüft werden, ob ihr Inhalt durch eine einseitig kollegenschützende Haltung oder aber umgekehrt durch eine einseitige Tendenz zur Kollegenschelte bestimmt ist, wobei dies ggf. Veranlassung für die Einholung eines neuen Gutachtens von einem anderen Sachverständigen bietet. Bei Herrn Prof. Dr. K2 hat der Senat indes eine einseitige Haltung in diesem Sinne bisher nicht feststellen können. Und auch das Gutachten von Prof. Dr. K2 in dem vorliegenden Streitfall lässt keinerlei Tendenz zugunsten einer der Parteien erkennen und beschränkt sich auf eine neutrale, medizinisch-sachverständige Stellungnahme zu sämtlichen hier relevanten medizinischen Streitfragen. Dabei begründet der Umstand allein, dass Prof. Dr. K2 haftungsbegründende Fehler des Beklagten nicht festgestellt hat, entgegen der möglicherweise auf Klägersseite bestehenden Vorstellung den Verdacht einer einseitig kollegenschützenden Haltung nicht.

Der Verwertung des Gutachtens des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K2 steht entgegen der auf Klägersseite offenbar bestehenden Vorstellung auch nicht entgegen, dass die Prozessbevollmächtigten des

Klägers ausweislich ihrer Angaben in der Berufungsschrift und in dem erstinstanzlichen schriftsätzlichen Vorbringen einige Mandanten in Arzthaftungsstreitigkeiten gegen Herrn Prof. Dr. K2 vertreten haben. Dies würde selbst dann gelten, wenn Prof. Dr. K2 in diesen Rechtsstreitigkeiten mit Erfolg wegen ärztlicher Fehler in Anspruch genommen worden sein sollte, was die Prozessbevollmächtigten des Klägers allerdings trotz entsprechender Nachfrage der Prozessbevollmächtigten des Beklagten nicht vorgetragen haben. Denn zum einen kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass daraus Ressentiments des Sachverständigen gegen die Prozessbevollmächtigten des Klägers resultieren, die seine gebotene Neutralität gegenüber den von diesen vertretenen Mandanten in Frage stellen könnten; und zum anderen ist nicht ersichtlich, dass solche eventuellen Ressentiments Einfluss auf den Inhalt des Gutachtens von Prof. Dr. K2 in dem vorliegenden Rechtsstreit gehabt hätten.

Soweit der Kläger schließlich das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K2 und zugleich das angefochtene Urteil mit dem Vorwurf angreift, der Sachverständige und auch das Landgericht hätten sich nicht hinreichend mit dem Gutachten des Parteisachverständigen Prof. Dr. T auseinandergesetzt und insbesondere das Ergänzungsgutachten des Parteisachverständigen nicht beachtet, ist dies nicht nachvollziehbar und im Übrigen aktenwidrig. Denn Prof. Dr. K2 hat sich in seinem schriftlichen Gutachten bemerkenswert ausführlich mit den Feststellungen des Parteisachverständigen Prof. Dr. T auseinandergesetzt. Zudem ist Prof. Dr. K2 im Rahmen seiner mündlichen Erläuterungen am 7.05.2014 auf die wesentlichen Komplexe des Ergänzungsgutachtens des Parteisachverständigen ausführlich eingegangen, wobei er im Zusammenhang mit einem der Vorwürfe von Prof. Dr. T gegen den Beklagten, nämlich zu der Frage der Spülung am Ende des umstrittenen Eingriffs, Unterlagen im Termin vorgelegt und anhand dieser Unterlagen das im Operationsbericht dokumentierte Vorgehen des Beklagten anschaulich erläutert hat.

2. Nach dem überzeugend begründeten Gutachten des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K2 geht auch der Senat aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung davon aus, dass haftungsbe gründende Fehler des Beklagten im Zusammenhang mit der umstrittenen Behandlung nicht festgestellt werden können. Insbesondere ist der Senat nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die umstrittene Operation am 23.06.2010 wegen der anhaltenden Beschwerden des Klägers auch nach konservativen Behandlungsversuchen medizinisch indiziert war, und dass die Operation ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Gegen diese Bewertung wehrt sich der Kläger ohne Erfolg:

Insbesondere stellt der Kläger sich - gestützt auf das Gutachten seines Parteisachverständigen Prof. Dr. T - ohne Erfolg auf den Standpunkt, dass es einen haftungsbegründenden Fehler darstelle, dass der Beklagte im Rahmen der umstrittenen Behandlung den Knorpel im Bereich der Rückseite der Kniescheibe nicht behandelt und insoweit insbesondere ein Shaving nicht durchgeführt hat. Denn hierzu hat der Gerichtssachverständige Prof. Dr. K2 festgestellt, dass das Vorgehen des Beklagten insoweit nicht zu beanstanden sei, und zur Begründung insbesondere ausgeführt, dass der Knorpelschaden in diesem Bereich präoperativ lediglich einen Grad von I bis maximal II aufgewiesen habe - wovon im Übrigen auch der Parteisachverständige des Klägers ausgeht - und dass Knorpelschäden der hier in Rede stehenden Art in diesem Stadium eher nicht behandelt werden sollten; denn durch das von Prof. Dr. T angesprochene Shaving werde mehr Schaden als Nutzen bewirkt. Dies gelte insbesondere deshalb, weil im Rahmen des Shavings auch intakte Knorpelanteile zusätzlich entfernt würden, was nicht in Kauf genommen werden sollte, wenn noch erhebliche Knorpelsubstanz vorhanden sei, was bei Schäden mit einem Grad von I bis maximal II der Fall sei. Diese Feststellungen des Gerichtssachverständigen überzeugen den Senat. Dies gilt trotz des Hinweises des Parteisachverständigen Prof. Dr. T darauf, dass sich nach dem Shaving im Rahmen der regenerativen Prozesse Ersatzknorpel bilde. Denn zum einen ist die Neubildung von Ersatzknorpel in ausreichendem Maße in Situationen der hier in Rede stehenden Art keine stets eintretende sichere Entwicklung, sondern lediglich eine Möglichkeit, die sich um so eher realisiert, je jünger der betroffene Patient ist; und zum anderen nimmt die Neubildung von Ersatzknorpel in jedem Falle geraume Zeit in Anspruch. Eine Bestätigung der Feststellung des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K2, dass das Unterlassen einer Behandlung des Knorpels im Bereich der Rückfläche der Kniescheibe nicht zu beanstanden ist, findet sich zudem in dem Umstand, dass auch der Nachbehandler Dr. I im Rahmen der Operation am 23.09.2010 eine Behandlung in diesem Bereich nicht vorgenommen hat, obwohl dies möglich gewesen wäre und obwohl sich die diesbezügliche Situation beim Kläger vor der Operation am 23.09.2010 nicht wesentlich anders und sicher nicht besser dargestellt hat als vor der Operation am 23.06.2010.

Ohne Erfolg stellt sich der Kläger - ebenfalls gestützt auf das Gutachten seines Parteisachverständigen Prof. Dr. T - auch auf den Standpunkt, dass es der Beklagte zum Abschluss der umstrittenen Operation fehlerhaft unterlassen habe, das Kniegelenk ordnungsgemäß zu spülen. Denn nach den Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K2 beinhaltet die unstreitig von dem Beklagten zum Abschluss der umstrittenen Operation vorgenommene Anwendung des so genannten Shaver-Systems eine ordnungsgemäße Spülung des Kniegelenkes. Hierzu hat Prof. Dr. K2 anhand von Unterlagen mit Abbildungen einer solchen Apparatur ausgeführt, dass es sich bei dem so genannten Shaver-System um ein Saugfräsinstrument handele, und dass es bei Verwendung dieses Systems bestimmungsgemäß zu einem

Spül- und Saugeffekt in der Weise komme, dass im Gelenk vorhandene Fragmente durch die Spülflüssigkeit und einen Saugmechanismus in ein rotierendes Messersystem hineingezogen, alsdann zerkleinert und anschließend aus dem Gelenk gespült würden, und dass zu diesem Zwecke bei der Verwendung des Shaver-Systems stets fünf bis zehn Liter sterile Flüssigkeit zum Einsatz kämen. Ein solcher Einsatz des Shaver-Systems stelle ein allgemein anerkanntes und ordnungsgemäßes Vorgehen und zugleich eine ausreichende und ordnungsgemäße Spülung des Gelenkes dar. Dies leuchtet dem Senat ein und die Erläuterungen des Gerichtssachverständigen zu dem Einsatz des Shaver-Systems werden für sich genommen vom Kläger letztlich nicht mit Substanz angegriffen.

Vielmehr greift der Kläger die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Gerichtssachverständigen letztlich lediglich dadurch an, dass er sich - gestützt auf das Gutachten seines Parteisachverständigen Prof. Dr. T - auf den Standpunkt stellt, dass der Umstand, dass Dr. I am 23.09.2010 einen freien Gelenkkörper aus dem Kniegelenk entfernt habe, den zwingenden Schluss zulasse, dass sich ein solcher freier Gelenkkörper infolge eines Fehlers des Beklagten im Gelenk befunden habe, weil dieser Körper entweder mangels ordnungsgemäßer Spülung anlässlich der umstrittenen Operation im Kniegelenk verblieben ist, oder weil die Teilresektion des Innenmeniskus nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist mit der Folge, dass sich aus dem insoweit behandelten Bereich nachträglich Meniskusanteile gelöst hätten. Auch dieses Vorbringen des Klägers bleibt indes ohne Erfolg, weil belastbare Feststellungen insoweit im Nachhinein nicht mehr getroffen werden können:

Denn zum einen hat der Gerichtssachverständige zur Überzeugung des Senates ausgeführt, dass im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden könne, um was für eine Art von Gewebe es sich bei dem freien Gelenkkörper gehandelt habe, weil der Nachbehandler Dr. I das entfernte Gewebe entsorgt habe ohne zuvor eine histologische Untersuchung dieses Gewebes zu veranlassen. Darauf hat auch der Parteisachverständige des Klägers zu Recht hingewiesen. Im Hinblick darauf kann aber entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem freien Gelenkkörper um Meniskusgewebe gehandelt hat. Vielmehr besteht ebenso auch die Möglichkeit, dass es sich bei dem freien Gelenkkörper um herausgebrochene Fragmente der anderen vorgeschädigten Gelenkanteile - etwa der Tibia, des Femur oder der Patella - gehandelt hat. Entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung besteht insoweit auch keine Veranlassung für eine Vernehmung des Nachbehandlers Dr. I als sachverständigen Zeugen. Denn eine Aussage des Nachbehandlers vermag die objektive Befundung im Rahmen einer histologischen Untersuchung nicht zu ersetzen, zumal Dr. I in seinem Arztbrief an Dr. T2 vom 23.09.2010 [SH II 4] durch die Formulierung " ... großer freier Gelenkkörper (fraglich Meniskusfragment)" selbst Zweifel hinsichtlich der Art des Gewebes geäußert und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass es sich bei dem Gewebe seiner Einschätzung nach möglicherweise, aber nicht sicher um Meniskusgewebe gehandelt habe.

Zum anderen kann nach den ebenfalls überzeugenden Feststellungen des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. K2 im Nachhinein auch nicht festgestellt werden, seit wann sich der am 23.09.2010 entfernte freie Gelenkkörper im Kniegelenk des Klägers befunden hat. Zur Begründung hierzu hat Prof. Dr. K2 insbesondere ausgeführt, dass aufgrund der Kernspintomographie im 09.2010 ausweislich der Behandlungsunterlagen ein entsprechender freier Gelenkkörper nicht eindeutig befundet worden sei, und dass auch die von dem Kläger in dem Zeitraum zwischen der umstrittenen Operation am 23.06.2010 und der Operation am 23.09.2010 geklagten Beschwerden im Nachhinein keine hinreichende Feststellung zu der Frage zuließen, seit wann sich der fragliche Gelenkkörper im Gelenk des Klägers befunden habe. Denn bei den geklagten Beschwerden handele es sich um solche, die auch ohne einen freien Gelenkkörper im Gelenk nach Eingriffen der hier in Rede stehenden Art auftreten könnten. Über Einklemmungserscheinungen, die einen typischen Hinweis auf einen freien Gelenkkörper dargestellt hätten, habe der Kläger demgegenüber in dem fraglichen Zeitraum ausweislich der Behandlungsunterlagen des Beklagten und des Nachbehandlers Dr. I nicht geklagt. Auch wenn der Kläger im Rahmen seiner persönlichen Anhörung entsprechende Einklemmungserscheinungen behauptet hat, muss aus den zutreffenden Gründen von S. 6 der angefochtenen Entscheidung von den Behandlungsunterlagen des Beklagten und des Nachbehandlers Dr. I ausgegangen werden.

Ergänzend sei angemerkt, dass nach den Feststellungen des von Prof. Dr. K2 und entgegen der beim Kläger offenbar bestehenden Vorstellung auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Verbleiben eines freien Gelenkkörpers im Gelenk nach Eingriffen der hier in Rede stehenden Art - gewissermaßen automatisch - einen haftungsbegründende Fehler bedeutet. Denn Prof. Dr. K2 hat zur Überzeugung des Senates darauf hingewiesen, dass bei Eingriffen der hier in Rede stehenden Art auch trotz sorgfältigen und fehlerfreien Vorgehens einschließlich einer abschließenden, ordnungsgemäß durchgeführten Gelenkspülung nicht sicher ausgeschlossen werden könne, dass gleichwohl kleinere Partikel als freie Gelenkkörper im Gelenk verblieben.

3. Die Aufklärungsrüge ist aus den zutreffenden und auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens des Klägers - mit Ausnahme der folgenden ergänzenden Anmerkungen - nicht ergänzungsbedürftigen Gründen von S. 6/7 der angefochtenen Entscheidung nach wie vor unbegründet.

Ergänzend angemerkt sei lediglich, dass entgegen dem Vorbringen des Klägers in der Berufungsbegründung keine Rede davon sein kann, dass der Beklagten den Kläger zu der umstrittenen Operation gedrängt hätte. Denn nach seinen eigenen anamnestischen Angaben gegenüber dem Gerichtssachverständigen hat der Kläger den Beklagten aufgesucht, nachdem die konservativen Behandlungsmaßnahmen des Vorbehandlers Dr. T2 einschließlich einer Testinfiltration mit Cortison nicht zu einer langfristigen Verbesserung seiner Situation geführt haben und für ihn als Therapiemöglichkeit letztlich nur noch das operative Vorgehen blieb, und hat der Kläger sich nach der - auf der Basis einer Untersuchung und der Sichtung der bildgebenden Diagnostik ausgesprochenen - Operationsempfehlung des Beklagten erneut an Dr. T2 gewandt, um eine Zweitmeinung dieses Arztes einzuholen, der ihm ebenfalls zu einer Operation geraten hat. Eine Bestätigung finden die anamnestischen Angaben des Klägers in ihrem wesentlichen Kern in den Behandlungsunterlagen des Dr. T2, aus denen sich ergibt, dass auch dieser Arzt die umstrittene Operation wegen der erfolglosen konservativen Therapieversuche für eindeutig gegeben gehalten und dem Kläger zu dieser Operation geraten hat.

4. Ohne Erfolg rügt der Kläger schließlich, dass das Landgericht seinen Anträgen nicht entsprochen habe, den Beklagten aufzufordern, die Printbilder zu der umstrittenen Operation und die Behandlungsunterlagen von Anbeginn der Behandlung des Klägers in dessen Jugend zu den Akten zu reichen. Denn Veranlassung für eine entsprechende Aufforderung an den Beklagten hat für das Landgericht nicht bestanden und besteht im Übrigen auch nicht für den Senat. Dies gilt schon deshalb, weil weder von dem Kläger mit hinreichender Substanz vorgetragen worden noch sonst ersichtlich ist, inwiefern sich aus der Vorlage der Printbilder und/oder aus der Vorlage weiterer Behandlungsunterlagen aus der Zeit vor 05.1995, d. h. aus der Zeit vor dem Zeitraum, für den die Unterlagen vorgelegt worden sind, weitergehende Erkenntnisse zugunsten des Klägers ergeben können sollen. Zudem hat der Kläger diesen Antrag nach den mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen in dem Termin am 7.05.2014 nicht mehr aufrecht erhalten.

II.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung [§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO]; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung [§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO]; eine mündliche Verhandlung ist auch aus sonstigen Gründen nicht geboten [§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO].

**64. OLG Köln, Urteil vom 25.02.2015 – 5 U 102/14 – \* Arzthaftungsprozess: Behandlungsfehler durch das Einsetzen einer Totalendoprothese im Knie; unterlassene Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden. - Adipositas ist ein Umstand, der vor allem das Ergebnis einer Umstellungsosteotomie und einer Implantation einer unikondylären Schlittenprothese negativ beeinflussen kann und das Risiko einer relativ rasch notwendigen Revisionsoperation erhöht.**

#### Orientierungssatz

**1. Adipositas ist ein Umstand, der vor allem das Ergebnis einer Umstellungsosteotomie und einer Implantation einer unikondylären Schlittenprothese negativ beeinflussen kann und das Risiko einer relativ rasch notwendigen Revisionsoperation erhöht.**

2. Bei der Implantation von Prothesen ist nicht immer eine vollständig exakte Ausrichtung der Komponenten möglich und gewisse Abweichungen und Toleranzen können innerhalb des nach medizinischem Standard Zulässigen liegen.

3. Die Aufklärung über eine echte Alternative wäre offensichtlich verspätet, wenn sie nach der stationären Aufnahme des Patienten für einen im Vorfeld vereinbarten Operationstermin erfolgt.

4. Hat der Patient keine Gründe aufgezeigt, die nachvollziehbar und einsichtig machen, dass er sich im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung gegen die Operationsmethode entschieden hätte, die seiner Zielsetzung und Interessenlage am besten entsprach, kann nicht angenommen werden, dass er in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre.

Fundstellen

KHE 2015/33 (red. Leitsatz und Gründe)

#### Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 28.05.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 312/11 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Gründe

I.

Der am 17.2.1955 geborene Kläger litt seit Mitte des Jahres 2007 an Beschwerden im rechten Knie. Nachdem er Anfang des Jahres 2008 das Kniegelenk beim Begehen einer Treppe verdreht hatte, nahmen die Schmerzen weiter zu. Eine am 21.1.2008 gefertigte Magnetresonanztomografie zeigte einen komplexen Riss des Innenmeniskus. Am 20.3.2008 stellte sich der Kläger bei Prof. Dr. T im E-Krankenhaus in L vor, der am 27.5.2008 eine Arthroskopie mit Innenmeniskushinterhornglättung und eine Abrasionsarthroplastik femoropatellar/medial durchführte. Im Operationsbericht ist eine Chondropathie 2. Grades femoropatellar/medial beschrieben. Die vom niedergelassenen Orthopäden Dr. X veranlasste konservative Therapie brachte keine Beschwerdefreiheit.

Am 9.1.2009 suchte der Kläger ausweislich der vorliegenden Behandlungsunterlagen wieder Prof. Dr. T auf und berichtete über weiterhin bestehende Kniegelenkbeschwerden, insbesondere im Bereich des medialen Gelenkspaltes. Bei der Untersuchung zeigten sich ferner ein retropatellarer Belastungsschmerz und eine Varusstellung des Unterschenkels. Prof. Dr. T diagnostizierte eine medial betonte Gonarthrose III. Grades. In seiner Karteikarte heißt es: "Patient über relative Knieprothesenindikation eingehend aufgeklärt, von Prothese derzeit eher abgeraten. Patient wünscht aber aufgrund der Schmerzen eine endgültige Lösung." Am 19.1.2009 stellte sich der Kläger ambulant beim Beklagten zu 2) im Krankenhaus der Beklagten zu 1) vor. Er schilderte erhebliche Schmerzen beim Treppensteigen und belastungsabhängige Schmerzen am inneren Gelenkspalt. Die Beweglichkeitsprüfung ergab 0/5/120°, das heißt ein Streckdefizit im Knie. Der Beklagte zu 2) empfahl einen endoprothetischen Ersatz.

Am 17.2.2009 wurde der Kläger im Krankenhaus der Beklagten zu 1) aufgenommen, wo Röntgenaufnahmen des rechten Kniegelenks und ein Ganzaufnahme des rechten Beins erfolgten. Der Arzt Dr. S führte am gleichen Tag ein Aufklärungsgespräch mit ihm. Am 18.2.2009 implantierte der Beklagte zu 2) eine bikondyläre ungekoppelte Oberflächenersatzprothese. Am 3.3.2009 wurde der Kläger entlassen. Vom 9.3.2009 bis 27.3.2009 führte er eine ambulante Rehabilitationsmaßnahme in der pro medik Reha + Prävention in Hürth durch. Am 27.4.2009 und 25.7.2009 stellte er sich zu Nachuntersuchungen im Krankenhaus der Beklagten zu 1) vor. Er klagte jeweils über anhaltende Schmerzen im Bereich des rechten Kniegelenks. Im 07.2009 ergab die Untersuchung eine diskrete laterale Instabilität.

Am 22.12.2009 diagnostizierte Frau Dr. C im N-Krankenhaus C2 eine 1-2° Instabilität und anhaltende Beschwerden mit Ergussbildung. Während des stationären Aufenthalts vom 23.4.2010 bis 5.5.2010 nahm sie am 24.4.2010 eine Kniegelenksrevision mit Inlaywechsel (von 8 mm auf 12 mm) vor.

Gestützt auf ein Gutachten von Prof. Dr. T2 (Anlage K 1, im SH I unter 1) nebst Ergänzungen (im SH I unter 6 und 8) und ein Gutachten von Prof. Dr. S (Anlage K 2, im SH I unter 1) nebst Ergänzung (im SH I unter 7) hat der Kläger den Beklagten vorgeworfen, dass das Einsetzen einer Totalendoprothese nicht indiziert gewesen sei. Stattdessen hätte eine Umstellungsosteotomie vorgenommen oder eine unikon-dyläre Schlittenprothese implantiert werden müssen. Außerdem sei die Tibiakomponente falsch eingesetzt worden. Sie kippe nach medial. Über die operativen Alternativen sei er nicht aufgeklärt worden. Infolge der Operation bestünden andauernde, starke Schmerzen. Monatlich entstehe ihm ein Haushalt-sführungsschaden von 530 EUR. Für die Zeit vom 1.4.2009 bis 31.12.2011 betrage er 17.490 EUR. Hinzu kämen Sachverständigenkosten von insgesamt 3.559,69 EUR und sonstige materielle Schäden von 10.000 EUR.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn aus der fehlerhaften Behandlung ab 02.2009 ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 60.000,- EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2010,
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 31.049,69 EUR zu zahlen nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz, und zwar aus 10.000,00 EUR seit dem 16.12.2010, aus weiteren 2.559,69 EUR seit dem 28.01.2011, aus weiteren 1.000,00 EUR seit dem 17.3.2011 und aus restlichen 17.490,- EUR seit Rechtshängigkeit,
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ab dem 1.1.2012 eine vierteljährlich vorauszahlbare monatliche Rente in Höhe von monatlich 530,00 EUR jeweils im Voraus zum 1.1., 1.4., 1.7. und 1.10. eines jeden Jahres bis zum 27.2.2030 (75. Lebensjahr des Klägers) zu zahlen, Rückstände zu verzinsen mit 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit,
4. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche künftigen immateriellen sowie alle weiteren vergangenen und künftigen materiellen Schäden, die ihm infolge der fehlerhaften Behandlung ab 02.2009 entstanden sind bzw. noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind bzw. noch übergehen werden.

Die Beklagten beantragen,  
die Klage abzuweisen.

Sie sind dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Dem Kläger, der durch Prof. Dr. T voraufgeklärt gewesen sei, seien die unterschiedlichen therapeutischen Maßnahmen am 19.1.2009 und

17.2.2009 vom Beklagten zu 2) und von dem Arzt Dr. S dargelegt worden. Angesichts seines Leidensdrucks und dem Wunsch nach einer definitiven Lösung hätte er sich ohnehin in jedem Fall für eine Totalendoprothese entschieden. Im Übrigen sei der Beklagte zu 3) nicht passiv legitimiert.

Das Landgericht hat ein orthopädisches Gutachten von Prof. Dr. K eingeholt (Bl. 116 d.A.) sowie den Sachverständigen, den Kläger und den Beklagten zu 2) angehört (Bl. 184 ff. d.A.) und den Arzt Dr. S als Zeugen vernommen (Bl. 216 d.A.). Anschließend hat es ein Ergänzungsgutachten von Prof. Dr. K in Auftrag gegeben (Bl. 241 ff. d.A.) und diesen in Gegenwart von Prof. Dr. T2 erneut angehört (Bl. 291 ff. d.A.). Daraufhin hat es die Klage abgewiesen. Ein Behandlungsfehler sei nicht erwiesen. Die alternativen Verfahren Umstellungsosteotomie und Schlittenprothese seien zwar im Rahmen des Aufklärungsgesprächs notwendig anzusprechende, aber gegenüber der Totalendoprothese weniger geeignete, nachrangige Verfahren gewesen. Im Hinblick auf den retropatellaren Gelenkschaden, das Streckdefizit und die Adipositas des Klägers führten sie zu schlechteren Ergebnissen. Die Operation sei auch nicht fehlerhaft durchgeführt worden. Dies gelte für die Einstellung der Stabilität der Bänder, die Wahl der Größe des Inlays, die leicht medial gekippte Positionierung der Tibiakomponente und die postoperative Behandlung. Die Beklagten hätten zwar nicht beweisen können, dass der Kläger hinreichend über die Alternativen Umstellungsosteotomie und Schlittenprothese aufgeklärt worden sei. Ein kausaler Schaden des Klägers lasse sich aber nicht feststellen. Zu den einzelnen vom Kläger behaupteten Beschwerden befragt (Schmerzen, Beugewinkel, Funktionseinschränkungen), habe der Sachverständige keine davon der gewählten Operationsmethode zuordnen können.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Hilfsweise begehrt er die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Die Sachverständigen Prof. Dr. T2 und Prof. Dr. S hätten bestätigt, dass eine nicht indizierte Knie-TEP durchgeführt worden sei, weniger invasive Behandlungsmaßnahmen wie kniegelenkerhaltende Schlittenprothese und Umstellungsosteotomie zur Verfügung gestanden hätten, die Tibia-Komponente falsch positioniert worden sei, zur Abklärung der Indikation präoperativ weitere Befunde hätten erhoben werden müssen, die präoperativ stabile Bandführung postoperativ gelockert gewesen sei und der Lockerung des Bandapparats mittels Stressaufnahmen nicht aktiv nachgegangen worden sei. Aus Sicht des Klägers und seiner Prozessbevollmächtigten bemühe sich Prof. Dr. K regelmäßig darum, seine Kollegen im Bereich der Arzthaftung zu entlasten. Einen Aufklärungsmangel habe das Landgericht zu Recht bejaht. In Kenntnis der Behandlungsalternativen hätte der Kläger eine weniger invasive Methode bevorzugt. Soweit das Landgericht einen Schaden verneint habe, trage die Begründung nicht. Postoperativ hätten massive Beschwerden bestanden, die zur Revisionsoperation geführt hätten. Für die überholende Kausalität seien die Beklagten darlegungs- und beweispflichtig. Bereits in erster Instanz habe er, der Kläger, außerdem geltend gemacht, dass statt der durchgeführten Operation eine Knorpelzelltransplantation möglich gewesen sei. Auch habe das Landgericht die als Zeugin benannte Nachbehandlerin Dr. C vernehmen müssen.

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Soweit das Landgericht von einer mangelhaften Aufklärung ausgegangen sei, habe es außer Acht gelassen, dass der Kläger voraufgeklärt gewesen sei. Prof. Dr. T habe ihn, wie aus seiner Dokumentation hervorgehe, am 9.1.2009 umfassend aufgeklärt. Einen Entscheidungskonflikt könne der Kläger nicht glaubhaft darlegen, weil er eine definitive Lösung angestrebt habe und die neben einer Knie totalendoprothese in Betracht kommenden Maßnahmen nicht mit der gewünschten deutlichen Beschwerdelinderung verbunden gewesen wären.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Der Senat hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung persönlich angehört. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2015 Bezug genommen (Bl. 398 ff. d.A.).

II.

Die Berufung ist unbegründet.

Die Kläger kann von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB weder die Zahlung eines Schmerzensgeldes noch materiellen Schadensersatz verlangen.

1. Das Landgericht hat Behandlungsfehler nach Einholung eines orthopädischen Gutachtens nicht festgestellt.

Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Würdigung begründen, sind weder dargetan noch erkennbar (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Insbesondere enthält die Berufungs begründung, von einer Wiederholung der von Prof. Dr. T2 und Prof. Dr. S im Ergebnis angenommen Fehler und dem pauschalen Vorwurf einer kollegenschützenden Begutachtung durch Prof. Dr. K abgesehen, keine Rügen, die die Feststellungen des Landgerichts in Frage stellen könnten.

a) Aus den Ausführungen von Prof. Dr. K und den aus den jeweiligen Dokumentationen der behandelnden Ärzte hervorgehenden Befunden folgt, dass eine Implantation einer Totalendoprothese relativ indiziert war und gegenüber den alternativ anwendbaren operativen Maßnahmen, das heißt einer Umstellungsosteotomie oder dem Einsatz einer unikondylären Schlittenprothese, sogar bevorzugt in Frage kam. Eine Knorpelzelltherapie, auf die der Kläger in der Berufungsbegründung noch hinweist, hat keiner der mit dem Fall befassten Sachverständigen als mögliche Behandlungsmaßnahme in Betracht gezogen. Das Gleiche gilt für die im Schriftsatz vom 18.11.2014 angeführte Denervationsoperation.

Eine Umstellungsosteotomie, bei der durch einen Eingriff unterhalb des Kniegelenks die Achse des Beins geändert, die bisherige Varusstellung ("O-Bein") beseitigt, das geschädigte mediale Kompartement des Kniegelenks entlastet und der noch gesunde Knorpel des lateralen Kompartements stärker belastet worden wäre, hätte den Vorteil gehabt, dass das Kniegelenk zunächst erhalten geblieben und Zeit bis zu einer später gegebenenfalls noch erforderlichen Versorgung mit einer Knieendoprothese gewonnen worden wäre. Im Falle einer Schlittenprothese, die nur auf der geschädigten medialen Seite des Kniegelenks eingesetzt worden wäre, wäre das Gelenk zumindest teilweise erhalten geblieben. Die Vorgehensweise hätte ferner ebenfalls zu einem Zeitgewinn geführt. Auch wäre im Falle beider Alternativen zur Totalendoprothese das Infektionsrisiko geringer und ein Infekt besser zu behandeln gewesen, da Bakterien an der Totalendoprothese anhaften (vgl. die Erläuterungen von Prof. Dr. K, Bl. 292 d.A.).

Prof. Dr. K hat allerdings drei Gesichtspunkte aufgezeigt, die aus der Sicht ex ante gegen ein schmerzfreies und auf längere Zeit gutes oder akzeptables Ergebnis einer Umstellungsosteotomie und einer unikondylären Schlittenprothese sprachen.

Beim Kläger lag nicht nur eine medialer, sondern auch ein retropatellarer Knorpelschaden vor, das heißt eine Schädigung des Knorpels hinter der Kniescheibe. Dies zeigte sich vor der Operation vom 17.2.2009 durch den bei der Arthroskopie vom 27.5.2008 erhobenen Befund einer Chondropathie 2. Grades und die anamnestische Angabe des Klägers gegenüber dem Beklagten zu 2) am 19.1.2009, dass das Treppensteigen erhebliche Schmerzen hinter der Kniescheibe verursache. Bei der Operation vom 17.2.2009 hat der Beklagte zu 2) sodann einen viertgradigen Knorpelschaden medial und retropatellar gesehen und im Operationsbericht beschrieben. Wie Prof. Dr. K weiter ausgeführt hat, konnte die retropatellare Schmerzsymptomatik zwar durch eine Totalendoprothese, nicht aber durch eine Umstellungsosteotomie und eine unikondyläre Schlittenprothese beseitigt werden, was nach den Erfahrungen von Prof. Dr. K nach einem entsprechenden Eingriff wegen des fortbestehenden Leidensdrucks häufig zu Revisionsoperationen führt (Bl. 134 f., 184 R, 243, 293 d.A.).

Ferner bestand beim Kläger ein Streckdefizit, was sich in dem am 19.1.2009 vom Beklagten zu 2) erhobenen Befund einer Beweglichkeit des rechten Knies von 0/5/120 zeigte. Nach den Erläuterungen von Prof. Dr. K hätte das Streckdefizit durch eine Umstellungsosteotomie oder eine unikondyläre Schlittenprothese, anders als im Falle des Einsetzens einer Totalendoprothese, nicht oder nur bedingt korrigiert werden können (Bl. 135, 185, 243 d.A.). Eine Streckhemmung im Knie bewirkt - so der Sachverständige Prof. Dr. K weiter - eine Kippung im Becken und kann auf diese Weise Schwierigkeiten mit der Wirbelsäule und eine falsche Belastung des operierten Kniegelenks verursachen (Bl. 185 d.A.).

Schließlich lag beim Kläger bereits vor der streitgegenständlichen Operation ein nicht unerhebliches Übergewicht vor. Nach den Eintragungen im Bogen "Präoperative Zustandsbeurteilung" der Abteilung für Anästhesie der Beklagten zu 1) wog der Kläger bei einer Größe von 176 cm 98 kg. Nach den Darlegungen von Prof. Dr. K ist Adipositas ein Umstand, der vor allem das Ergebnis einer Umstellungsosteotomie und einer Implantation einer unikondylären Schlittenprothese negativ beeinflussen kann und das Risiko einer relativ rasch notwendigen Revisionsoperation erhöht (Bl. 135, 185R, 291R d.A.).

Die Einwendungen, die der Kläger - in erster Instanz - demgegenüber gestützt auf die Begutachtungen von Prof. Dr. S und Prof. Dr. T2 erhoben hat, greifen nicht durch. Dass die Spätergebnisse im Falle einer Umstellungsosteotomie bei einem retropatellaren Knorpelschaden nicht so günstig sind wie bei unversehrter Gelenkfläche, wird von Prof. Dr. S ausdrücklich eingeräumt (S. 2 des Ergänzungsgutachtens vom 9.12.2012, SH I unter 7). Der von ihm hervorgehobene Gesichtspunkt des Zeitgewinns relativiert sich angesichts der von Prof. Dr. K dargelegten Überlebensrate von Totalendoprothesen nach einer Zeit von 10 Jahren von 95 %, die sich aus in Schweden erhobenen Daten ergibt (Bl. 291 R d.A.).

Dass die Implantation einer Totalendoprothese zugleich auch zur Beseitigung oder Linderung der von der Kniescheibe ausgehenden Beschwerden führt, stellt Prof. Dr. T2 nicht in Frage. Eine gleiche Wirkung einer Umstellungsosteotomie oder des Einsetzens einer unikondylären Schlittenprothese ergibt sich aus seiner Begutachtung dagegen nicht schlüssig. Ein retropatellares Modelling mit Abrasio, auf das er in seinem Ergänzungsgutachten vom 13.12.2012 (SH I unter 6) als ergänzende operative Maßnahme verweist, war schon bei der Arthroskopie vom 27.5.2008 durchgeführt worden und hatte keinen Erfolg gebracht. Soweit Prof. Dr. T2 in seinem weiteren Ergänzungsgutachten (SH I unter 8) anführt, dass die Umstellungsosteotomie auch die Belastung an der Knierückscheibe günstig korrigiert hätte, fehlt eine nachvollziehbare Erklärung. Eine Umstellungsosteotomie hätte die Achse des Beins verändert und damit in erster Linie eine Entlastung des medialen Kompartements des Kniegelenks mit sich gebracht.

Schließlich leuchtet es ein, dass die nach einer Umstellungsosteotomie oder der Implantation einer unikondylären Schlittenprothese verbleibenden Knorpelflächen, die, soweit sie - wie hier auf der lateralen Seite - nicht geschädigt sind, ohnehin stärker belastet werden, bei einem Übergewicht des Patienten einer besonders hohen Abnutzung unterliegen können, was das Risiko einer vorzeitigen Revisionsoperation steigert.

b) Vor der Implantation der Totalendoprothese waren keine weiteren Befunderhebungsmaßnahmen erforderlich.

Obwohl Prof. Dr. K vom Landgericht beauftragt worden ist, die gesamte Behandlung der Beklagten auf Fehler zu überprüfen, hat er keine zusätzlichen diagnostischen Maßnahmen für notwendig erachtet, was dem Gutachten von Prof. Dr. S entspricht. Soweit Prof. Dr. T2 bei einer Varusgonarthrose Stressaufnahmen zur Beurteilung der Knorpelschichtdicke für geboten erachtet hat, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Forderung nach zusätzlicher Diagnostik wird von ihm erstmals in seinem zweiten Ergänzungsgutachten (SH I unter 8) erhoben, was maßgeblich gegen einen von einem jeden Arzt zu beachtenden Standard spricht. Im Übrigen hätten zusätzliche bildgebende Aufnahmen vor der Operation nichts anderes zeigen können, als der unmittelbare Sichtbefund des Beklagten zu 2) am 17.2.2009 ergeben hat, das heißt einen viertgradigen medialen und retropatellaren Knorpelschaden.

c) Ein Fehler bei der Durchführung des streitgegenständlichen Eingriffs lässt sich nicht feststellen.

Dass der Abfall der Tibiakomponente der Prothese nach medial etwa 3° betrug (vgl. die Darlegungen von Prof. Dr. K Bl. 137, 185 R d.A.), haben weder Prof. Dr. S noch Prof. Dr. T2 in Zweifel gezogen. Es überzeugt und entspricht den Erfahrungen des ständig mit Arzthaftungssachen befassten Senats aus anderen Verfahren, dass bei der Implantation von Prothesen nicht immer eine vollständig exakte Ausrichtung der Komponenten möglich ist und gewisse Abweichungen und Toleranzen innerhalb des nach medizinischem Standard Zulässigen liegen, hier also auch die von Prof. Dr. K anhand der postoperativen Röntgenaufnahmen bestätigte und festgestellte geringe Abweichung der Tibiakomponente nach medial.

Wie Prof. Dr. K dargelegt hat, ergibt sich aus dem Operationsbericht, dass der Beklagte zu 2) die Bänder sorgfältig ausbalanciert hat (Bl. 135, 137, 186 d. A.). Dies lässt sich anhand des Operationsberichts (bei den Behandlungsunterlagen der Beklagten zu 1) nachvollziehen, in dem eine erste Überprüfung der Bandspannung, sich daran anschließende Maßnahmen zur Erzeugung einer gleichen Bandspannung und der abschließende intraoperative Befund einer guten Bandspannung beschrieben sind. Für eine intraoperative Fehleinschätzung, von der Prof. Dr. T2 in seinem Ergänzungsgutachten vom 13.12.2012 (SH I unter 6) ausgeht, gibt es keine Anhaltspunkte. Daraus, dass die Bandspannung nach der Operation - zu einem nicht sicher bestimmaren Zeitpunkt, jedenfalls aber bei der Nachuntersuchung vom 25.7.2009 - unzureichend war und eine Instabilität bestand, kann nicht auf einen Behandlungsfehler oder eine intraoperative Fehleinschätzung geschlossen werden, da es unstrittig Ursachen für eine nachträgliche Lockerung der Bänder geben kann.

Ferner ist das gewählte Inlay nach den schlüssigen Ausführungen von Prof. Dr. K aus der maßgeblichen Sicht vor der Operation nicht zu klein gewählt worden. Er hat erläutert, dass größere Inlays in der Streckung eine bessere Stabilität geben, in der Beugung hingegen nicht. Der vom Kläger für erforderlich gehaltenen Vernehmung der Nachbehandlerin Dr. C bedurfte und bedarf es nicht. Die Frage, ob die von den Beklagten durchgeführte Behandlung dem ärztlichen Standard entsprach oder nicht, ist allein durch einen Sachverständigen zu beurteilen. Gegenstand des Zeugenbeweises sind demgegenüber vergangene oder gegenwärtige Tatsachen oder Zustände. Dementsprechend ist ein Nachbehandler im Arzthaftungsprozess dann als Zeuge zu vernehmen, wenn die Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit seiner Behandlungsunterlagen konkret behauptet wird und deren Inhalt für die Beurteilung der Behandlung des verklagten Arztes erheblich ist. Dies macht der Kläger nicht geltend.

d) Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung im Anschluss an die Ausführungen von Prof. Dr. T2 vom 13.12.2012 (SH I unter 6) noch postoperative Stressaufnahme zur Beurteilung der Festigkeit der Bänder für erforderlich hält, ist das Vorbringen unerheblich.

Die Instabilität war bei der ambulanten Vorstellung des Klägers am 25.7.2009 aufgrund der klinischen Untersuchungsbefunde ohnehin bekannt, ohne dass auch nur einer der mit dem vorliegenden Fall befassten Sachverständigen bereits zu diesem Zeitpunkt eine therapeutische Konsequenz, etwa eine Revisionsoperation, in Erwägung zieht. Eine entsprechende Notwendigkeit hat man fast sechs Monate später auch im N Krankenhaus in C2 noch nicht gesehen, sondern dem Kläger zunächst die Fortsetzung der konservativen Behandlung empfohlen.

2. Die Beklagten haften dem Kläger nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung.

a) Anders als es das Landgericht angenommen hat, lässt sich allerdings ein durch die Operation vom 17.2.2009 verursachter gesundheitlicher Schaden nicht verneinen. War der Eingriff mangels ausreichender Aufklärung des Klägers rechtswidrig, lag schon in der unstrittig nicht erfolgreichen und nicht zur Beseitigung der Schmerzen führenden Operation als solcher ein Schaden.

Für einen darüber hinaus gehenden Schaden kommt es entgegen den Ausführungen in den Entscheidungsgründen und der Fassung des Beweisbeschlusses vom 9.12.2013 nicht darauf an, ob sich gerade ein spezifisches Risiko der Implantation einer Totalendoprothese verwirklicht hat oder ob die postoperativ bestehenden Schmerzen und etwa zusätzlich bestehende Funktionseinschränkungen nach einer Umstellungsosteotomie oder dem Einsetzen einer unikondylären Schlittenprothese gleichermaßen hätten auftreten können. Dies ist eine Frage der von den Beklagten zu beweisenden hypothetischen Kausalität. Ein entsprechender Beweis ist nach dem Ergänzungsgutachten von Prof. Dr. K, nach dem zu einem hypothetischen Verlauf allenfalls mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Aussagen gemacht werden können,

nicht zu führen. Allein maßgeblich ist, ob der Eingriff die postoperativ bestehenden Schmerzen und etwaige Funktionseinschränkungen (mit-)verursacht und verglichen mit dem Ausgangszustand eine Verschlechterung bewirkt hat.

b) Die Beklagten haben den Kläger auch nicht ausreichend über die Alternativen zu einer Totalendoprothese aufgeklärt.

Insbesondere sind die sich aus den Ausführungen unter II 1 a ergebenden Vor- und Nachteile einer Totalendoprothese einerseits und einer Umstellungsosteotomie oder einer unikondylären Schlittenprothese andererseits dem Kläger von den Beklagten nicht erläutert worden. Nach seinen Angaben vor dem Landgericht spricht der Beklagte 2) die möglichen Behandlungsalternativen zwar in Situationen wie der vorliegenden an, ausführlich soll dies aber erst durch seinen Assistenten präoperativ geschehen. Nach den Bekundungen des Zeugen Dr. S, der am 17.2.2009 die Eingriffs- und Risikoaufklärung des Klägers vorgenommen hat, waren und sind operative Alternativen allerdings überhaupt nicht Gegenstand der von ihm mit den Patienten geführten Gespräche. Dies sei - so der Zeuge plausibel - vorher besprochen und entschieden. Im Übrigen wäre eine Aufklärung über echte Alternative offensichtlich verspätet, wenn sie nach der stationären Aufnahme des Patienten für einen im Vorfeld vereinbarten Operationstermin erfolgt.

c) Eine Haftung der Beklagten scheidet aber deshalb aus, weil der von ihnen erhobene Einwand einer hypothetischen Einwilligung durchgreift.

Beruft sich der Arzt auf die hypothetische Einwilligung des Patienten, so kann dieser den ärztlichen Einwand dadurch entkräften, dass er nachvollziehbar geltend macht, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden. Er muss dazu einsichtig machen, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Entscheidung gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht.

Nach der Anhörung des Klägers durch den Senat kann nicht angenommen werden, dass der Kläger, wäre er ordnungsgemäß über die Alternativen einer unikondylären Schlittenprothese und einer Umstellungsosteotomie aufgeklärt worden, in einen echten Entscheidungskonflikt geraten wäre. Soweit der Kläger im vorliegenden Verfahren weitere denkbare Behandlungsmöglichkeiten angesprochen hat, sind diese von keinem der mit dem Fall befassten Sachverständigen als Alternative eingeordnet oder auch nur diskutiert worden.

Auch wenn der Kläger persönlich vor dem Senat eine Vorstellung in der Sprechstunde von Prof. Dr. T Anfang des Jahres 2009 in Abrede gestellt hat, hat sich im Rahmen der Anhörung das von Prof. Dr. T in seiner Karteikarte und im Bericht vom 9.1.2009 dokumentierte Bild bestätigt, das heißt eines unter starken Schmerzen leidenden Patienten, der hinsichtlich seiner Kniebeschwerden eine endgültige Lösung wünschte. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass er vor der streitgegenständlichen Operation sehr starke Schmerzen im Knie gehabt habe. Die Schmerzen seien - was nicht protokolliert ist - höllisch gewesen. Insbesondere habe er nicht mehr vernünftig schlafen können. Er habe das Knie nicht beugen und nicht strecken können. Es habe ständig gepocht und sei heiß gewesen. Dies deckt sich mit der im Gutachten festgehaltenen Bekundung des Klägers gegenüber Prof. Dr. K, dass es mit den Beschwerden eigentlich nicht weiter gegangen sei, sie seien immer schlimmer geworden (Bl 121 d.A.). Auf Nachfrage im Termin hat der Kläger ferner bestätigt, dass er das - das heißt den Einsatz einer Totalendoprothese - dann gemacht hätte, wenn man ihm im Jahr 2009 verschiedene Möglichkeiten vorgestellt und dabei gesagt hätte, die einzige Chance, die Schmerzen insgesamt wegzubekommen, sei der Einsatz einer Totalendoprothese.

Das demnach bestehende Ziel des Klägers, die Kniebeschwerden und Schmerzen vollständig und möglichst auf Dauer zu beseitigen, konnte nach dem der Beurteilung zugrunde zu legenden medizinischen Sachverhalt allein durch die Implantation einer Totalendoprothese erreicht werden. Wie Prof. Dr. K erläutert hat und oben unter I 1 a als maßgeblich festgestellt worden ist, konnte die nach den Untersuchungsbefunden auch bestehende retropatellare Schmerzsymptomatik durch eine unikondyläre Schlittenprothese und eine Umstellungsosteotomie nicht abgestellt werden. Der dann fortbestehende Leidensdruck hätte die Wahrscheinlichkeit, dass eine Revisionsoperation notwendig werden würde, genauso erhöht wie die nachteiligen Folgen der bei einer unikondylären Schlittenprothese oder Umstellungsosteotomie nur bedingt zu korrigierenden Streckhemmung. Das Gleiche gilt für die bei diesen Operationsmethoden stärkeren Auswirkungen des Übergewichts des Klägers.

Der Kläger hat keine Gründe aufgezeigt, die nachvollziehbar und einsichtig machen, dass er sich im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung gegen die Operationsmethode entschieden hätte, die seiner Zielsetzung und Interessenlage am besten entsprach, oder dass er eine entsprechende Entscheidung gegen eine Totalendoprothese zumindest ernsthaft erwogen hätte. Soweit er geltend gemacht hat, man habe ihn im Rahmen der Aufklärung auch darauf hinweisen müssen, dass nach dem Einsatz einer Totalendoprothese entsprechend den Erläuterungen von Prof. Dr. K 40 % der Patienten unter gleich bleibenden oder sogar stärkeren Schmerzen litten, geht er schon von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. Weder Prof. Dr. K noch Prof. Dr. T2 oder Prof. Dr. S haben eine solche Misserfolgsquote angeführt. Sie ergibt sich auch nicht aus dem bei den Behandlungsunterlagen der Beklagten befindlichen proCompliance-Aufklärungsbogen und ist dem Senat, der häufig mit vergleichbaren Fällen befasst ist, auch sonst nicht bekannt. Prof.

Dr. K hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 23.4.2014 lediglich ausgeführt, dass eine größere, von ihm mit 10 bis 20 % bezifferte Gruppe von Patienten mit dem Ergebnis des Einsatzes einer Knieprothesenoperation unzufrieden sei, weil sie zu viel erwarteten (Bl. 292R d.A.). Im Übrigen lässt der Kläger im Nachhinein offensichtlich außer Acht, dass es bei jeder Operation, gleich ob Umstellungsosteotomie, unikondyläre Schlittenprothese oder Totalendoprothese, möglich war, dass sie ihr jeweiliges Operationsziel nicht erreichte. Dies gilt unabhängig davon, ob sie auf die Verbesserung nur eines Teils der Symptomatik (unikondyläre Schlittenprothese und Umstellungsosteotomie) oder aber der gesamten, also auch der retropatellaren Symptomatik (Totalendoprothese) gerichtet war.

3. Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Klägers vom 4.2.2015 und der damit überreichte Bericht von Dr. T3 gibt zu einer anderen Beurteilung oder einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

Berufungsstreitwert: 132.849,69 EUR

**65. OLG Koblenz, Beschluss vom 24.02.2015 – 5 U 1320/14 – \* Die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB müssen nicht hinsichtlich des gesamten Schadensbildes vorliegen. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist der Eintritt der ersten Schadensfolge. Treten später weitere Folgen hinzu, beginnt die Verjährung nicht von Neuem. Verjährungshemmung durch "demnächstige" Klagezustellung nach verzögerter Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses**

#### Leitsatz

**1. Die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB müssen nicht hinsichtlich des gesamten Schadensbildes vorliegen. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist der Eintritt der ersten Schadensfolge. Treten später weitere Folgen hinzu, beginnt die Verjährung nicht von Neuem.**

**2. Auch im Arzthaftungsprozess ist eine um 3 Monate verzögerte Zahlung des Gerichtskostenvorschusses nicht "demnächst" erfolgt, so dass die erst dann bewirkte Zustellung der Klage nicht auf den Zeitpunkt ihrer Einreichung zurückwirkt.**

#### Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 15.10.2014 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Dieses Urteil und der hiesige Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die gegen ihn gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht von der Gegenseite Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags gestellt wird.

#### Gründe

Die Entscheidung ergeht gemäß §§ 522 Abs. 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Ihre sachlichen Grundlagen ergeben sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils, dem Senatsbeschluss vom 28.01.2015. Dort hat der Senat mitgeteilt:

"1. Der Kläger erlitt am 23.02.2007 multiple Verletzungen, als eine Mauer auf ihn einstürzte. Er wurde deshalb sogleich in das Krankenhaus der Beklagten zu 1. eingeliefert, in dem die Beklagten zu 2. bis 8. ärztlich tätig sind. Es kam zur operativen Versorgung einer linksseitigen pertrochantären Femurfraktur unter Einbringung eines Marknagels.

Als der Kläger nach dem Eingriff wieder mobilisiert war, klagte er über Schmerzen im rechten Knie. Ein diesbezüglich am 8.03.2007 gefertigtes MRT offenbarte dort knöcherne und - namentlich im Kreuzbandbereich - ligamentäre Läsionen. Man legte zur Stabilisierung eine Schiene an und entließ den Kläger dann aus der stationären Behandlung, an die sich wenig später andernorts ein Rehabilitationsaufenthalt anschloss. Nach dessen Ende wurde am 19.04.2007 bei einer Wiedervorstellung des Klägers im Krankenhaus der Beklagten zu 1. eine achsgerechte und feste Stellung des frakturierten linken Femurs diagnostiziert.

Instabilitäten des rechten Knies führten am 31.08.2007 zu einer anderweitigen stationären Aufnahme. Der Kläger erhielt nunmehr eine hintere Kreuzbandplastik; außerdem wurde das Innenband aufgefrischt. Drei Monate später wurde ergänzend eine vordere Kreuzbandplastik eingesetzt.

Nachdem man am 5.03.2008 auf Seiten der Beklagten bei einem erneuten Kontrolltermin von einer grundsätzlich befriedigenden Ausheilung der Femurfraktur ausgegangen war, wurde am 31.03.2008 an anderer Stelle der Befund einer „Pseudarthrose des proximalen Femur nach operativer Versorgung“ erhoben, die klinisch von einer Außenrotationsfeststellung des linken Oberschenkels begleitet war. Bei einem Revisionsingriff wurden der Marknagel entfernt und eine Platte implantiert. Am 12.01.2009 folgte ein zweiter Revisionsingriff nach. Schließlich kam es am 24.06.2010 nach der Diagnosestellung einer „sekundären Coxarthrose“ zur Implantation einer Hüftprothese.

Der Kläger hat den Beklagten vorgeworfen, die Schäden im rechten Knie zu spät erkannt und dann fehlerhaft nicht operativ versorgt zu haben. Außerdem seien die linksseitige Femurfraktur unsachgemäß operiert und der Heilungsverlauf falsch beurteilt worden. Das habe einen „Behandlungsmarathon“ nach sich gezogen und seine Gang- und Standsicherheit anhaltend stark eingeschränkt. Vor diesem Hintergrund hat der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit ein mit mindestens 50.000 € zu bezifferndes Schmerzensgeld geltend gemacht und die Feststellung der weitergehenden Ersatzhaftung der Beklagten erstrebt.

Die Beklagte zu 1. hatte den Prozessbevollmächtigten des Klägers bereits mit Schreiben vom 4.09.2008 ihre Krankendokumentation übersandt. Später verzichtete der Haftpflichtversicherer der Beklagten mehrfach auf die Einrede der Verjährung, soweit nicht schon Verjährung eingetreten sei, letztmals mit Wirkung bis zum 30.06.2013.

Das Landgericht hat die Klage, die am 28.06.2013 eingereicht, aber, weil der am 1.07.2013 angeforderte Gerichtskostenvorschuss erst am 2.10.2013 eingezahlt wurde, lediglich am 4.10.2013 zugestellt worden ist, auf die Verjährungseinrede der Beklagten hin abgewiesen. Aus seiner Sicht lief die dreijährige Frist des § 199 Abs. 1 BGB zum Ende des Jahres 2008 an; denn der Kläger habe seinerzeit über alle relevanten Behandlungsunterlagen verfügt, die er eigens im Hinblick auf eine Prüfung der Verantwortlichkeit der Beklagten habe anfordern lassen. Der Verzicht deren Haftpflichtversicherers auf die Erhebung der Verjährungseinrede habe dann zwar ermöglicht, mit der Klageerhebung bis zur Mitte des Jahres 2013 zuzuwarten, aber nicht die Möglichkeit eröffnet, die Dinge so zögerlich wie geschehen zu behandeln.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger in Erneuerung seines erstinstanzlichen Begehrens mit der Berufung. Seiner Auffassung nach offenbarte sich aus den im Jahr 2008 überlassenen Behandlungsunterlagen weder ein ärztlicher Fehler noch eine darauf beruhende Schadenskausalität. Auch aufgrund des negativen Behandlungsergebnisses habe sich ein entsprechender Schluss nicht aufgedrängt.

2. Damit vermag der Kläger nicht durchzudringen. Dem Klageverlangen steht die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede (§§ 195, 199 Abs. 1, 214 Abs. 1 BGB) entgegen, weil der Kläger spätestens im Jahr 2009 von den Umständen, die die geltend gemachten Ansprüche begründeten, und der daraus abgeleiteten Schadensverantwortlichkeit der Beklagten wusste oder jedenfalls ohne grobe Fahrlässigkeit hätte wissen müssen.

Der Kläger hat seine Prozessvertreter 2008 mit Recherchen betraut, um eine mögliche Haftung der Beklagten zu prüfen. Dazu forderten diese die einschlägige Behandlungsdokumentation an, die ihnen daraufhin zugeleitet wurde. Inwieweit der Kläger daneben selbst Zugang zu den übermittelten Unterlagen hatte, ist verjährungsrechtlich ohne Belang, weil er sich die Erkenntnismöglichkeiten seiner zur Anspruchsergründung herangezogenen Bevollmächtigten zurechnen lassen muss (Ellenberger in Palandt, BGB, 74. Aufl., § 199 Rn. 24).

Allerdings ist der Berufung darin zuzustimmen, dass sich allein aus den Behandlungsunterlagen noch kein augenfälliger Hinweis auf eine Verantwortlichkeit der Beklagten ergab. Indessen beschränkte sich die auf Seiten des Klägers eröffnete Perspektive nicht auf die übermittelten Aufzeichnungen. Dem Kläger war bekannt, dass man die Schäden im rechten Knie nicht schon kurzfristig nach dem Unfall vom 23.02.2007 bildgebend befundet, sondern insoweit erst am 8.03.2007 ein MRT gefertigt hatte, ohne dass dieses dann jedoch Anlass genommen worden wäre, die Operationen durchzuführen, die nachfolgend anderweit erfolgen mussten. Genauso sah der Kläger, dass man auf Beklagtenseite nach den ambulanten Vorstellungen vom 19.04.2007 und vom 5.03.2008 in Verkennung der Verhältnisse von der ordnungsgemäßen Heilung der Femurfraktur ausgegangen war; denn es kam nämlich zu Instabilitäten, die am 31.03.2008 und am 12.01.2009 Revisionseingriffe erforderlich machten.

Im Hinblick darauf hatte der Kläger spätestens im Jahr 2009 Kenntnis von Umständen, die ärztliche Versäumnisse und Fehleinschätzungen im Haus der Beklagten dringlich nahelegten. Man hatte dort auf wichtige diagnostische Erhebungen verzichtet und operative Maßnahmen unterlassen, die sich wenig später als notwendig erwiesen.

Vor diesem Hintergrund wäre der Kläger im Jahr 2009 ebenso gut wie heute in der Lage gewesen, eine Feststellungsklage gegen die Beklagten zu erheben. Sein Erkenntnisstand verbesserte sich im Nachhinein nur insoweit, als 2010 eine Hüftprothese implantiert wurde. Das war jedoch ein bloßer Zusatzschaden, dessen Eintritt verjährungsrechtlich ohne Gewicht ist, weil die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB nicht hinsichtlich des gesamten Schadensbildes vorzuliegen brauchen. Ungewissheiten über die Höhe und den Umfang des Schadens schließen den Beginn der Verjährung nicht aus (BGH NJW 2011, 1799).

Damit lief die gesetzliche Verjährungsfrist jedenfalls Ende 2012 ab. Verhandlungen, die ihren Fortgang hätten hemmen können, sind weder dargetan noch sonst erkennbar. Der - schließlich bis zum 30.06.2013 erstreckte - Einredevorzicht des Haftpflichtversicherers bedeutete nur, dass dem Kläger innerhalb des so ausgedehnten Zeitrahmens die ungehinderte gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche eröffnet war, weil der Verjährungseinwand insoweit treuwidrig gewesen wäre (Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, 2014, § 214 Rn. 22, 24). Eine Klage musste dann freilich rasch - nämlich grundsätzlich maximal binnen sechs Wochen (BGH NJW 1991, 975; Peters/Jacoby, a.a.O. Rn. 25) - erhoben werden.

Das ist jedoch nicht geschehen. Zwar wurde die Klageschrift am 28.06.2013 eingereicht. Aber ihre Zustellung datiert erst vom 4.10.2013, nachdem der dieserhalb am 1.07.2013 angeforderte Vorschuss lediglich am 2.10.2013 eingezahlt wurde. Sie war damit auch dann deutlich verspätet, wenn man das vorgenannte sechswöchige Zeitfenster mit Blick auf § 167 ZPO um 14 Tage vergrößert (vgl. dazu Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 167 Rn. 11).“

Der Schriftsatz des Klägers vom 23.02.2015 gibt keine hinreichende Veranlassung zu einer abweichenden Beurteilung der Verhältnisse. Die Klage wirft den Beklagten eine mangelhafte und unzulängliche operative Versorgung im Anschluss an das Unfallereignis vom 23.02.2007 sowie nachfolgende Fehldiagnosen vor. Dazu wird auf die Notwendigkeit anderweitiger Revisionseingriffe in 2007, 2008 und 2009 und die dabei gewonnenen Einblicke hingewiesen.

Die Erkenntnisse, die daraus zur Anspruchsbegründung hergeleitet werden, waren damit vor Beginn des Jahres 2010 vorhanden. Ob sich daraus seinerzeit schon das positive Bewusstsein entwickelt hatte, dass die Beklagten Schadensersatz schuldeten, ist ohne Belang; denn eine entsprechende Haftung musste damals aus der Klägersicht jedenfalls dringlich nahe liegen.

Rechtsmittelstreitwert: 58.000 €

**66. BGH, Urteil vom 24.02.2015 – VI ZR 106/13 – \* Bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob handelt es sich um eine juristische Wertung, die dem Tatrichter obliegt. Diese wertende Entscheidung muss aber in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können**

#### Leitsatz

**1. Die Frage, welche Maßnahmen der Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachbereich vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten in der jeweiligen Behandlungssituation ergreifen muss, richtet sich in erster Linie nach medizinischen Maßstäben, die der Tatrichter mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln hat. Er darf den medizinischen Standard grundsätzlich nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigengutachten oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen.**

**2. Bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob handelt es sich um eine juristische Wertung, die dem Tatrichter obliegt. Diese wertende Entscheidung muss aber in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können.**

#### Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 29.01.2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur Verhandlung und neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagten, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, aus eigenem und übergegangenem Recht wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung ihres am 17.10.2005 verstorbenen Sohnes auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch.

Der im Jahr 1975 geborene Sohn der Klägerin litt unter einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis, weshalb er mehrfach - zuletzt im 01.2004 - stationär behandelt wurde. In den Entlassungsberichten der R. Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie vom 24.07.2003 und 30.04.2004 wurde jeweils eine bradykarde Herzaktion vermerkt. Am 25.07.2003, 22.12.2004, 18.05.2005 und 24.08.2005 suchte der Sohn der Klägerin den Beklagten zu 1 in der von den Beklagten geführten Gemeinschaftspraxis für Neurologie und Psychiatrie auf. Am 22.12.2004 erhielt er vom Beklagten zu 1 80 Tabletten Amisulprid 200. Am Morgen des 17.10.2005 fand die Klägerin ihren Sohn leblos in seinem Bett liegend auf. Im Bad befand sich Erbrochenes. Bei der rechtsmedizinischen Untersuchung wurde ein Amisulpridspiegel am oberen Grenzwert des Wirkungsbereichs festgestellt und ein rhythmogenes Herzversagen nach Einnahme von Amisulprid als naheliegende Todesursache angenommen.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagten hätten angesichts der kardiologischen Nebenwirkungen von Amisulprid und des Umstands, dass bei ihrem Sohn Bradykardien aufgetreten seien, halbjährliche EKG-Untersuchungen veranlassen müssen. Dabei wären eine Bradykardie sowie ein verlängertes QT-Intervall festgestellt worden, die ein sofortiges Eingreifen, insbesondere eine Umstellung der Medikation, erfordert hätten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

#### Entscheidungsgründe

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin gegen die Beklagten keine Schadensersatzansprüche zu. Dem Beklagten zu 1 sei kein Behandlungsfehler unterlaufen. Ein solcher liege insbesondere nicht darin, dass der Beklagte zu 1 beim Sohn der Klägerin keine halbjährlichen EKG-Kontrollen veranlasst habe. Derartige Kontrollen seien nicht geboten gewesen. Anhaltspunkte für eine kardiologische Problematik seien für die Konsultationen beim Beklagten zu 1 nicht dargetan. Der Sohn der Klägerin habe dem Beklagten zu 1 insbesondere nicht von Unverträglichkeiten berichtet. Die Dokumentation des Beklagten lasse auch nicht erkennen, dass die klinische Anamnese Anhaltspunkte für eine erforderliche kardiologische Untersuchung gegeben habe. Abgesehen davon scheitere die Annahme eines Befunderhebungsfehlers auch an einem fehlenden Verschulden. Denn in den Leitlinien und Fachinformationen werde die EKG-Untersuchung nur empfohlen; lediglich in der Literatur würden entsprechende Kontrollen für indiziert gehalten. Selbst wenn ein Befunderhebungsfehler zu bejahen wäre, fehle es an der erforderlichen Kausalität. Die Klägerin habe nicht bewiesen, dass das Unterlassen halbjährlicher EKG-Kontrollen ursächlich für den Tod ihres Sohnes sei. Eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt eines groben Behandlungsfehlers komme nicht in Betracht. Selbst wenn man die Vornahme von EKG-Kontrollen als zwingend ansähe, läge lediglich ein einfacher Behandlungsfehler vor. Eine Beweislastumkehr nach einem einfachen Befunderhebungsfehler scheitere daran, dass ein halbjährliches EKG nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätte. Es sei nicht dargetan, dass der Sohn der Klägerin vor dem 17.10.2005 über Störungen der Herzrhythmustätigkeit geklagt habe. Ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Obduktionsberichte seien in der Literatur auch plötzliche Todesfälle im Zusammenhang mit der Einnahme von Amisulprid beschrieben, bei denen zuvor keine Auffälligkeiten im EKG zu verzeichnen gewesen seien. Die gerichtlich bestellte Sachverständige habe Bradykardien bei der vorliegend verordneten Dosierung von 200 mg pro Tag als unwahrscheinlich erachtet. Aus dem zweiten Obduktionsbericht vom 22.03.2006 ergebe sich, dass es dem Sohn der Klägerin bis zum 12.09.2005 körperlich gut gegangen sei. Es sei nicht erkennbar, weshalb ein regelmäßiges EKG zwischen dem letzten dokumentierten Besuch des Sohns der Klägerin beim Beklagten zu 1 am 24.08.2005 und dem Todeszeitpunkt am 17.10.2005 zu terminieren gewesen sei. Nehme man ausgehend von dem in der R. Klinik vorgenommenen EKG vom 20.01.2004 einen halbjährlichen Rhythmus an, so hätte eine Kontrolle letztmals im 07.2005 erfolgen müssen. Da der Todesfall erst Monate später im 10.2005 eingetreten sei, sei nicht hinreichend wahrscheinlich, dass sich bereits im 07.2005 ein reaktionspflichtiger Befund gezeigt hätte. Schließlich habe die Klägerin auch nicht plausibel gemacht, welche Reaktion des Beklagten zu 1 im Falle eines auffälligen EKG geboten gewesen wäre. Soweit sie ausführt, es hätte einer sofortigen Umstellung der Medikation bedurft, bleibe dies formelhaft und abstrakt. Sie habe insbesondere nicht dargelegt, dass es überhaupt ein Präparat ohne die bezeichneten Nebenwirkungen gegeben habe. Der Sohn der Klägerin sei aufgrund seiner Erkrankung auf den Wirkstoff angewiesen gewesen, weshalb er das Risiko der Nebenwirkungen habe eingehen müssen.

II.

Diese Erwägungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Mit der Begründung des Berufungsgerichts können die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens nicht verneint werden.

1. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, den Beklagten sei nicht deshalb ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen, weil sie beim Sohn der Klägerin keine halbjährliche EKG-Kontrolle veranlasst haben.

a) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass das Absehen von halbjährlichen EKG-Untersuchungen nur dann als Behandlungsfehler qualifiziert werden kann, wenn es dem im Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standard zuwiderliefe. Der Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung vorausgesetzt und erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat (vgl. Senatsurteile vom 21.12.2010 - VI ZR 284/09, BGHZ 188, 29 Rn. 9, 12; vom 15.04.2014 - VI ZR 382/12, VersR 2014, 879 Rn. 11).

Die Ermittlung des Standards ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Ergebnis der tatrichterlichen Würdigung kann revisionsrechtlich nur auf Rechts- und Verfahrensfehler überprüft werden, also insbesondere darauf, ob ein Verstoß gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze vorliegt, das Gericht den Begriff des medizinischen Standards verkannt oder den ihm unterbreiteten Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt hat (vgl. Senat, Urteile vom 27.03.2007 - VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1 Rn. 17 ff.; vom 15.04.2014 - VI ZR 382/12, VersR 2014, 879 Rn. 13).

b) Ein solcher Rechtsfehler ist hier gegeben. Die Revision rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht den medizinischen Standard verfahrensfehlerhaft bestimmt hat.

aa) Die Frage, welche Maßnahmen der Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachbereich vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten in der jeweiligen Behandlungssituation ergreifen muss, richtet sich in erster Linie nach medizinischen Maßstäben, die

der Tatrichter mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln hat. Er darf den medizinischen Standard nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigengutachten oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen (vgl. Senatsurteile vom 29.11.1994 - VI ZR 189/93, VersR 1995, 659, 660; vom 19.11.1996 - VI ZR 350/95, VersR 1997, 315, 316; vom 12.02.2008 - VI ZR 221/06, VersR 2008, 644 Rn. 16; vom 15.04.2014 - VI ZR 382/12, VersR 2014, 879 Rn. 13; Senatsbeschluss vom 9.06.2009 - VI ZR 138/08, VersR 2009, 1405 Rn. 3). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Tatrichter ausnahmsweise selbst über das erforderliche medizinische Fachwissen verfügt und dies in seiner Entscheidung darlegt (vgl. Senatsurteil vom 8.07.2003 - VI ZR 304/02, VersR 2003, 1256, 1257; vom 28.05.2002 - VI ZR 42/01, VersR 2002, 1026, 1028; vom 27.03.2001 - VI ZR 18/00, VersR 2001, 859, 860).

bb) Wie die Revision zu Recht beanstandet, hat das Berufungsgericht im Streitfall eine von der Beurteilung der gerichtlich bestellten Sachverständigen abweichende, eigene medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens vorgenommen ohne aufzuzeigen, dass es über die erforderliche Sachkunde verfügt. Es hat damit den medizinischen Standard in unzulässiger Weise selbst bestimmt.

(1) Die Sachverständige Dr. R. hat halbjährliche EKG-Kontrollen im Streitfall medizinisch für geboten erachtet. Zur Begründung ihrer Beurteilung hat sie insbesondere auf die Warnhinweise der Hersteller von Solian und Amisulprid-Generika verwiesen, wonach Amisulprid eine dosisabhängige Verlängerung des QT-Intervalls verursache und wonach dieser Effekt - der das Risiko von schweren ventrikulären Arrhythmien wie Torsades de pointes erhöhe - bei Vorliegen kardialer Störungen, insbesondere Bradykardie, verstärkt werde. Sie hat weiter die Leitlinien der DDPPN angeführt, wonach die Durchführung eines EKG in halbjährlichen Abständen bei einer Amisulprid-Medikation empfohlen werde, und Fachliteratur zitiert, wonach bei allen Antipsychotika ein EKG in mehrmonatigen Abständen indiziert sei. Auf Seite 32 ihres Gutachtens vom 19.05.2011 hat sie zusammenfassend ausgeführt: "In Zusammenschau mit den Empfehlungen der Fachgesellschaft, der entscheidenden Literatur und der Herstellerinformation ist aber eine halbjährliche EKG-Kontrolle indiziert, insbesondere, da bei Herrn G. [Sohn der Klägerin] eine Bradykardie vordokumentiert war." Zwar hat sie ihre Beurteilung auf Seite 35 ihres Gutachtens dahingehend eingeschränkt, dass unter dem Risikofaktor der vordokumentierten Bradykardie und der kontinuierlichen Behandlung mit Amisulprid eine EKG-Untersuchung im halbjährlichen Abstand hätte erfolgen sollen; die kontinuierliche Einnahme von Amisulprid sei anhand der Akte allerdings nicht nachzuvollziehen. Im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Landgericht hat die Sachverständige aber unter Bezugnahme auf ihre Ausführungen auf Seite 32 ihres Gutachtens daran festgehalten, dass es ausgehend von den Empfehlungen als fehlerhaft zu werten sei, wenn keine halbjährliche EKG-Kontrolle durchgeführt werde.

(2) Das Berufungsgericht hat dagegen aufgrund einer - von dieser sachverständigen Beurteilung abweichenden - eigenen medizinischen Würdigung des Behandlungsgeschehens angenommen, es sei weder notwendig gewesen, den Sohn der Klägerin selbst mittels EKG zu untersuchen noch eine Überweisung an einen anderen Arzt in Betracht zu ziehen.

2. Die angefochtene Entscheidung wird auch nicht von der Hilfserwägung getragen, ein in dem Unterlassen halbjährlicher EKG-Kontrollen liegender Befunderhebungsfehler sei für den Tod des Sohnes der Klägerin jedenfalls nicht kausal geworden. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Klägerin komme insoweit eine Beweislastumkehr nicht zugute.

a) Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass grundsätzlich der Anspruchsteller den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden nachzuweisen hat (vgl. Senatsurteile vom 21.12.2010 - VI ZR 284/09, BGHZ 188, 29 Rn. 19; vom 5.11.2013 - VI ZR 527/12, VersR 2014, 247 Rn. 13). Es hat seiner Entscheidung auch zutreffend die Rechtsprechung des Senats zugrunde gelegt, nach der bei der Unterlassung einer gebotenen Befunderhebung eine Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität erfolgt, wenn bereits das Absehen von einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstellt. Zudem kann auch eine nicht grob fehlerhafte Unterlassung der Befunderhebung dann zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden führen, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verknüpfung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde und diese Fehler generell geeignet sind, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen (vgl. Senatsurteile vom 5.11.2013 - VI ZR 527/12, VersR 2014, 247 Rn. 14; vom 21.01.2014 - VI ZR 78/13, VersR 2014, 374 Rn. 20; siehe nun auch § 630h Abs. 5 BGB).

b) Die Revision beanstandet aber mit Erfolg, dass das Berufungsgericht das Unterlassen halbjährlicher EKG-Kontrollen nicht als groben, sondern als einfachen Befunderhebungsfehler eingestuft hat. Diese Beurteilung findet in den Ausführungen der Sachverständigen keine Grundlage. Zwar handelt es sich bei der Einstufung eines ärztlichen Fehlverhaltens als grob um eine juristische Wertung, die dem Tatrichter obliegt. Indessen muss diese wertende Entscheidung in vollem Umfang durch die vom ärztlichen Sachverständigen mitgeteilten Fakten getragen werden und sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen können. Es ist dem Tatrichter nicht gestattet, den

Behandlungsfehler ohne entsprechende Darlegungen aufgrund eigener Wertung als grob oder nicht grob zu qualifizieren (vgl. etwa Senatsurteile vom 28.05.2002 - VI ZR 42/01, VersR 2002, 1026, 1027 f.; vom 3.07.2001 - VI ZR 418/99, VersR 2001, 1116, 1117; vom 19.06.2001 - VI ZR 286/00, VersR 2001, 1115 f.; vom 7.06.2011 - VI ZR 87/10, VersR 2011, 1148 Rn. 9).

Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht die gerichtlich bestellte Sachverständige nicht dazu befragt hat, wie das von ihr als fehlerhaft angesehene Absehen von halbjährlichen EKG-Kontrollen medizinisch zu gewichten sei, und die erforderliche Beweiserhebung durch eine eigene medizinische Würdigung des Behandlungsgeschehens ersetzt hat. Soweit das Berufungsgericht darauf verwiesen hat, lediglich in der Literatur fänden sich Hinweise darauf, dass eine EKG-Kontrolle indiziert sei, hat es sich über die Beurteilung der Sachverständigen hinweggesetzt, die das Unterlassen der EKG-Kontrolle unter den Umständen des vorliegenden Falles als fehlerhaft erachtet hat.

c) Von durchgreifenden Rechtsfehlern beeinflusst sind auch die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht eine Umkehr der Beweislast bei einem einfachen Befunderhebungsfehler verneint hat. Ob halbjährliche EKG-Kontrollen beim Sohn der Klägerin mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Befund geführt hätten, bestimmt sich nach medizinischen Maßstäben, die der Tatrichter mit Hilfe eines Sachverständigen aus dem betroffenen medizinischen Fachgebiet zu ermitteln hat. Die Revision rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht auch diese Frage verfahrensfehlerhaft ohne die erforderliche Hinzuziehung eines Sachverständigen aus eigener, nicht ausgewiesener Sachkunde beantwortet hat. Die gerichtlich bestellte Sachverständige hat sich zu dieser Frage nicht geäußert. Soweit sich das Berufungsgericht auf ihre Angaben gestützt hat, bei einer therapeutischen Dosierung von 200 mg pro Tag seien Bradykardien unwahrscheinlich, hat es übersehen, dass die Sachverständige als kardiale Nebenwirkungen von Amisulprid neben der Bradykardie in erster Linie eine von dieser zu unterscheidende Verlängerung des QT-Intervalls (Verlängerung der Repolarisation des Ventrikels) angeführt hat. Eine Verlängerung des QT-Intervalls kann nach ihren Ausführungen zu lebensbedrohlichen ventrikulären Tachyarrhythmien einschließlich sogenannter Torsades de pointes führen. Das Risiko für derartige Arzneimittelwirkungen ist danach bei einer Bradykardie erhöht, setzt sie aber nicht voraus. In diese Richtung weisen auch die Ausführungen des Sachverständigen Dr. N. , der für die Staatsanwaltschaft die Leichenöffnung durchgeführt und den toxikologischen Befund erstellt hat. Danach kann Amisulprid zu einer Störung der Reizleitung innerhalb des Herzens führen und Herzrhythmusstörungen verursachen, die auch bei therapeutischen Dosen zu Herzversagen führen können. Wie die Revision zu Recht geltend macht, hatte sich die Klägerin diese Angaben ausdrücklich zu Eigen gemacht.

d) Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Patientenseite müsse bei einem einfachen Befunderhebungsfehler die gebotene Reaktion auf den hypothetischen Befund in fachlich-medizinischer Hinsicht konkret substantiieren; soweit die Klägerin ausführe, die Bestätigung der Bradykardie hätte ein sofortiges Eingreifen notwendig gemacht sowie eine Beendigung der Medikation mit Amisulprid gefordert, bleibe dies formelhaft und abstrakt. Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, dass an die Substantiierungspflichten der Parteien im Arzthaftungsprozess maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen sind. Vom Patienten kann regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden. Der Patient und sein Prozessbevollmächtigter sind insbesondere nicht verpflichtet, sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen anzueignen. Vielmehr darf sich die Partei auf Vortrag beschränken, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet (vgl. Senatsurteil vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245, 252).

Diesen Anforderungen genügte der Vortrag der Klägerin. Wie die Revision mit Erfolg geltend macht, hatte die Klägerin bereits in der Klageschrift vorgetragen, dass bei der EKG-Kontrolle die Bradykardie bestätigt worden und eine verlängerte Herzreizweiterleitung bei ihrem Sohn festgestellt worden wäre, die ein sofortiges Eingreifen, insbesondere eine sofortige Beendigung der Medikation mit Amisulprid notwendig gemacht hätte. Die aufgrund eigener - nicht ausgewiesener - Sachkunde getroffene Beurteilung des Berufungsgerichts, die weitere Einnahme von Amisulprid sei "alternativlos" gewesen, weshalb der Sohn der Klägerin das Risiko der Nebenwirkungen habe eingehen müssen, wird durch das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht getragen.

3. Die angefochtene Entscheidung wird auch nicht von der weiteren Hilfserwägung getragen, der Beklagte zu 1 habe die gebotene Befunderhebung jedenfalls nicht schuldhaft unterlassen. Das Berufungsgericht hat seine Beurteilung damit begründet, dass die EKG-Untersuchung in den Leitlinien und Fachinformationen nur empfohlen und lediglich in der Literatur für indiziert gehalten werde. Hierbei hat es übersehen, dass auch im Arzthaftungsrecht der objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB maßgeblich ist. Danach hat der Arzt für die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt einzustehen. Er muss die Voraussetzungen einer dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlung kennen und beachten. Für ein dem Standard zuwiderlaufendes Vorgehen ist er haftungsrechtlich auch dann verantwortlich, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus subjektiv als entschuldigbar erscheinen mag (Senatsurteile vom 29.01.1991 - VI ZR 206/90, BGHZ 113, 297, 303; vom 13.02.2001 - VI ZR 34/00, VersR 2001, 646; vom 6.05.2003 - VI ZR 259/02, VersR 2003, 1128, 1130). Den medizinischen

Standard hatte die Sachverständige aber gerade dahingehend bestimmt, dass aufgrund der Verabreichung von Amisulprid halbjährliche EKG-Kontrollen geboten waren.

4. Das angefochtene Urteil beruht auf den aufgezeigten Rechtsfehlern. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der vorhandenen und Einholung der erforderlichen sachverständigen Stellungnahmen einen zu einer Beweislastumkehr führenden Befunderhebungsfehler bejaht hätte.

#### **67. OLG Köln, Urteil vom 18.02.2015 – 5 U 128/13 – \* Arzthaftung: Umfang der Hinweispflicht bei durch den Patienten verweigerter Aufnahme in ein Krankenhaus**

##### **Orientierungssatz**

**1. Lehnt ein Patient den Ratschlag eines Arztes, sich in ein Krankenhaus zu begeben, ab, muss der Arzt den Patienten bei bestehendem Verdacht auf eine gastrointestinale Blutung klar und unmissverständlich auf die drohenden Folgen hinweisen, indem er etwa erklärt, dass der Patient ohne stationäre Behandlung und Überwachung verbluten und sterben könne.**

**2. Ob der Behandlungsfehler grob war, kann dahinstehen, wenn die vom Patienten behaupteten dauerhaften Folgen des Behandlungsfehlers sich nicht als Primärschaden der Verzögerung der Krankenhauseinweisung um einen Tag darstellen, der in der Zunahme des Blutverlusts und in dem eingetretenen Kreislaufzusammenbruch liegt.**

##### **Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14.08.2013 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 11 O 223/12 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

##### **Gründe**

I.

Die am 6.10.1926 geborene Klägerin bat den Beklagten, einen niedergelassenen Internisten, Ende 08.2011 um einen Hausbesuch. Der Beklagte horchte die Klägerin ab und vermerkte unter dem Datum des 30.8.2011 in seinen Behandlungsunterlagen "seit 1 Woche Husten, heute: bronchitisches Atemgeräusch, H G, Inhalation". Am 2.9.2011 suchte der Beklagte die Klägerin gegen Mittag erneut in ihrer Wohnung auf. In den Behandlungsunterlagen heißt es "seit gestern Abend wässriger Durchfall, 1x schwarz - Lunge frei, RR 90/60, KH Einweisung abgelehnt, 3 l heute trinken, falls erneut schwarzer Durchfall 112 anrufen".

Am 3.9.2011 wurde die Klägerin in das M-hospital B eingeliefert. Die entnommene Blutprobe ergab für 14.13 Uhr einen Hämoglobinwert von 5,9 g/dl (Referenz: 12,3 bis 15,3 g/dl) und einen Kreatininwert von 1,31 mg/dl (Referenz: 0,50 bis 0,90 mg/dl). Die durchgeführte Notfall-Gastroskopie zeigte einen Ulcus im Corpus ventriculi im floriden Stadium mit spritzender Blutung, die endoskopisch gestillt werden konnte. Die Klägerin erhielt drei Erythrozytenkonzentrate. Am 6.9.2009 betrug der Hämoglobinwert 9,5 g/dl. Am 12.9.2011 ergab eine weitere Gastroskopie einen Ulcus im abheilenden Stadium. Am 13.9.2011 wurde die Klägerin entlassen. Der Entlassungsbericht des M-hospitals vom gleichen Tag beschreibt für den Zeitpunkt der Aufnahme eine Exsikkose und ein am ehesten prärenales Nierenversagen sowie für die Entlassung einen deutlich gebesserten und stabilen Allgemeinzustand.

Die Klägerin hat behauptet, der erste Hausbesuch, bei dem sie dem Beklagten starke Schmerzen in der Brust- und Magengegend und schwarz gefärbten Durchfall geschildert habe, habe erst am 31.8.2011 stattgefunden. Der Beklagte habe lediglich darauf hingewiesen, dass die Symptomatik auf einem Verzehr von Obst beruhe. Am 2.9.2011 habe sie dem Beklagten erklärt, dass der Durchfall immer noch schwarz gefärbt sei, sie sich körperlich unwohl fühle und äußerst geschwächt sei. Außer dem Rat, das von ihr eingenommene Kreislaufmittel in höherer Dosis zu verwenden, habe der Beklagte keine therapeutischen Empfehlungen ausgesprochen. Tatsächlich seien angesichts der Symptomatik eine Einweisung ins Krankenhaus oder zumindest diagnostische Untersuchungen erforderlich gewesen. Nach dem Hausbesuch des Beklagten hätten am 2.9.2011 die Schmerzen und der Durchfall zugenommen. Sie sei zu Boden gefallen und nach einigen Stunden durch einen Nachbarn aufgefunden worden. Nach der Entlassung aus dem M-hospital habe sie sich nur langsam erholt. Bis heute sei sie in ihrem alltäglichen Leben erheblich eingeschränkt. Angemessen sei ein Schmerzensgeld von mindestens 15.000 EUR.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Festsetzung der Höhe nach in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche aus der fehlerhaften Behandlung resultierenden weiteren materiellen Schäden für Vergangenheit und Zukunft sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen,

3. den Beklagten zu verurteilen, sie von den nach dem RVG nicht konsumierten außergerichtlichen Kosten bei ihren Prozessbevollmächtigten in Höhe von 1.258,42 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er ist dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten. Am 2.9.2011 habe die Klägerin die von ihm angeratene, ohnehin nicht zwingende Krankenhauseinweisung abgelehnt. Zu diesem Zeitpunkt habe die weitere Entwicklung abgewartet werden dürfen.

Das Landgericht hat die Klägerin und den Beklagten in Gegenwart des Sachverständigen Dr. K persönlich angehört und anschließend ein mündliches Gutachten des Facharztes für Allgemeinmedizin Dr. K eingeholt (Bl. 169 ff. d.A.).

Daraufhin hat es den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 2.000 EUR nebst Zinsen und zur Freistellung der Klägerin von außergerichtlichen Anwaltskosten von 261,21 EUR verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Für den 30./31.8.2011 sei ein Fehlverhalten des Beklagten nicht festzustellen. Die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass sie schon zu diesem Zeitpunkt von schwarzen Durchfällen berichtet habe. Bei dem Hausbesuch am 2.9.2011 habe der Beklagte dagegen dem fachärztlichen Standard nicht entsprochen. Bereits das - für diesen Tag unstrittige - einmalige Auftreten eines schwarzen Durchfalls sei ein gefährliches Warnzeichen, welches auf Blut im Darm hindeute. Der Beklagte habe es daher nicht bei den von ihm dargelegten Ratschlägen belassen dürfen, sondern hätte eindringlich auf eine Einweisung der Klägerin ins Krankenhaus hinwirken müssen. Grob sei der Fehler indessen nicht. Angemessen sei ein Schmerzensgeld von 2.000 EUR. Im Fall einer Krankenhauseinweisung am 2.9.2011 wären der Klägerin der Zusammenbruch in ihrer Wohnung, der Blutverlust, die damit verbundenen Ängste und die "Rettungsaktion" durch ihren Nachbarn erspart geblieben. Im Übrigen wären der weitere Verlauf und die weitere Behandlungsbedürftigkeit der Klägerin im Wesentlichen unverändert gewesen. Dies gelte für die Magenspiegelung, die medikamentöse Therapie und die Dauer des stationären Aufenthalts. Als einzigen mutmaßlichen Unterschied habe der Sachverständige einen geringeren Bedarf an Erythrozytenkonzentraten ausmachen können. Der Feststellungsantrag sei unbegründet. Es sei nicht ersichtlich, welche künftigen Schäden die Klägerin aufgrund der unterbliebenen Einweisung ins Krankenhaus am 2.9.2011 zu befürchten habe.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Bei einer Einweisung ins Krankenhaus am 2.9.2011 wäre der erhebliche Blutverlust mit der Folge des Nierenversagens deutlich geringer ausgefallen. Ein hoher Blutverlust könne zu negativen Langzeitfolgen, beispielsweise einer Schädigung von Organen wie Herz und Lunge, führen und wirke sich negativ auf den Heilungsverlauf und die Genesungszeit aus. Vorerkrankungen habe sie nicht gehabt. Infolge der Fehlbehandlung, insbesondere des hohen Blutverlusts, sei sie seit 09.2011 für die Hausarbeit, die körperliche Pflege und andere alltägliche Belange auf die Hilfe Dritter angewiesen. Sie sei in ihrer Beweglichkeit und Mobilität beeinträchtigt. Sie könne sich nicht mehr ohne Gehhilfen fortbewegen. Die Muskeln seien durch den hohen Blutverlust verhärtet, was sich bis heute nicht geändert habe. Zudem erschwere die Lunge seit dieser Zeit das Atmen. Die vielen Hilfeleistungen gingen für sie mit Kosten einher. Außerdem müsse sie Zuzahlungen für Medikamente und Therapien leisten. Der Sachverständige und das Landgericht hätten sich nicht mit den möglichen Langzeitfolgen des hohen Blutverlusts auseinandergesetzt und die erforderliche körperliche Untersuchung nicht vorgenommen oder veranlasst.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat ein allgemeinmedizinisch-internistisches Gutachten von Prof. Dr. B2 eingeholt (Bl. 375 ff. d.A.) und den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2015 angehört (Bl. 430 ff. d.A.).

II.  
Die Berufung ist unbegründet.

Ein höheres als das vom Landgericht zuerkannte Schmerzensgeld von 2.000 EUR kann die Klägerin gemäß §§ 280 Abs. 1, 283 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB vom Beklagten nicht verlangen. Der dem Beklagten anzulastende Behandlungsfehler hat die von der Klägerin behaupteten dauerhaften gesundheitlichen Folgen nicht verursacht. Die unmittelbar nach dem 2.9.2011 eingetretenen Beeinträchtigungen sind durch den Betrag von 2.000 EUR angemessen ausgeglichen. Der Feststellungsantrag ist nicht begründet.

1. Nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts, gegen die sich der Beklagte im Berufungsverfahren nicht wendet, fällt diesem ein (einfacher) Behandlungsfehler zur Last, weil er am 2.9.2011 bei bestehendem Verdacht auf eine gastrointestinale Blutung nicht mit hinreichender Dringlichkeit auf die gebotene Krankenhauseinweisung hingewirkt hat. Lehnte die Klägerin, wie vom Beklagten dokumentiert, den Ratschlag ab, sich in ein Krankenhaus zu begeben, hätte der Beklagte klar und unmissverständlich

auf die drohenden Folgen hinweisen müssen, etwa indem er der Klägerin erklärte, dass sie ohne stationäre Behandlung und Überwachung verbluten und sterben könne. Ein derart deutlicher Hinweis ergibt sich weder aus seiner Dokumentation, noch aus seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht noch aus seinem sonstigen Vorbringen im vorliegenden Rechtsstreit.

Ob der Behandlungsfehler sogar grob war, was der Beurteilung von Prof. Dr. B2 in seinem schriftlichen Gutachten entspricht, kann dahinstehen. Die von der Klägerin behaupteten dauerhaften Folgen des Behandlungsfehlers, die im Berufungsverfahren im Streit sind, stellen sich nicht als Primärschaden der Verzögerung der Krankenhauseinweisung um einen Tag dar, welcher in der Zunahme des Blutverlusts und in dem eingetretenen Kreislaufzusammenbruch liegt, sondern als Sekundärschaden, der auch nicht typisch ist. Eine aus einem groben Behandlungsfehler folgende Beweislastumkehr würde sich daher nicht auf die von der Klägerin behaupteten dauerhaften Folgen erstrecken. Vielmehr gilt insoweit das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO, das heißt die Klägerin muss beweisen, dass die behaupteten dauerhaften Folgen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf der Verzögerung der Krankenhauseinweisung um einen Tag, dem (vermehrten) Blutverlust oder dem Kreislaufzusammenbruch beruhen.

Ob die am 2.9.2011 bei dem Hausbesuch durchgeführte klinische Untersuchung unzureichend war und ob der Beklagte entsprechend den Ausführungen von Prof. Dr. B2 noch eine rektale Untersuchung, eine Betrachtung der Innenseite der Augenlider und - über die Blutdruckbestimmung hinaus - eine Messung des Pulses hätte vornehmen müssen, kann gleichfalls offenbleiben. Die Untersuchungen hätten nur den Verdacht einer gastrointestinalen Blutung weiter erhärten und somit Anlass zu einer stationären Behandlung und Überwachung geben können, zu der der Beklagte aber nach seiner Dokumentation, deren Inhalt die Klägerin nicht zu widerlegen vermag, ohnehin geraten hat.

Für den 30. bzw. 31.8.2011 ist ein Behandlungsfehler des Beklagten nicht feststellbar. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Klägerin ihren in den Stellungnahmen zum Gutachten von Prof. Dr. B2 wieder aufgegriffenen Vortrag, sie habe bereits beim ersten Hausbesuch des Beklagten von schwarzen Durchfällen berichtet, nicht beweisen kann. Allein bei dieser Sachlage käme indessen für den 30. bzw. 31.8.2011 ein Behandlungsfehler in Betracht. Der für einen Behandlungsfehler beweispflichtigen Klägerin stehen keine Beweismittel für ihren Vortrag, der in Widerspruch zur Dokumentation des Beklagten steht, zur Verfügung.

2. Es lässt sich nicht feststellen, dass die von der Klägerin behaupteten dauerhaften Folgen, das heißt eine Beeinträchtigung des Herzens, der Lunge, der Muskulatur und der Mobilität oder eine anhaltende allgemeine Schwäche und Hilfsbedürftigkeit, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf der Verzögerung der Krankenhauseinweisung um einen Tag, dem (vermehrten) Blutverlust oder dem Kreislaufzusammenbruch beruhen. Vielmehr ist ein Kausalzusammenhang nach der zusammenfassenden Beurteilung des Sachverständigen Prof. Dr. B2 auszuschließen, weil das schädigende Ereignis nicht geeignet war, entsprechende Beeinträchtigungen und Beschwerden hervorzurufen.

Im Einzelnen hat Prof. Dr. B2 ausgeführt, dass ein starker Blutverlust, was das Herz angehe, zwar einen Angina pectoris-Anfall oder sogar einen Herzinfarkt auslösen könne. Dies sei im Fall der Klägerin jedoch nicht geschehen. Eine länger anhaltende allgemeine Herzschwäche, die hinsichtlich der Klägerin im Jahr 2012 ohnehin echokardiografisch ausgeschlossen worden sei (vgl. den Bericht von Dr. L vom 23.4.2012, Bl. 322 d.A.), sei durch einen starken Blutverlust ebenso wenig zu erklären, wie die geringgradigen Herzklappenfehler, die bei der Klägerin diagnostiziert worden seien. Die bei der Klägerin bestehende COPD (Chronisch obstruktive Lungenerkrankung) sei eine chronische Erkrankung, die über einen Zeitraum von 20 bis 30 Jahren entstehe und nichts mit einem starken Blutverlust zu tun habe. Die durch einen starken Blutverlust bedingte Luftnot werde allerdings bei einem Patienten, dessen Lunge vorgeschädigt sei, verstärkt. Diese vorübergehende Erscheinung sei nicht mehr festzustellen, sobald sich die Blutwerte wieder erholt hätten, was hier nach wenigen Tagen der Fall gewesen sei. Eine bleibende Muskelschwäche resultiere nie aus einem Blutverlust. Der Blutverlust und der hierdurch bedingte Eisenverlust führten zu einer allgemeinen Schwäche und zu Müdigkeit, die anhielten, bis der abgesunkene Eisenwert sich wieder erholt habe. Dabei gehe es höchstens um einige Wochen. Bei der Klägerin, die primär gute Eisenwerte gehabt habe, sei eher von einer raschen Konsolidierung auszugehen. Das im Fall der Klägerin diskutierte prärenale Nierenversagen beruhe darauf, dass die Nieren aus außerhalb der Nieren liegenden Gründen, etwa einer Störung des Kreislaufes, schlecht durchblutet würden. Daraus folge, dass es mit der Wiederherstellung der Kreislauffunktionen wieder verschwinde.

Gegenüber dieser überzeugenden Beurteilung hat die Klägerin keine Einwendungen erhoben. Es ist nachvollziehbar und entspricht der Erfahrung des Senats aus anderen Verfahren, dass die Folgen eines starken Blutverlusts grundsätzlich vorübergehender Natur sind. Die rasche Erholung des Eisenwerts wird im Streitfall zudem durch den am 6.9.2011 bestimmten Hämoglobinwert von 9,5 g/dl belegt.

3. Die unmittelbar nach dem 2.9.2011 eingetretenen, durch die verzögerte Krankenhauseinweisung bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen sind durch den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 2.000 EUR angemessen ausgeglichen.

Die gilt für den weiteren Blutverlust vom 2.9.2011 an, den Zusammenbruch der Klägerin in ihrer Wohnung, die damit verbundenen Ängste und die "Rettungsaktion" durch ihren Nachbarn sowie eine gewisse Verlängerung der allgemeinen Schwäche und der Müdigkeit, die vorübergehend mit dem Blutverlust verbunden war. Dass bereits die unmittelbaren Folgen des Behandlungsfehlers ein höheres Schmerzensgeld rechtfertigen, wird von der Klägerin im Berufungsverfahren auch nicht geltend gemacht.

4. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Nach den Ausführungen unter II 2 hat der dem Beklagte anzulastende Behandlungsfehler keine andauernde gesundheitliche Beeinträchtigung verursacht, die materielle Schäden wie Kosten für Hilfeleistungen oder Zuzahlungen für Medikamente verursacht hat oder künftig verursachen wird. Ein auf der vorübergehenden gesundheitlichen Schädigung von einigen Tagen oder Wochen beruhender materieller Schaden ist weder dargetan noch erkennbar. Ein nicht vorhersehbarer immaterieller Zukunftsschaden ist nach den Darlegungen von Prof. Dr. B2 ausgeschlossen.

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

Berufungsstreitwert: 28.951,20 EUR

**68. OLG Hamm, Urteil vom 18.02.2015 – I-3 U 166/13, 3 U 166/13 – \* Verzögert ein grober Befunderhebungsfehler die Behandlung eines Synovialsarkoms im Unterschenkel einer Patientin, kann eine nach der Behandlung zurückbleibende dauerhafte Fuß- und Großzehenheberschwäche dem Behandlungsfehler zuzurechnen sein (Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern in Bezug auf einen Sekundärschaden, der eine typische Folge des Primärschadens ist).**

#### Leitsatz

**Verzögert ein grober Befunderhebungsfehler die Behandlung eines Synovialsarkoms im Unterschenkel einer Patientin, kann eine nach der Behandlung zurückbleibende dauerhafte Fuß- und Großzehenheberschwäche dem Behandlungsfehler zuzurechnen sein (Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern in Bezug auf einen Sekundärschaden, der eine typische Folge des Primärschadens ist).**

#### Orientierungssatz

**1. Verzögert ein grober Befunderhebungsfehler die Behandlung eines Synovialsarkoms im Unterschenkel einer Patientin mit der Folge einer nach der Behandlung zurückbleibenden dauerhaften Fuß- und Großzehenheberschwäche, ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 15.000,00 EUR angemessen, aber auch ausreichend.**

**2. Bei der Bemessung ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Patientin auf Dauer mit den durch die Fuß- und Großzehenheberschwäche bedingten Einschränkungen ihrer Beweglichkeit leben müssen. Diese betreffen nicht nur ihre beabsichtigte berufliche Tätigkeit als Tierärztin, sondern auch und gerade den privaten Bereich. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der fehlerhaften Behandlung erst 23 Jahre alt war und dementsprechend den Großteil ihres Lebens mit den durch die fehlerhafte Behandlung verursachten Beeinträchtigungen zu Recht kommen müssen. Zudem stellen Störungen des Bewegungsablaufes, wie sie mit einer Fuß- und Großzehenheberschwäche verbunden sind, und die sich hieraus ergebenden Beeinträchtigungen der Gesamterscheinung für einen jungen Menschen im Alter der Klägerin erfahrungsgemäß eher eine deutliche Belastung dar als für einen Menschen im bereits fortgeschrittenen Alter.**

**3. Andererseits sind die durch die Fuß- und Großzehenheberschwäche bedingten Beeinträchtigungen nicht so erheblich ausgeprägt, dass die Patientin auf die Benutzung einer Orthese angewiesen wäre, weil der Fuß bereits durch das Tragen eines Schuhs ausreichend stabilisiert wird. Auch kann die Patientin inzwischen wieder einen normalen Pkw fahren und ist insoweit nicht mehr auf einen Umbau angewiesen.**

**weitere Fundstellen**

#### Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 02.10.2013 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 15.000,- EUR Schmerzensgeld nebst außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.060,89 EUR, jeweils nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.03.2012, zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche (weitere) materiellen sowie weitergehende (nicht vorhersehbare) immateriellen Schäden aus der Behandlung durch den Beklagten in der Zeit vom 04.06.2009 bis zum 19.11.2010 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten erster Instanz trägt die Klägerin zu 2/7 und der Beklagte zu 5/7.  
 Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.  
 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.  
 Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

I.

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gem. §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat auch in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht aufgrund der fehlerhaften ärztlichen Behandlung durch den Beklagten im Zeitraum vom 4.6.2009 bis zum 19.11.2010 ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld gem. §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB in Höhe von 15.000,00 EUR zu.

1. Das Landgericht hat bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auf 4.000,00 EUR lediglich das Fortbestehen der Schmerzen als Folge der verzögerten Behandlung für einen Zeitraum von 9 Monaten sowie die potentiell verschlechterte Heilungschance i.S. eines tumorfreien Überlebens und die damit verbundene psychische Belastung berücksichtigt. Hingegen sind nach Auffassung des Landgerichts die bei den nachfolgenden Behandlungsmaßnahmen im Universitätsklinikum N1 am 23.3.2011 und im Universitätsklinikum F am 25.5.2011 aufgetretenen Komplikationen und die aus diesen resultierende Fuß- und Großzehenheberschwäche mit den dadurch verursachten Folgebbeeinträchtigungen nicht bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen, da diese nicht kausal auf den Behandlungsfehler zurückzuführen seien. Insoweit geht das Landgericht davon aus, dass der Behandlungsverlauf mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit mit den gleichen Beeinträchtigungen verlaufen wäre, wenn der Beklagte bereits am 30.3.2010 eine kernspintomografische Untersuchung veranlasst hätte und der Tumor dementsprechend früher diagnostiziert und behandelt worden wäre.

2. Aufgrund der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme ist jedoch zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass die aufgetretenen Komplikationen und insbesondere die Fuß- und Großzehenheberschwäche kausal auf die vom Beklagten zu vertretende zeitliche Verzögerung der Behandlung des Synovialsarkoms am rechten Unterschenkel zurückzuführen sind. Zwar kann die Klägerin eine solche Ursächlichkeit nicht mit der notwendigen Gewissheit (§ 286 BGB) beweisen. Jedoch greift zu ihren Gunsten eine Beweislastumkehr nach den Grundsätzen über den groben Behandlungsfehler.

a) Nach den Feststellungen des Landgerichts stellt es einen groben Behandlungsfehler dar, dass der Beklagte nicht spätestens am 30.3.2010 eine weitere diagnostische Abklärung der Beschwerden der Klägerin durch bildgebende Verfahren veranlasst hat. Der Sachverständige Prof. Dr. N, der dem Senat aus zahlreichen Verfahren als besonders sachkundig bekannt ist, hat auf Nachfrage im Senatstermin klargestellt, ohne dass es hierauf im Ergebnis ankäme, dass bereits das Unterlassen als solches aus medizinischer Sicht nicht mehr verständlich war und einen Verstoß gegen fundamentale ärztliche Regeln darstellt hat. Zugleich begründet die Unterlassung der weiteren Befunderhebung aber auch einen sog. fiktiven groben Behandlungsfehler: Wie der Sachverständige im Senatstermin noch einmal bestätigt hat und wovon auch das Landgericht ausgegangen ist, hätte eine bereits im 03. oder 04. 2010 durchgeführte Bildgebung mit 100% Sicherheit einen reaktionspflichtigen Befund ergeben. Auf diesen nicht mit weiteren Behandlungsmaßnahmen zur Abklärung der Malignität zu reagieren, wäre gleichfalls, wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat und der Sachverständige im Senatstermin noch einmal bekräftigt hat, aus medizinischer Sicht unverständlich und als grober Behandlungsfehler zu bewerten.

b) Wie der Senat bereits in seinem Hinweis vom 20.10.2014 ausgeführt hat, erstreckt sich die hieraus folgende Umkehr der Beweislast auch auf die infolge der Operationen zur Behandlung und Entfernung des Tumors aufgetretenen Komplikationen, insbesondere die Fuß- und Großzehenheberschwäche.

aa) Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Beweislastumkehr für den Kausalitätsbeweis bei groben Behandlungsfehlern finden allerdings grundsätzlich nur Anwendung, soweit durch den Fehler des Arztes unmittelbar verursachte haftungsbegründende Gesundheitsverletzungen (Primärschäden) in Frage stehen. Für den Kausalitätsnachweis für Folgeschäden (Sekundärschäden), die erst durch die infolge des Behandlungsfehlers eingetretene Gesundheitsverletzung entstanden sein sollen, gelten sie nur dann, wenn der Sekundärschaden eine typische Folge des Primärschadens ist. Für die Haftung für Schäden, die durch eine (einfach oder grob fehlerhaft) unterlassene oder verzögerte Befunderhebung entstanden sein könnten, gilt nichts anderes (BGH, VersR 2013, 1174, zitiert nach juris Rn. 12; NJW 2014, 668, zitiert nach juris Rn. 32). Die haftungsbegründende Kausalität betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutsverletzung, also für den so genannten Primärschaden des Patienten im Sinne einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit. Dagegen betrifft die haftungsausfüllende Kausalität den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Rechtsgutsverletzung und weiteren Gesundheitsschäden (BGH, VersR 2013, 1174, zitiert nach juris Rn. 15 m.w.N.).

Im Falle einer verzögerten Befunderhebung ist Rechtsgutsverletzung (Primärschaden), auf die sich die haftungsbegründende Kausalität ausrichtet, nicht die nicht rechtzeitige Erkennung einer bereits vorhan-

denen behandlungsbedürftigen Gesundheitsbeeinträchtigung, hier des Synovialsarkoms. Die geltend gemachte Körperverletzung (Primärschaden) ist vielmehr in der durch den Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung zu sehen (BGH, VersR 2013, 1174, zitiert nach juris Rn. 16 m.w.N.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Primärschaden die gesundheitliche Befindlichkeit der Klägerin ist, die dadurch entstanden ist, dass Ende 03.2010 die notwendige weitergehende bildgebende Diagnostik und - in der Folge dieses Umstandes - weitere Untersuchungen und die Behandlung des dann später im 01.2011 entdeckten Synovialsarkoms unterblieben ist. Zu dieser gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung gehört nach Auffassung des Senats auch ein hierdurch, insbesondere infolge des weiteren Tumorwachstums, erhöhtes Risiko der Klägerin, dass es bei der zeitlich verzögerten Entfernung des Sarkoms zu Komplikationen und insbesondere zu einer Schädigung der Leitungsbahnen kommt.

bb) Aufgrund der ergänzenden Befragung des Sachverständigen Prof. Dr. N im Senatstermin am 18.2.2015 steht weiter zur Überzeugung des Senats fest, dass die als grober Behandlungsfehler zu bewertende unterlassene Befunderhebung generell geeignet war, diese gesundheitliche Befindlichkeit der Klägerin in ihrer konkreten Ausprägung hervorzurufen. Hingegen hat der Beklagte nicht beweisen können, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem ihm vorzuwerfenden Behandlungsfehler und dem Primärschaden gänzlich unwahrscheinlich ist.

(1) Für die Begründung einer Haftung aus grobem Behandlungsfehler reicht es grundsätzlich aus, dass der grobe Verstoß generell geeignet ist, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen, wobei eine Mitursächlichkeit genügt. Nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden hingegen nicht (Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., G 214 m.w.N.). Es ist dann Sache der Behandlungsseite zu beweisen, dass es an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt des Primärschadens fehlt, wofür genügt, dass der Kausalzusammenhang "äußerst", "gänzlich" bzw. "völlig" unwahrscheinlich ist (Martis/Winkhart, a.a.O., Rn. G 255 m.w.N.). Nicht ausreichend dafür ist, dass ein Kausalzusammenhang aus wissenschaftlicher Sicht "eher unwahrscheinlich" ist (Senat, VersR 1999, 488). Dabei kommt es nicht entscheidend auf Statistiken, sondern auf die Chancen des Verlaufs beim jeweiligen Patienten an (Senat, Urt. v. 24.2.1999 - 3 U 73/98, zitiert nach juris Rn. 25; VersR 2004, 1321, zitiert nach juris Rn. 31).

(2) Der Sachverständige Prof. Dr. N hat hierzu im Senatstermin erläutert, dass das Unterbleiben einer weiterführenden Befunderhebung am 30.3.2010, die damit verbundene Verzögerung der Behandlung um rund 8 bis 9 Monate und das Wachstum des Tumors in diesem Zeitraum grundsätzlich geeignet waren, die Ausgangssituation der Klägerin für eine erfolgreiche und komplikationsfreie Behandlung des Sarkoms zu verschlechtern. Der Sachverständige hat zur Begründung darauf verwiesen, dass die Behandlung eines Tumors, der sich - wie hier - in der Nähe von Leitungsbahnen befindet, umso problematischer wird, je größer der Tumor ist. Dies hat seine Ursache in der Notwendigkeit, den Tumor mit einem hinreichend großen Sicherheitsrand zu reseziieren. Je geringer infolge des Größenwachstums des Tumors der Abstand zur Leitungsbahn, insbesondere dem Nerv ist, um so schwieriger wird es, eine Resektion noch mit einem ausreichenden Sicherheitsrand durchzuführen, ohne zugleich den Nerv zu schädigen.

Im Fall der Klägerin ist dementsprechend seitens des Universitätsklinikums wegen der engen Lagebeziehung zu Gefäßen und Nerven eine onkologiegerechte Resektion unter maximalem Funktionserhalt am 17.5.2011 primär als nicht möglich bewertet worden und daher zunächst die Indikation für eine Behandlung des Tumors durch eine isolierte Extremitätenperfusion gestellt worden. Erst im Anschluss daran, nachdem sich im MRT vom 7.7.2011 eine klare Regression des Tumors gezeigt hatte, erfolgte die Resektion des Tumorrests. In diesem Zusammenhang hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass bei einer Behandlung des Tumors zu einem früheren Zeitpunkt nicht nur möglicherweise ein größerer Resektionsrand möglich gewesen wäre, sondern auch darauf, dass im Falle eines kleineren Tumors auch die Perfusionsbehandlung möglicherweise weniger aggressiv hätte ausfallen können.

Vor diesem Hintergrund ist der Sachverständige zu der Einschätzung gelangt, dass durchaus eine noch praktisch relevante Wahrscheinlichkeit bestanden habe, dass sich im Falle einer um 8 bis 9 Monate früheren Behandlung ein für die Klägerin günstigerer Verlauf ergeben hätte, insbesondere auch, was die Entwicklung der Fuß- und Großzehenheberschwäche angeht. Dies bedeutet umgekehrt, dass ein Kausalzusammenhang zwischen den eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der zeitlichen Verzögerung nicht gänzlich unwahrscheinlich ist.

Hiermit setzt sich der Sachverständige nicht in Widerspruch zu seiner vor dem Landgericht abgegebenen Bewertung, die Behandlung wäre mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit genauso verlaufen. Hieran hat der Sachverständige auch im Senatstermin festgehalten. Allein aus dieser Bewertung kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass ein für die Klägerin günstigerer Verlauf völlig unwahrscheinlich ist. Der Sachverständige hat insoweit darauf verwiesen, dass es im vorliegenden Fall eine Fülle von unbekannten Faktoren gebe. Er hat klargestellt, dass das von ihm im Kammertermin mit ca. 1 mm bezifferte Größenwachstum des Tumors im Zeitraum 03.2010 bis 01.2011 lediglich eine grobe Schätzung darstelle, da es Studien zum Größenwachstum eines derartigen Tumors nicht gibt. Weiter hat er darauf verwiesen,

dass eine Größenzunahme auch unregelmäßig verlaufen könne, also nicht notwendig linear. Weiterhin ist auch eine Aussage zur Wuchsrichtung des Tumors nicht möglich.

Der Senat hat schließlich auch keine Zweifel, dass der Sachverständige Prof. Dr. N als Facharzt für Orthopädie und Chirurgie über eine ausreichende Sachkunde zur Beurteilung dieser Fragen verfügt. Prof. Dr. N hat insoweit im Senatstermin auf Nachfrage ausdrücklich klargestellt, dass die Behandlung eines Tumors im Bereich der Bewegungsorgane und die Beurteilung der hier fraglichen Zusammenhänge primär in das Fachgebiet des orthopädischen Chirurgen fallen.

3. Ist mithin von einer Mitursächlichkeit der dem Beklagten anzulastenden Verzögerung der Behandlung des Tumors für den weiteren komplikationsbehafteten Verlauf, namentlich die Entstehung der Fuß- und Großzehenheberschwäche, auszugehen, erweist sich das vom Landgericht zugesprochene Schmerzensgeld von lediglich 4.000,00 EUR als zu niedrig. Der Senat erachtet vielmehr ein Schmerzensgeld in Höhe von 15.000,00 EUR für angemessen, aber auch ausreichend, um der Klägerin Ausgleich und Genugtuung für die erlittenen Beeinträchtigungen zu verschaffen.

Neben den bereits vom Landgericht angeführten Gesichtspunkten berücksichtigt der Senat bei der Bemessung insbesondere, dass die Klägerin auf Dauer mit den durch die Fuß- und Großzehenheberschwäche bedingten Einschränkungen ihrer Beweglichkeit leben müssen. Diese betreffen nicht nur ihre beabsichtigte berufliche Tätigkeit als Tierärztin, sondern auch und gerade den privaten Bereich, wie die Klägerin im Senatstermin anschaulich geschildert hat. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der fehlerhaften Behandlung erst 23 Jahre alt war und dementsprechend den Großteil ihres Lebens mit den durch die fehlerhafte Behandlung verursachten Beeinträchtigungen wird zu Recht kommen müssen. Zudem stellen Störungen des Bewegungsablaufes, wie sie mit einer Fuß- und Großzehenheberschwäche verbunden sind, und die sich hieraus ergebenden Beeinträchtigungen der Gesamterscheinung für einen jungen Menschen im Alter der Klägerin erfahrungsgemäß eher eine deutliche Belastung dar als für einen Menschen im bereits fortgeschrittenen Alter.

Andererseits sind die durch die Fuß- und Großzehenheberschwäche bedingten Beeinträchtigungen nicht so erheblich ausgeprägt, dass die Klägerin auf die Benutzung einer Orthese angewiesen wäre. Wie sie im Senatstermin berichtet hat, wird der Fuß bereits durch das Tragen eines Schuhs ausreichend stabilisiert. Auch kann die Klägerin inzwischen wieder einen normalen PKW fahren und ist insoweit nicht mehr auf einen Umbau angewiesen.

Nicht gänzlich außer Acht gelassen werden kann bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auch der Umstand, dass die Klägerin, nachdem das Synovialkarzinom diagnostiziert worden war, zunächst damit rechnen musste, dass als ultima ratio auch eine Amputation des Unterschenkels notwendig werden könnte. Letzteres ergibt sich aus den zur Gerichtsakte gereichten Arztbriefen des Universitätsklinikums N1 vom 10.5. und 20.5.2011. Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass die hieraus resultierenden Befürchtungen der Klägerin sich bereits mit der Vorstellung im Bergmannsheil am 10.5.2011 und im Universitätsklinikum F am 17.5.2011 deutlich relativiert haben dürften, wo übereinstimmend im Gegensatz zum Universitätsklinikum N1 eine andere Vorgehensweise, nämlich eine Extremitätenperfusion mit anschließender gefäß- und nerverhaltender Resektion für möglich erachtet wurde.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 ZPO).

**69. OLG Köln, Urteil vom 11.02.2015 – 5 U 181/12 – \* Ein sich nicht als grober ärztlicher Fehler darstellender Befunderhebungsfehler wegen einer unterlassenen Ganzbeinröntgenaufnahme vor einer knorpelchirurgischen Maßnahme begründet keine Haftung des Arztes, wenn der Patient nicht beweisen kann, dass im Falle einer Ganzbeinaufnahme eine Achsfehlstellung diagnostiziert worden wäre, die eine Korrekturosteotomie nach sich gezogen hätte und dadurch ein positiver Heilungsverlauf in der Weise herbeigeführt worden wäre, dass die nachfolgenden Operationen mit mehrfachem Einsatz von Kniegelenksprothesen nicht erforderlich geworden wären.**

#### **Orientierungssatz**

**1. Ein sich nicht als grober ärztlicher Fehler darstellender Befunderhebungsfehler wegen einer unterlassenen Ganzbeinröntgenaufnahme vor einer knorpelchirurgischen Maßnahme begründet keine Haftung des Arztes, wenn der Patient nicht beweisen kann, dass im Falle einer Ganzbeinaufnahme eine Achsfehlstellung diagnostiziert worden wäre, die eine Korrekturosteotomie nach sich gezogen hätte und dadurch ein positiver Heilungsverlauf in der Weise herbeigeführt worden wäre, dass die nachfolgenden Operationen mit mehrfachem Einsatz von Kniegelenksprothesen nicht erforderlich geworden wären.**

**2. Dass ein Arzt, der eine Röntgenaufnahme mit dem Ergebnis einer ersichtlich unauffälligen Stellung der Kniegelenksachse gefertigt hatte, zur absolut sicheren Abklärung einer Achsfehlstellung als mögliche Ursache eines Knorpeldefekts keine Ganzbeinaufnahme hat fertigen lassen, ist vor dem Hintergrund, dass das Unterlassen solcher Aufnahmen in einer Vielzahl von Fällen in der Praxis ohne negative Folgen bleibt, nicht unverständlich und stellt auch keinen Fehler dar, der einem Arzt "schlechterdings nicht unterlaufen darf".**

#### Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Bonn vom 26.11.2012 - 9 O 277/10 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Gründe

I.

Die am 03.10.1964 geborene Klägerin begab sich im 07.2002 wegen Schmerzen im rechten Knie in die Behandlung des als niedergelassener Orthopäde tätigen Beklagten zu 1). Am 06.09.2002 erfolgte in der Praxis des Beklagten zu 1) eine Arthroskopie des rechten Kniegelenkes. Der intraoperative Befund ergab eine Innenmeniskusdegeneration und eine Knorpelschädigung auf der inneren Seite des Kniegelenks. Der Innenmeniskus wurde reseziert und eine Knorpelglättung durchgeführt. Aufgrund fortbestehender Beschwerden führte der Beklagte zu 1) am 10.01.2003 eine erneute Arthroskopie durch. Die Knorpelschäden zeigten intraoperativ eine erhebliche Verschlimmerung im Vergleich zum Vorbefund. Es waren nunmehr aufgeworfene Knorpelfragmente erkennbar, die reseziert wurden. Histologisch zeigte sich eine schwergradige degenerative Meniskopathie. Nach wenigen Wochen erfolgte wegen anhaltender Beschwerden eine dritte arthroskopische Behandlung, bei der Karbonstifte implantiert wurden. Auch nach dieser Operation klagte die Klägerin weiter über Schmerzen im rechten Knie. Ein am 06.05.2003 durchgeführtes MRT des rechten Knies ergab ausgeprägte Knorpelschäden am medialen Femurcondylus. Zudem litt die Klägerin unter den Auswirkungen einer schnappenden Hüfte, die zu einer ambulanten Operation in der Praxis des Beklagten zu 1) am 30.05.2003 führte.

Im 09.2003 stellte sich die Klägerin wegen anhaltender Beschwerden an der Innenseite des rechten Kniegelenks in dem durch die Beklagte zu 2) betriebenen St. K Krankenhaus vor. Am 10.10.2003 erfolgte eine Arthroskopie des rechten Kniegelenks, bei der nekrotisches Knorpelgewebe beseitigt, Karbonstifte entfernt und Knorpelknochen transplantiert wurden. Da sich die Schmerzen nach anfänglicher Besserung rasch wieder einstellten, erfolgte nach erfolgloser Schmerztherapie am 29.04.2004 die Implantation einer zementierten unicondylären Schlittenprothese in dem ebenfalls von der Beklagten zu 2) betriebenen St. F Krankenhaus. Auch nach dieser Operation hielten die Schmerzen an. Am 04.07.2005 erfolgte ein Wechsel der Schlittenprothese zu einer bikondylären Oberflächenprothese. Es schloss sich eine ambulante Reha in C an. Die Beschwerdesymptomatik besserte sich in der Folgezeit nicht.

Am 22.03.2006 erfolgte eine Revision des rechten Kniegelenks mit Femurkomponentenwechsel im St. G Krankenhaus in L. Im Jahr 2007 fand eine weitere Revisionsoperation statt, bei der eine knorpelhaltige Geschwulst unklarer Genese im vorderen Teil des Knies entfernt wurde. Im 07.2012 wurde bei anhaltender Beschwerdesymptomatik schließlich eine achsgeführte Prothese eingesetzt.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld wegen mehrfacher fehlerhafter ärztlicher Behandlung zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 30.000,00 EUR nebst 8 % Zinsen seit dem 09.12.2009;
2. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie weitere 1.690,00 EUR nebst 8 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr sämtliche materiellen und sämtlich weitere zukünftige immaterielle Schäden, die ihr aus der dortigen fehlerhaften Behandlung entstanden sind, derzeit entstehen und in Zukunft entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Beklagten haben beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 463 ff d.A.) Bezug genommen.

Nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. L2 vom 05.06.2012 (Bl. 333 ff. d.A.) und Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 29.10.2012 (Bl. 440 ff. d.A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es

ausgeführt, ein schadensursächlicher Behandlungsfehler der Beklagten könne nicht festgestellt werden. Eine Beweislastumkehr komme selbst bei unterstelltem Befunderhebungsfehler durch Unterlassen einer Ganzbeinröntgenaufnahme zur Abklärung einer möglichen Achsfehlstellung nicht in Betracht. Es sei nicht überwiegend wahrscheinlich, dass eine Ganzbeinaufnahme eine korrekturbedürftige Achsfehlstellung gezeigt hätte. Der Befunderhebungsfehler sei auch nicht als grober Behandlungsfehler anzusehen. Vor dem Hintergrund, dass eine Achsfehlstellung nicht festgestellt worden sei, begründe auch das Unterbleiben einer Umstellungsosteotomie keine Haftung. Sämtliche arthroskopischen Eingriffe, die der Beklagte zu 1) durchgeführt habe, seien medizinisch indiziert gewesen. Auch das Einsetzen von Carbonstiften sei nach dem im Zeitpunkt der Behandlung geltenden medizinischen Standard eine vertretbare Therapie gewesen. Der im Hause der Beklagten zu 2) erfolgte Einsatz einer Schlittenprothese sei nicht behandlungsfehlerhaft erfolgt. Der Sitz der Prothese habe im Toleranzbereich gelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Zu Unrecht habe das Landgericht eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Schadenskausalität zu Gunsten der Klägerin verneint. Soweit das Landgericht angenommen habe, dass eine Ganzbeinröntgenaufnahme eine korrekturbedürftige Achsfehlstellung nicht gezeigt hätte, sei ein solcher Schluss auf Grundlage des erstinstanzlich eingeholten Gutachtens von Prof. Dr. L2 nicht zulässig. Der Sachverständige habe seine Annahme, es sei nicht überwiegend wahrscheinlich, dass eine Ganzbeinröntgenaufnahme eine Achsfehlstellung ergeben hätte, nicht nachvollziehbar begründet. Der Befunderhebungsfehler stelle überdies - wie auch der für die Gutachterkommission tätig gewesene Sachverständige Prof. Dr. Q ausgeführt habe - einen groben Behandlungsfehler dar. Ohne Abklärung einer möglichen Achsfehlstellung habe die geeignete Therapie nicht bestimmt werden können. Wäre eine Achsfehlstellung diagnostiziert worden, wäre eine Korrekturosteotomie Therapie der Wahl gewesen. Folge der nicht durchgeführten Korrekturosteotomie sei, dass sie bereits jetzt eine achsgeführte Prothese tragen müsse und im Fall, dass diese ausgedient habe, weitere Therapiemöglichkeiten nicht zur Verfügung stünden. Die durch den Beklagten zu 1) erfolgten arthroskopischen Eingriffe, jedenfalls diejenigen von 01. und 02. 2003, seien medizinisch nicht indiziert gewesen. Der Einsatz von Karbonstiften sei nach heutigem medizinischem Standard nicht mehr haltbar. Aber auch im Jahr 2003 hätten bereits erhebliche Zweifel an dem Nutzen dieser Therapie bestanden. Das Landgericht habe sich insoweit auch nicht mit den Einwänden des Privatgutachters Prof. Dr. S vom 20.08.2012 auseinandergesetzt. Soweit das Landgericht einen groben Behandlungsfehler der Beklagten zu 2) bei Einsatz der Schlittenprothese verneint habe, rügt die Klägerin mangelnde Sachaufklärung durch das Gericht. Der Einbau der Prothese habe nicht im Toleranzbereich gelegen. Der Sachverständige habe das Ergebnis seiner Messungen nicht dargelegt.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld wegen mehrfacher fehlerhafter ärztlicher Behandlung zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 30.000,00 EUR nebst 8 % Zinsen seit dem 09.12.2009;
2. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie weitere 1.690,00 EUR nebst 8 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihr sämtliche materiellen und sämtlich weitere zukünftige immaterielle Schäden, die ihr aus der dortigen fehlerhaften Behandlung entstanden sind, derzeit entstehen und in Zukunft entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte zu 1) ist der Ansicht, das gesamte Berufungsvorbringen sei durch eine unzutreffende Interpretation der Einlassungen des Sachverständigen und durch eine Verkennung der Beweislastverteilung in Arzthaftungsprozessen gekennzeichnet. Er rügt das Berufungsvorbringen als nicht schlüssig, da noch nicht einmal die Klägerin selbst behauptete, dass eine korrekturbedürftige Achsfehlstellung vorgelegen habe. Davon abgesehen sei ihm aber auch kein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen, da klinisch keine Hinweise auf eine Achsfehlstellung vorgelegen hätten. Im Übrigen hätte eine Fehlstellung nicht zwingend zu einer Korrekturosteotomie führen müssen. Eine solche sei bei der Klägerin problematisch gewesen, weil ihr rechtes Knie ein Streckdefizit aufgewiesen habe, welches eine zweidimensionale Osteotomie mit vollständiger Durchtrennung des Tibiakopfes erfordert hätte. Die damit typischerweise einhergehenden Operationsrisiken seien zu berücksichtigen gewesen. Es werde daher bestritten, dass sich die Klägerin für eine Osteotomie entschieden hätte. Der Beklagte zu 1) bestreitet ferner, dass sich bei Durchführung einer Korrekturosteotomie im Vergleich zum tatsächlichen Krankheits- und Behandlungsverlauf ein günstiger Verlauf eingestellt hätte und der gesundheitliche Zustand der Klägerin heute besser wäre.

Die Beklagte zu 2) nimmt Bezug auf ihren erstinstanzlichen Beweisantrag auf Verneinung des damaligen behandelnden Arztes Dr. N als Zeugen zu der Behauptung, dass eine Achsfehlstellung nicht vorgelegen

habe. Darüber hinaus verweist sie erneut darauf, dass es seinerzeit nicht möglich gewesen sei, in ihrem Hause eine Ganzbeinröntgenaufnahme anzufertigen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines medizinischen Sachverständigenutachtens von Prof. Dr. K2 (schriftliches Gutachten vom 16.02.2014, Bl. 625 ff d.A.) und Anhörung des Sachverständigen im Termin zur mündlichen Verhandlung (Sitzungsprotokoll vom 24.11.2014, Bl. 743 ff d.A.).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist unbegründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Anspruch auf materiellen Schadensersatz und Schmerzensgeld aus den §§ 253, 280, 823 Abs. 1, zu. Auch nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme ist der Beweis schadensursächlicher Behandlungsfehler nicht erbracht.

1.) Der Beklagte zu 1) haftet nicht wegen eines Fehlers bei der Befunderhebung, denn die Klägerin kann den ihr obliegenden Beweis der Schadenskausalität nicht erbringen. Soweit sie dem Beklagten zu 1) vorwirft, die durchgeführten arthroskopischen Eingriffe seien medizinisch nicht indiziert gewesen, ist dieser Vorwurf unbegründet.

a) Nach dem Ergebnis der durch den Senat durchgeführten Beweisaufnahme ist zwar davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1) es fehlerhaft unterlassen hat, vor dem arthroskopischen Eingriff am 06.02.2003 mit Implantation von Karbonfaserstiften eine Ganzbeinröntgenaufnahme des rechten Beines anzufertigen. Den Beweis, dass die Klägerin durch diesen Fehler gesundheitliche Schäden erlitten hat, kann die Klägerin jedoch nicht erbringen. Eine Beweislastumkehr findet weder nach den durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des Befunderhebungsfehlers noch aufgrund eines groben Befunderhebungsfehlers statt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte zu 1) habe seinerzeit eine Ganzbeinröntgenaufnahme anfertigen müssen. Eine solche Aufnahme sei deswegen erforderlich gewesen, weil eine Achsfehlstellung vorgelegen habe, die durch eine Korrekturosteotomie hätte behoben werden können. Entgegen der mit der Berufungserwiderung vorgetragene Auffassung des Beklagten zu 1) hat die Klägerin von Anfang an eine Achsfehlstellung behauptet. Sie hat zur Begründung ihres Klagebegehrens auf die Ausführungen des für die Gutachterkommission tätigen Sachverständigen Prof. Dr. Q und des Privatgutachters Prof. Dr. S Bezug genommen, die von einem Knorpelschaden am medialen Femurkondylus und des Tibiaplateaus infolge einer Verschiebung der Tragachse ausgegangen waren.

Die Beweisaufnahme hat den Vorwurf eines Befunderhebungsfehlers bestätigt. Der Sachverständige Prof. Dr. K2 ist nach sorgfältiger Auswertung des gesamten Akteninhaltes und der ihm zur Verfügung gestellten Behandlungsdokumentation zu dem den Senat überzeugenden Ergebnis gelangt, dass der Beklagte zu 1) vor der Implantation von Karbonstiften eine Achsfehlstellung hätte abklären und hierzu eine Ganzbeinröntgenaufnahme anfertigen müssen. Eine solche Aufnahme sei vor Durchführung knorpelchirurgischer Maßnahmen grundsätzlich anzufertigen und habe damals wie heute zum Standard gehört. Grund hierfür sei, dass isolierte knorpelchirurgische Maßnahmen ohne Korrektur einer vorhandenen Beinachsenfehlstellung eine hohe Wahrscheinlichkeit auf ein Versagen habe. Während vor den arthroskopischen Eingriffen vom 06.09.2002 und 10.01.2003 eine vorherige Ganzbeinröntgenaufnahme noch nicht erforderlich gewesen sei, weil hier nur eine meniskuschirurgische Maßnahmen und eine Knorpelglättung betrieben worden sei, habe vor der Arthroskopie am 06.02.2003 mit Implantation von Karbonfaserstiften eine knorpelchirurgische Maßnahme angestanden, die eine vorherige Ganzbeinaufnahme erfordert hätte. Den Beweis, dass sie infolge der unterlassenen Ganzbeinaufnahme einen Schaden erlitten hat, kann die Klägerin jedoch nicht führen. Denn sie kann nicht beweisen, dass im Falle einer Ganzbeinaufnahme eine Achsfehlstellung diagnostiziert worden wäre, die eine Korrekturosteotomie nach sich gezogen hätte und dadurch ein positiver Heilungsverlauf in der Weise herbeigeführt worden wäre, dass die nachfolgenden Operationen mit mehrfachen Einsatz von Kniegelenksprothesen nicht erforderlich geworden wären. Der Klägerin kommt keine Beweislastumkehr zugute. Bei der Unterlassung einer gebotenen Befunderhebung erfolgte eine Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität, wenn bereits die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstellt (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, vgl. Urteil vom 13.01.1998, Az. VI ZR 242/96; Urteil vom 29.09.2009, Az. ZR 251/08; Urteil vom 13.09.2011, Az. VI ZR 144/10 - zitiert nach juris). Zudem kann auch eine nicht grob fehlerhafte Unterlassung der Befunderhebung dann zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden führen, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verknennung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde und dieser Fehler generelle Fehler generell geeignet ist, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen (BGH, Urteil vom 13.02.1996, Az. VI ZR 402/94; Urteil vom 27.04.2004, Az. VI ZR 34/03; Urteil vom 02.07.2013, Az. VI ZR 554/12 - zitiert nach juris). Der durch den Beklagten zu 1) begangenen Fehler ist weder als grob zu bewerten, noch kommen die Grundsätze des Befunderhebungsfehlers zur Anwendung.

Das Unterlassen einer Ganzbeinaufnahme stellte sich im vorliegenden Fall nicht als grober ärztlicher Fehler dar. Ein grober Behandlungsfehler ist dann anzunehmen, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen hat und dadurch einen Fehler begangen hat, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler einem Arzt "schlechterdings nicht unterlaufen darf" (vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, B. V. 252). Nach dem Ergebnis des durch den Senat eingeholten Sachverständigengutachtens dürfte zwar von einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte medizinische Erkenntnisse auszugehen sein. Der Sachverständige Prof. Dr. K2 hat ausgeführt, die Notwendigkeit von Ganzbeinaufnahmen sei schon im maßgeblichen Behandlungszeitraum Inhalt von Lehrbüchern gewesen und es sei eigentlich allen, die mit Knorpelchirurgie zu tun hatten, bekannt gewesen, dass eine Aufnahme des gesamten Beines vor der Planung knorpelchirurgischer Maßnahmen anzufertigen war. Gleichwohl hat der Sachverständige aus seiner medizinischen Sicht einen groben Fehler verneint und dies damit begründet, dass in Deutschland hundertfach knorpelchirurgische Maßnahmen ohne vorherige Ganzbeinaufnahme durchgeführt würden. Dies sei klinische Realität nicht nur in orthopädischen Praxen, sondern auch in Krankenhäusern und sei vor allem dem Umstand geschuldet, dass die hierfür erforderlichen Geräte zur Fertigung solcher Aufnahmen vielfach nicht zur Verfügung stünden. Der Sachverständige hat ferner darauf hingewiesen, dass sich der Röntgenaufnahme vom 12.12.2002 ein standardmäßiger femoraler und tibialer Winkel habe entnehmen lassen, was weder für ein O- noch ein X-Bein gesprochen habe. Die Beklagten hätten vermutlich darauf vertraut, dass auch im Hinblick auf die Gesamtbeinachse eine Fehlstellung ausgeschlossen sei. Eine zuverlässige Information habe man diesbezüglich den Röntgenaufnahmen jedoch nicht entnehmen können, da sich Achsfehlstellungen auch aus der Situation der Hüfte, des Oberschenkels, des Unterschenkels und des Sprunggelenks ergeben könnten. Auf der Grundlage dieser sachverständigen Ausführungen bewertet auch der Senat den Befunderhebungsfehler nicht als groben Fehler. Vor dem Hintergrund der durch den Sachverständigen geschilderten ärztlichen Praxis fehlt es nach Auffassung des Senates an einem aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlichen Fehler, der einem Arzt "schlechterdings nicht unterlaufen darf". Eine andere Sichtweise wäre möglicherweise gerechtfertigt, wenn der Beklagte zu 1) die Achsfehlstellung gar nicht im Blick gehabt hätte oder die Eingriffe ohne jede Röntgenaufnahme durchgeführt hätte. Dies war hier aber nicht der Fall. Der Beklagte zu 1) hat eine Röntgenaufnahme gefertigt und ist aufgrund der daraus ersichtlichen unauffälligen Stellung der Kniegelenksache davon ausgegangen, dass dann wohl auch eine Achsfehlstellung nicht vorliegen würde, zumindest nicht sehr wahrscheinlich sein würde. Dass er zur absolut sicheren Abklärung einer Achsfehlstellung als mögliche Ursache eines Knorpeldefektes eine Ganzbeinaufnahme nicht hat anfertigen zu lassen, ist vor dem Hintergrund, dass das Unterlassen einer solchen Aufnahme in einer Vielzahl von Fällen in der Praxis ohne negative Folgen bleibt, nicht unverständlich und stellt auch keinen Fehler dar, der einem Arzt "schlechterdings nicht unterlaufen darf". Eine hiervon abweichende Bewertung des Behandlungsfehlers ist entgegen den Ausführungen des klägerischen Prozessbevollmächtigten in seinem Schriftsatz vom 06.01.2015 durch den Senat in der mündlichen Verhandlung vom 24.11.2014 nicht verlaubar worden.

Der Klägerin kommt auch nicht über die Grundsätze des Befunderhebungsfehlers eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden - das heißt mit mehr als 50 %iger - zugute. Denn es steht nicht fest, dass sich nach Fertigung einer Ganzbeinaufnahme mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft dargestellt hätte. Der Sachverständige Prof. Dr. K2 hat es als gänzlich unwahrscheinlich bezeichnet, dass bei der Klägerin eine korrekturbedürftige Achsfehlstellung vorgelegen habe. Zu dieser Aussage ist der Sachverständige nach digitaler Rekonstruktion der rechten Beinseite gelangt. Hierzu hat er die Röntgenaufnahme vom 12.12.2002 mit Abbildung des rechten Kniegelenks auf die Konturen der kniegelenksnahen Oberschenkel- und Unterschenkelanteile des rechten Kniegelenkes von der Ganzbeinaufnahme des rechten Beines vom 21.01.2014 projiziert. Die Rekonstruktion habe, so der Sachverständige, eine korrekturbedürftige Achsfehlstellung nicht gezeigt. Aufgrund der seitengleichen Geometrie beider Hüftgelenke, beider Oberschenkelknochen, beider Unterschenkelknochen und beider Sprunggelenke sowie aufgrund der digitalen Rekonstruktion des Röntgenbildes vom 12.12.2002 in die Ganzbeinaufnahme vom 21.01.2014 sei sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass vor dem knorpelchirurgischen Eingriff am 06.02.2003 keine korrekturbedürftige Achsfehlstellung vorgelegen habe. Soweit der von der Klägerin beauftragte Privatgutachter Prof. Dr. S bezweifelt hat, dass beide Aufnahmen unter identischen Bedingungen gefertigt wurden, hat der Sachverständige Prof. Dr. K2 hierzu ausgeführt, eine unterschiedliche Beinposition auf beiden Aufnahmen könnte zwar Auswirkungen auf die Hüfte haben und sei auch nicht völlig auszuschließen. Aufgrund des sehr klaren und deutlichen Bildes der Röntgenaufnahme vom 12.12.2002 ergäben sich jedoch keinerlei Hinweise darauf, dass eine fehlerhafte Drehung des Beines vorgelegen haben könne. Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. K2 überzeugen den Senat. Sie zeugen von einer sorgfältigen Auswertung des aus den Akten und den Behandlungunterlagen erkennbaren Sachverhaltes. Der Sachverständige hat sich bemüht, die Achsverhältnisse des rechten Beines vor den streitgegenständlichen Eingriffen zu rekonstruieren. Auch wenn die Klägerin die

Art und Weise der Rekonstruktion als unwissenschaftlich beanstandet, muss sie sehen, dass ihr der Beweis der hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer Korrekturbedürftigen Achsfehlstellung jedenfalls nicht gelungen ist. Auf den vom Beklagten zu 1) vorgetragenen Einwand, eine Umstellungsosteotomie sei bereits aufgrund eines höhergradigen Streckdefizits nicht in Frage gekommen, kam es danach nicht mehr an.

b) Eine Haftung des Beklagten zu 1) ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Durchführung eines medizinisch nicht indizierten Eingriffs. Alle drei durch den Beklagten zu 1) durchgeführten arthroskopischen Behandlungen (06.09.2002, 10.01.2003, 06.02.2003) waren medizinisch indiziert. Die Indikation ist sowohl durch den erstinstanzlich tätigen Gerichtssachverständigen Prof. Dr. L2 als auch durch den vom Senat beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. K2 bestätigt worden. Soweit die Klägerin erstmals mit der Berufungsbegründung auch die medizinische Notwendigkeit der ersten Arthroskopie vom 06.09.2002 angezweifelt hat, fehlte es bereits an qualifizierten Einwendungen gegen das Gutachten von Prof. Dr. L2. Weder in dem für die Gutachterkommission erstellten Gutachten von Prof. Dr. Q noch im Privatgutachten von Prof. Dr. S wurden Zweifel an einer Notwendigkeit dieses ersten Eingriffes geäußert. Auch der Sachverständige Prof. Dr. K2 hat sämtliche, durch den Beklagten zu 1) durchgeführten arthroskopischen Eingriffe als medizinisch indiziert bezeichnet. In Bezug auf die Eingriffe vom 10.01.2003 und vom 06.02.2003 hat der Sachverständige deutlich gemacht, dass es vor dem Hintergrund der geklagten Schmerzen nachvollziehbar gewesen sei, innerhalb eines recht kurzen Zeitraums weitere arthroskopische Eingriffe vorzunehmen. Der Sachverständige ist damit zu dem gleichen Ergebnis wie der erstinstanzlich tätig gewordene Sachverständige Prof. Dr. L2 gelangt, nach dessen Ausführungen gegen eine erneute Spiegelung am 10.01.2003 schon deswegen nichts gesprochen hatte, weil sich nach dem Ergebnis der vor dem Eingriff durchgeführten MRT-Untersuchung und der Dreiphasenknochenszintigraphie noch ein Reizprozess des rechten Kniegelenks gezeigt habe. Aufgrund der anhaltenden Beschwerden sei es korrekt und konsequent gewesen, die Möglichkeiten einer erneuten Kniebinnensanierung durchzuführen. Gegen diese überzeugenden Ausführungen hat auch der Privatgutachter Prof. Dr. S keine weiteren Einwendungen mehr vorgebracht.

Nach den ebenso überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. K2 war auch der dritte arthroskopische Eingriff am 06.02.2003 mit Implantation von Karbonstiften medizinisch indiziert. Der Sachverständige hat nach sorgfältiger Auswertung medizinischer Fachliteratur in nachvollziehbarer Weise dargestellt, dass das seit den 90'er Jahren in den klinischen Bereich eingeführte Verfahren zwar eine in Deutschland wenig gebräuchliche Methode gewesen sei. Dies habe allerdings weniger medizinische Gründe gehabt, sondern sei im Zusammenhang mit der fehlenden Bereitschaft der Krankenkassen zur Kostenübernahme zu sehen. Das Verfahren sei noch im Jahr 2012 durch ausgewiesene Knorpelforscher und Knorpelchirurgen im Rahmen einer prospektiven klinischen Studie von Windt et al. evaluiert worden und habe mit durchaus akzeptablen Ergebnissen abgeschlossen. Auch bei der Klägerin sei die Anwendung des Verfahrens gerechtfertigt gewesen. Dies gelte auch im Hinblick auf die bei ihr gegebene, besondere Situation einer sog. "Knorpelglätze". Windt et al. hätten im Jahr 2011 Patienten mit ganz unterschiedlichen Schäden und auch solche mit einem Schädigungsgrad von III und IV untersucht. Selbst bei diesen Patienten, die tiefer gehende Schäden als die Klägerin hatte, d.h. solche Schäden aufwiesen, die sogar unter den Knochen gingen, hätte das Verfahren akzeptable Effekte gezeigt. Auch Patienten im Alter der Klägerin hätten von dem Verfahren profitiert. Bei Abwägung des möglichen Erfolges der Therapie und des Risikos eines durch die Karbonimplantation möglicherweise ausgelösten Entzündungsprozesses sei es gerechtfertigt gewesen, einen Therapieversuch zu unternehmen. Soweit der Privatgutachter Prof. Dr. S gegen die bei der Klägerin erfolgte Anwendung der Therapie vorgebracht hat, eine Regeneration des Gelenkknorpels sei bei der Klägerin nicht möglich gewesen, weil dieser vollständig gefehlt habe, ist Prof. Dr. K2 diesem Einwand überzeugend unter Vorlage medizinischer Fachliteratur entgegen getreten. Er hat auf die von ihm in der Sitzung in Ablichtung vorgelegte Arbeit von Windt et al. Bezug genommen, die einen therapeutischen Effekt in den der Klägerin vergleichbaren Fällen belegt hat.

2.) Die Berufung ist desweiteren unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der gegen die Beklagte zu 2) gerichteten Klage richtet.

a) Den in dem von der Beklagten zu 2) tätigen Ärzten ist zwar nach den überzeugenden Ausführungen von Prof. Dr. K2 ein Befunderhebungsfehler unterlaufen, indem sie vor Einsatz der Schlittenendoprothese am 29.04.2004 keine Ganzbeinaufnahme gefertigt hat, um das Vorliegen einer Achsfehlstellung abzuklären. Der Einwand der Beklagten zu 2), eine korrekturbedürftige Achsfehlstellung könne nicht vorgelegen haben, da der behandelnde Arzt Dr. O solche im Rahmen der klinischen Untersuchung, also mit bloßem Auge nicht festgestellt habe, greift nicht durch. Denn der Sachverständige Prof. Dr. L2 hat im Rahmen seiner mündlichen Anhörung deutlich gemacht, dass mit dem bloßen Auge nur größere Achsfehlstellungen von 10 bis 15 Grad zu erkennen seien. Bei jüngeren Menschen, wie der Klägerin, sei man jedoch bemüht, schon bei geringeren Achsfehlstellungen von etwa 5 Grad einzugreifen. Jedenfalls bei 8 bis 10 Grad Fehlstellungen sei man bei jüngeren Menschen um eine entsprechende Korrekturosteotomie besorgt. Auch der weitere Einwand, dass eine Ganzbeinröntgenaufnahme im Hause der Beklagten zu 2)

nicht möglich gewesen sei, entlastet sie nicht. Die behandelnden Ärzte hätten die Klägerin zur Fertigung einer Ganzbeinaufnahme überweisen können und müssen.

Den Kausalitätsnachweis kann die Klägerin jedoch nicht führen. Eine Beweislastumkehr findet nicht statt. Denn es liegt weder ein grober Fehler vor, noch finden die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Befunderhebungsfehler Anwendung. Zur Begründung nimmt der Senat auf seine Ausführungen zu Ziff. 1.) a) Bezug, die auch hinsichtlich der Frage einer Haftung der Beklagten zu 2) gelten. Die durch den Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung erneut aufgeworfene Frage, ob die von der Klägerin als notwendig behauptete Umstellungsosteotomie schon deshalb ausgeschlossen war, weil das rechte Knie der Klägerin vor der Operation ein Streckdefizit von 15 Grad aufgewiesen hat, kann der Senat dahin stehen lassen. Der Sachverständige Prof. Dr. K2 hat für den Fall eines solchen Streckdefizits, die Umstellungsosteotomie als kontraindiziert bezeichnet, ohne jedoch eine Aussage darüber zu treffen, ob das Streckdefizit in dem behaupteten Ausmaß vorgelegen habe. Der Senat hat den Behandlungsunterlagen ein Streckdefizit von 15 Grad nicht entnehmen können. Der an den Hausarzt der Klägerin gerichtete Brief der Beklagten zu 2) vom 16.09.2003 spricht von einer "Funktion im rechten Kniegelenk von 10-10-100°", was gegen ein Streckdefizit des behaupteten Umfangs spricht.

b) Ein Behandlungsfehler ist auch nicht darin zu sehen, dass im Rahmen der am 10.10.2003 durchgeführten Operation nicht alle, sondern nur einige der durch den Beklagten zu 1) implantierten Karbonstifte entfernt wurden. Der Sachverständige Prof. Dr. K2 hat hierzu nachvollziehbar erläutert, dass die Stifte in der Regel bis zu 15 mm tief im Knochen steckten. Soweit diese einfach zu entfernen seien, nehme man sie heraus. Anderenfalls müssten sie aus dem Knochen ausgegraben werden, was jedoch nur ungern getan werde, oder sie würden im Zusammenhang mit der Einbringung einer Prothese entfernt, wie es dann im Rahmen der Operation am 29.04.2004 auch geschehen ist.

c) Schließlich hat die Klägerin auch keine Behandlungsfehler im Zusammenhang mit dem Einsatz der Schlittenendoprothese am 29.04.2004 bewiesen. Bereits der erstinstanzlich tätig gewordene Sachverständige Prof. Dr. L2 hat nachvollziehbar und überzeugend begründet, dass der Gelenkersatz weitgehend korrekt platziert wurde. Das tibiale Implantat habe zwar keine perfekte kortikale Abstützung, aber dennoch einen guten Zementmantel gehabt und sei nicht ursächlich für die Schmerzen der Klägerin gewesen. Dass die Komponente fest und nicht - wie von Prof. Dr. Q in seinem für die Gutachterkommission erstellten Gutachten vom 02.06.2006 angenommen - locker saß, ergebe sich aus dem Operationsbericht vom 04.07.2005 über die Entfernung des Schlittens, wonach sowohl die tibiale als auch die femorale Komponente herausgemeißelt werden mussten. Auch wenn es sich nicht um einen absolut perfekt sitzenden medialen Schlitten gehandelt habe, hätten die Achsabweichungen in allen Ebenen im Toleranzbereich gelegen. Der durch den Senat beauftragte Sachverständige Prof. Dr. K2 hat die Ausführungen von Prof. Dr. L2 bestätigt. Auch Prof. Dr. K2 hat den Röntgenaufnahmen eine nicht vollständige kortikale Abstützung entnommen, die jedoch nach seinen Ausführungen zweifelsfrei zu keinem Einsinken oder einer Lockerung der Prothese geführt habe. Zu diesem Schluss ist Prof. Dr. K2 nach Auswertung der Röntgenaufnahmen vom 04.07.2005 und dem Operationsbericht vom gleichen Tag gelangt. Auch die Lage der tibialen Komponente hat Prof. Dr. K2 in Übereinstimmung mit Prof. Dr. L2 als im Toleranzbereich liegend bezeichnet. Gegen diese Ausführungen hat der Privatgutachter Prof. S keine Einwendungen mehr erhoben. Auch die Berufung zeigt keine Gründe auf, die Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründen.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

Berufungsstreitwert: bis 50.000,- EUR

**70. OLG Köln, Urteil vom 04.02.2015 – 5 U 88/14 – \* Arzthaftung: Unterlassen einer Thoraxaufnahme und einer diagnostischen Abklärung eines Schlafapnoesyndroms vor einem bariatrischen Eingriff. - Bei einem bestehenden Verdacht auf ein Schlafapnoesyndrom ist präoperativ eine diagnostische Abklärung nicht notwendig. Auch muss eine Nachbeatmung des Patienten nach der Operation nach medizinischem Standard nicht erfolgen.**

#### Orientierungssatz

1. Eine Röntgenaufnahme des Thorax ist vor bariatrischen Eingriffen (hier: Magenschlauchresektion) im Allgemeinen nicht erforderlich und kann allenfalls bei einer Risikoanamnese notwendig sein.
2. Bei einem bestehenden Verdacht auf ein Schlafapnoesyndrom ist präoperativ eine diagnostische Abklärung nicht notwendig. Auch muss eine Nachbeatmung des Patienten nach der Operation nach medizinischem Standard nicht erfolgen.

#### Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das am 11.04.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 17/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Klägern auferlegt.

Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar. Den Klägern wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

I.

Der am XX.XX.1976 geborene Sohn der Kläger (im Folgenden auch: Patient) litt an erheblichem Übergewicht. Konservative Versuche einer Gewichtsreduzierung blieben ohne Erfolg. Im 10.2009 betrug sein Gewicht bei einer Größe von 185 cm 157 kg. In den folgenden Monaten nahm er in erheblichem Ausmaß zu.

Im 08.2010 stellte er sich ambulant in der Adipositasprechstunde des Krankenhauses der Beklagten zu 1) vor. Hinter der in einem Bogen enthaltenen Frage nach einer Schlafapnoe trug er "Schnarchen" ein. Am 9.9.2010 wurde er stationär im Krankenhaus der Beklagten zu 1) aufgenommen. Zu diesem Zeitpunkt wog er fast 240 kg. Die Ärzte nahmen insbesondere eine Spiegelung des Magens und Zwölffingerdarms, eine Blutgasanalyse, eine Laboruntersuchung und einen Lungenfunktionstest vor. Nach einem am gleichen Tag geführten chirurgischen Aufklärungsgespräch willigte der Patient in eine laparoskopische Magenschlauchresektion ein, die der Beklagte zu 2) am 13.9.2010 durchführte. Der Beklagte zu 3) ist der Chefarzt der anästhesiologischen Abteilung der Beklagten zu 1). Nach der Operation wurde der Patient extubiert und auf der Intensivstation betreut. Am 14.9.2010 gegen 4.25 Uhr trat ein Abfall der Sauerstoffsättigung ein. Der Patient wurde über eine Larynxmaske beatmet und reanimationspflichtig. Der erste Intubationsversuch scheiterte. Ein weiterer Intubationsversuch hatte Erfolg. Gegen 4.55 Uhr war ein ausreichender Kreislauf vorhanden. Die am 14.9.2010 durchgeführte Thoraxaufnahme zeigte eine Verschattung am linken Hemithorax. Neurologische Untersuchungen ergaben, dass der Patient einen hypoxischen Hirnschaden erlitten hatte.

Am 11.10.2010 wurde er in das Marien-Hospital F verlegt. Nach einer Weiterverlegung in das Krankenhaus der Augustinerinnen in L verstarb er am 16.12.2010 an den Folgen des Hirnschadens.

Die Kläger, die ihren Sohn beerbt haben, haben die Beklagten auf ein Schmerzensgeld von mindestens 60.000 EUR, das sie in erster Linie aus ererbtem und hilfsweise aus eigenem Recht herleiten, Erstattung von Beerdigungs- und Sachverständigenkosten von 9.235,98 EUR, Feststellung der Ersatzpflicht und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 3.765,64 EUR in Anspruch genommen. Gestützt auf ein Gutachten von Prof. Dr. T (Anlage K 3) nebst drei Ergänzungen (Anlage K 5, Bl. 109 ff. und Bl. 217 ff. d.A.) haben sie den Beklagten vorgeworfen, die durch die präoperativen Untersuchungen belegte respiratorische Insuffizienz nicht durch eine Röntgenaufnahme des Thorax abgeklärt zu haben, die mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Bronchopneumonie gezeigt hätte. Dies hätte - genauso wie das Erysipel am linken Unterschenkel - eine Kontraindikation für die bariatrische Operation dargestellt. Außerdem hätten die Beklagten das Vorliegen eines Schlafapnoesyndroms durch eine Polysomnografie, also eine Untersuchung im Schlaflabor, abklären müssen, was nach der Extubation zu einer temporären Nachbeatmung, etwa durch eine CPAP-Beatmungshilfe, geführt hätte. Die Beerdigungskosten haben die Kläger mit 7.624,81 EUR beziffert, die Sachverständigenkosten mit 2.972,62 EUR.

Die Kläger haben beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihnen ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 60.000,00 EUR nebst 8 % Zinsen seit dem 27.04.2011,
2. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihnen weitere 9.235,98 EUR nebst 8 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
3. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, ihnen sämtliche materiellen Schäden, die ihnen aus der fehlerhaften Behandlung des Sohnes entstanden sind, derzeit entstehen und in Zukunft entstehen werden, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden,
4. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihnen außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.765,64 EUR zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie sind dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers entgegen getreten.

Das Landgericht hat ein Gutachten von Prof. Dr. L2 eingeholt (Bl. 182 ff. d.A.), der insbesondere Facharzt für Thorax- und Kardiovaskularchirurgie und Facharzt für Intensivmedizin ist. Ferner hat es den Sachverständigen angehört (Bl. 234 ff. d.A.).

Daraufhin hat es die Klage abgewiesen. Ein Behandlungsfehler sei nicht erwiesen. Der Eingriff habe die einzige Möglichkeit dargestellt, dem Patienten noch zu helfen. Er sei nicht kontraindiziert gewesen. Die

Behandlung der Beinenzündung sei vor dem Eingriff angeschlossen gewesen. Hinweise für eine präoperative Bronchopneumonie hätten nicht bestanden. Diagnostische Maßnahmen wie eine Polysomnografie oder eine Thoraxaufnahme seien nicht fehlerhaft unterblieben. Der Sachverständige habe dies mit aktuellen Literaturangaben belegt. Postoperativ sei eine temporäre CPAP-Nachbeatmung nicht notwendig gewesen.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgen. Hilfsweise begehren sie die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Sie wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Wie Prof. Dr. T dargelegt habe, sei der Eingriff ohne weitere Abklärungen zu risikoreich und daher jedenfalls im Zeitpunkt seiner Vornahme nicht indiziert gewesen. Mit den Widersprüchen zwischen der Begutachtung durch Prof. Dr. T und Prof. Dr. L2 habe sich das Landgericht nicht hinreichend auseinander gesetzt. Das Landgericht habe zudem einen Sachverständigen falschen Fachrichtung ausgewählt, der nicht die notwendige Kompetenz aufgewiesen habe. Die vom Beklagten zu 2) durchgeführte Magenoperation falle in das Gebiet der Viszeralchirurgie, nicht aber in das Gebiet der Herz- und Thoraxchirurgie. Ferner habe das Landgericht den Antrag auf Einholung eines anästhesiologischen Zusatzgutachtens übergangen. Zur Frage der Narkoseführung und den nach der Operation einzuhaltenden fachanästhesiologischen Maßnahmen habe sich Prof. Dr. L2 ebenfalls nicht fachkompetent äußern können. Dies gelte insbesondere für die Frage der Nachbeatmung. Ob im Rahmen der Reanimation die zutreffenden Maßnahmen zeitgerecht durchgeführt worden seien, sei nicht erkennbar und nachvollziehbar. Dies gehe zu Lasten der Beklagten, da eine ordnungsgemäße Dokumentation fehle. Insbesondere enthalte das äußerst knappe Reanimationsprotokoll keine Zeitangaben. Schließlich hätten die Kläger in erster Instanz in ihrer Stellungnahme zum Gutachten von Prof. Dr. L2 eine mangelhafte Aufklärung gerügt, weil der Patient nicht über das Risiko eines Versterbens aufgeklärt worden sei. In der unterzeichneten Einverständniserklärung sei dieses Risiko nicht angeführt, was eine entsprechende Indizwirkung habe. Wäre der Verstorbene entsprechend aufgeklärt worden, hätte er sich höchstwahrscheinlich den Eingriff nochmals eingehend überlegt und sich beraten lassen.

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Die Aufklärungsrüge sei erst in zweiter Instanz erhoben worden und schon wegen Verspätung unbeachtlich. Der Patient sei am 9.9.2010 und 10.9.2010 im Rahmen der chirurgischen und der anästhesiologischen Aufklärung vom Arzt Dr. C2 und von der Ärztin Dr. K entsprechend den schriftlichen Aufklärungsbögen jeweils über mehrere lebensgefährliche Risiken und Gefahren des Eingriffs aufgeklärt worden und habe daher um das Risiko eines Versterbens gewusst. Der Patient habe die Maßnahme unbedingt gewünscht. Der Hinweis auf den jedem Erwachsenen bekannten Umstand, dass man infolge einer Operation im schlimmsten Fall sterben könne, hätte ihn daher von diesem Wunsch nicht abbringen können.

II.

Die Berufung ist unbegründet.

Die Kläger können von den Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 253 Abs. 2, 1922 Abs. 1 BGB weder die Zahlung eines Schmerzensgeldes noch materiellen Schadensersatz verlangen.

1. Das Landgericht hat in nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise festgestellt, dass den für die Beklagte zu 1) handelnden Ärzten kein Behandlungsfehler zur Last fällt. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Beweiswürdigung des Landgerichts begründen, sind weder dargetan noch erkennbar.

a) Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der fachgleichen Begutachtung durfte das Landgericht den Sachverständigen Prof. Dr. L2, der zur Beurteilung aller streitentscheidenden Fragen hinreichend kompetent war, als alleinigen Sachverständigen heranziehen. Eines zusätzlichen viszeral- oder abdominalchirurgischen Gutachtens sowie eines zusätzlichen anästhesiologischen Gutachtens bedurfte und bedarf es nicht.

Prof. Dr. L2 ist zum einen Chirurg, wenn auch auf dem Gebiet der Thorax- und Herzchirurgie. Nach den Gutachten von Prof. Dr. T und dem Vorbringen der Kläger werden indessen keine Behandlungsfehler gerügt und Fragen aufgeworfen, die speziell das Gebiet der Adipositaschirurgie betreffen. Die grundsätzliche Indikation der Magenschlauchresektion ist angesichts eines Gewichts des Patienten im Operationszeitpunkt von fast 240 kg, einer Zunahme von 70 kg binnen eines Jahres und dem Scheitern konservativer Versuche einer Gewichtsreduzierung genauso außer Streit wie die ordnungsgemäße Durchführung des Eingriffs durch den Beklagten zu 2). Die Frage, ob es Hinweise für eine Bronchopneumonie oder eine von einem Erysipel am Unterschenkel ausgehende Entzündung gab, die diagnostisch hätten abgeklärt werden müssen und die im Fall einer positiven Diagnose eine Kontraindikation für einen aufschiebbaren Eingriff dargestellt hätten, kann sich in gleichartiger Weise vor anderen Eingriffen als bariatrischen Operationen stellen, insbesondere auch vor Eingriffen am Thorax oder Herzen. Dementsprechend haben weder die Kläger noch Prof. Dr. T in erster Instanz die Kompetenz von Prof. Dr. L2 zur Beurteilung der anstehenden chirurgischen Fragen in Abrede gestellt.

Prof. Dr. L2 ist zum anderen Facharzt für Intensivmedizin. Als solcher kann er beurteilen, ob die Abklärung einer möglichen Schlafapnoe, deren Verdacht die Beklagten in ihrem Entlassungsbrief (Bl. 226R d.A.) selbst bejaht haben, im Hinblick auf eine dann nach der Operation notwendige Nachbeatmung erforderlich

war und ob eine Nachbeatmung hätte durchgeführt werden müssen. Insbesondere kann sich die entsprechende Frage auch im Vorfeld eines jeden herzchirurgischen Eingriffs, an den sich eine Behandlung auf der Intensivstation anschließt, stellen, wenn auch die Häufigkeit einer Schlafapnoe bei stark übergewichtigen Patienten, die sich einer Magenoperation unterziehen, höher sein mag. Behandlungsfehler und Fragen, die die Anästhesie während der Operation selbst und die Führung der Narkose betreffen, haben weder Prof. Dr. T noch die Kläger gerügt oder aufgeworfen. Die Bewertung der Intubation und Reanimation nach dem Kreislaufstillstand des Patienten fällt ebenfalls in das Fachgebiet eines Intensivmediziners. b) Eine Röntgenaufnahme des Thorax war vor der Magenschlauchresektion nicht erforderlich.

Prof. Dr. L2 hat unter Darlegung von Nachweisen aus der chirurgischen und anästhesiologischen Literatur ausgeführt, dass eine Thoraxaufnahme vor bariatrischen Eingriffen im Allgemeinen nicht erforderlich ist und allenfalls bei einer Risikoanamnese notwendig sein kann (Bl. 187 d.A.), was Prof. Dr. T im Ausgangspunkt nicht in Frage gestellt hat.

Soweit Prof. Dr. T Hinweise auf ein Risiko in Gestalt einer Bronchopneumonie gesehen und deshalb eine präoperative Thoraxaufnahme für nötig gehalten hat, Prof. Dr. L2 solche Hinweise aber verneint, gebührt der schlüssigen Beurteilung des gerichtlichen Sachverständigen der Vorrang. Zwar waren unstreitig der Befund der Blutgasanalyse, insbesondere der  $pO_2$ -Wert von 58 mmHg, und das Ergebnis der Lungenfunktionsuntersuchung auffällig und die Entzündungsparameter präoperativ am 9.9.2010 erhöht (Leukozyten 13,01 G/L bei einem Referenzbereich von 4,23 bis 9,07 G/L sowie CRP 3,21 mg/dl bei einem Referenzbereich von 0 bis 0,50 mg/dl). Dass der spirometrische Befund - wie die Beklagten vortragen - eine allenfalls leichtgradige restriktive und obstruktive Ventilationsstörung ergeben hatte, hat allerdings auch Prof. Dr. T nicht in Abrede gestellt. Prof. Dr. L2 hat ferner nachvollziehbar darauf verwiesen, dass eine Bronchopneumonie mit ausgeprägten systemischen Entzündungszeichen in Form einer Temperaturerhöhung und einer signifikanten Erhöhung der Laborparameter einhergegangen wäre. Fieber hatte der Patient bei Aufnahme in die Klinik der Beklagten zu 1), wie in der Aufnahmeuntersuchung vermerkt worden ist, nicht. Dass die obengenannten Entzündungsparameter am 9.9.2010 nur gering erhöht waren und bei einer Pneumonie wesentlich höhere Werte zu erwarten gewesen wären, ist für den ständig mit Arzthaftungssachen befassten Senat aufgrund anderer Fälle gut nachvollziehbar. Prof. Dr. L2 hat darüber hinaus - im Einklang mit dem Vorbehandler Dr. G in seinem Bericht vom 5.7.2010 (Bl. 79 d.A.) - erläutert, dass sich die Erhöhung des CRP-Werts durch das massive Übergewicht und den deshalb mit Belastungen verbundenen Stoffwechsel erklären lässt (Bl. 234R d.A.). Schließlich hat die Aufnahmeuntersuchung bei der Auskultation der Lunge beidseits ein unauffälliges Atemgeräusch ergeben, während der Patient nicht über aktuelle Beschwerden klagte. Aufgrund der genannten Befunde und sachverständigen Erläuterungen leuchtet es ein, dass kein abklärungsbedürftiger Hinweis für ein Entzündungsgeschehen vorlag.

Das Unterlassen einer Thoraxaufnahme ist zudem nicht kausal für den Tod des Patienten. Wäre präoperativ eine Röntgenaufnahme des Thorax durchgeführt worden, hätte diese nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Befund einer Bronchopneumonie gezeigt, der eine Aufschiebung der Magenschlauchresektion erfordert hätte. Wie vorstehend aufgezeigt worden ist, fehlte es präoperativ an beachtlichen Hinweisen für ein Entzündungsgeschehen. Das Ergebnis der postoperativen Thoraxaufnahme vom 14.9.2010, das heißt die Verschattung am linken Hemithorax, lässt sich nach den Erörterungen von Prof. Dr. L2 in der Anhörung durch die maschinelle Beatmung während der Operation, die zu einer Reizung der Lungenschleimhaut und einer sich reaktiv anschließenden Entzündung geführt hat, erklären (Bl. 235 d.A.).

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, dass die Magenschlauchresektion nicht wegen einer im Operationszeitpunkt bestehenden Bronchopneumonie kontraindiziert war.

c) Es ist auch nachvollziehbar, dass der Eingriff nicht wegen eines Erysipels am linken Unterschenkel, wie Prof. Dr. L2 im Gegensatz zu Prof. Dr. T angenommen hat, kontraindiziert war.

Abgesehen davon, dass es keine beachtlichen Hinweise auf ein Entzündungsgeschehen gab, ist im Bogen der Aufnahmeuntersuchung lediglich dokumentiert, dass am linken Unterschenkel eine Rötung bei einem Zustand nach Erysipel vorgelegen hat. Dies deckt sich mit den Angaben der Klägerin im Termin vor dem Landgericht, dass die vom Hausarzt vorgenommene Behandlung des offenen Beines des Patienten abgeschlossen gewesen und eine Rötung verblieben sei.

d) Trotz des bestehenden Verdachts auf ein Schlafapnoesyndrom war es präoperativ nicht notwendig, durch eine Polysomnografie im Schlaflabor abzuklären, ob es vorlag oder nicht.

Der entsprechenden Beurteilung von Prof. Dr. L2 ist der Vorzug vor der gegenteiligen Bewertung durch Prof. Dr. T zu geben. Prof. Dr. T hat die Erforderlichkeit der Abklärung daraus hergeleitet, dass bei Vorliegen eines Schlafapnoesyndroms eine temporäre Nachbeatmung, etwa durch eine sog. CPAP-Beatmungshilfe, indiziert gewesen sei. Prof. Dr. L2 hat demgegenüber unter Anführung aktueller medizinischer Literatur belegt, dass die Diagnose einer Schlafapnoe keine entsprechende therapeutische und präventive Konsequenz gehabt hätte, was die genaue diagnostische Abklärung erübrigte. Zum einen hat Prof. Dr. L2 (Bl. 186 d.A.) in seinem schriftlichen Gutachten auf die Analyse von Shearer et al. zu der Frage verwiesen, ob eine postoperative Versorgung von Patienten mit einem obstruktiven Schlafapnoesyndrom auf einer Intensivstation mit Beatmungsmöglichkeit erforderlich ist. Diese kam zu dem Ergebnis, dass

keiner der einbezogenen Patienten von einer Überwachungsstation auf eine Beatmungsstation transferiert werden musste. Zum Anderen hat er auf eine weitere Arbeit verwiesen, die Patienten mit und ohne Schlafapnoesyndrom verglichen hat, und in der festgestellt worden ist, dass das Vorliegen eines Schlafapnoesyndrom die Ausprägtheit hypoxämischer Episoden nicht verstärkt und daher keinen unabhängigen Risikofaktor für eine postoperative Hypoxämie darstellt (Bl. 187 d.A.). In seinem darauf erstatten Ergänzungsgutachten hat Prof. Dr. T lediglich angeführt, dass es "eine Vielzahl anderer Publikationen mit gegenteiligem Ergebnis" gebe (Bl. 221R d.A.), was die durch medizinische Literatur belegten Ausführungen von Prof. Dr. L2 mangels Konkretisierung und Nennung der Arbeiten nicht in Frage stellt, zumal insoweit in erster Linie dessen Gebiet als Facharzt für Intensivmedizin betroffen ist.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, dass eine Nachbeatmung des Patienten nach der Operation nach medizinischem Standard bei bestehendem Verdacht auf ein Schlafapnoesyndrom nicht erfolgen musste. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die regelmäßig bestimmten und dokumentierten Sauerstoffsättigungswerte mit 94 bis 96 % zunächst durchgehend gut waren (vgl. die Ausführungen von Prof. Dr. L2 Bl. 185, 236 d.A.).

Im Übrigen ließe sich nicht feststellen, dass das Unterlassen einer diagnostischen Abklärung eines Schlafapnoesyndroms und das Unterlassen einer Nachbeatmung nach der Operation vom 13.9.2010 den Tod des Patienten verursacht haben. Selbst wenn eine Nachbeatmung den Tod des Patienten - wie Prof. Dr. T angenommen hat (vgl. S. 5, 7 des Ergänzungsgutachtens vom 18.10.2011, Anlage K 5) - mit hoher Wahrscheinlichkeit vermieden hätte, würde das nicht eine Feststellung des Kausalzusammenhangs mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit ermöglichen. Dass keine sicheren Aussage zum Kausalzusammenhang möglich sind, leuchtet schon deshalb ein, weil auch im Nachhinein nicht festgestellt worden ist, was am 14.9.2010 gegen 04.25 Uhr zum Abfall der Sauerstoffsättigung und zum anschließenden Eintritt der Reanimationspflicht geführt hat. Für eine Beweislastumkehr ist kein Raum. Von einem groben Behandlungsfehler kann angesichts der durch medizinische Literatur und Analysen gestützten Ausführungen von Prof. Dr. L2 keine Rede sein. Läge in dem Unterlassen der Abklärung eines Schlafapnoesyndrom durch Polysomnografie ein einfacher Befunderhebungsfehler, lägen die weiteren Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht vor. Denn hätte die Untersuchung im Schlaflabor eine Schlafapnoe bestätigt, wäre es jedenfalls nicht grob fehlerhaft gewesen, hierauf nicht durch Nachbeatmung zu reagieren. Zur Begründung kann wiederum auf die von Prof. Dr. L2 angeführte medizinische Literatur verwiesen werden.

f) Im Rahmen der Beatmung, Intubation und Reanimation, die am 14.9.2010 ab 04.25 Uhr nach dem Abfall der Sauerstoffsättigung erfolgt sind, lässt sich ein Behandlungsfehler nicht feststellen.

Nach Durchsicht und Auswertung der Behandlungsunterlagen, insbesondere des hierin befindlichen, um 07.30 Uhr unterzeichneten ärztlichen Vermerks über das Geschehen (s. die Behandlungsunterlagen der Beklagten), haben weder Prof. Dr. L2 (Bl. 235R d.A.) noch Prof. Dr. T (S. 28 f. des Gutachtens vom 25.5.2011, Anlage K 3) Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Vorgehen gefunden. In dem Vermerk sind die vorgenommenen Maßnahmen, was die Kläger in der Berufungsbegründung übersehen, im Kern bezeichnet, nämlich die (initiale) Beatmung über eine Larynxmaske bei schwierigen Intubationsbedingungen, ein frustanter Versuch der Intubation und eine dann erfolgreiche Intubation. Dass eine Fehlintubation auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vorkommen kann, hat Prof. Dr. T ausgeführt und entspricht dem sich aus anderen Verfahren ergebenden Kenntnisstand des Senats.

Unter dem Gesichtspunkt eines Dokumentationsversäumnisses ergeben sich für die Kläger keine Beweiserleichterungen. Dies gilt auch, soweit es darum geht, ob die jeweiligen Maßnahmen unverzüglich und zeitgerecht erfolgt sind. Zwar hat Prof. Dr. L2 darauf hingewiesen, dass nicht dokumentiert sei, wann die Intubation gelungen sei (Bl. 185 d.A.). Dieser Kritik hat sich Prof. Dr. T in seinem Ergänzungsgutachten vom 7.1.2014 angeschlossen (Bl. 218R d.A.). Eine Pflicht zur Dokumentation dieses oder anderer für den Ablauf von Beatmung, Intubation und Reanimation wesentlicher Zeitpunkte haben aber weder Prof. Dr. L2 noch Prof. Dr. T angenommen. Dies überzeugt schon deshalb, weil während des eigentlichen Vorgangs der Reanimation keine Dokumentation erfolgen kann und Zeitpunkte anschließend nur noch näherungsweise geschätzt werden können. Im Übrigen dient die ärztliche Dokumentation allein medizinischen Zwecken und damit der (späteren) Information des tätigen Arztes oder eines mit- oder nachbehandelnden Arztes über solche Umstände, die für die weitere Behandlung wesentlich sind. Für die weitere Behandlung des Klägers war es aber ohne jede Bedeutung, wann genau die einzelnen Behandlungsschritte während des Vorgangs der Intubation und Reanimation vorgenommen worden sind.

2. Die Beklagten haften jedenfalls deshalb nicht wegen mangelhafter Eingriffs- und Risikoaufklärung, weil der in der Berufungserwiderung konkludent erhobene Einwand einer hypothetischen Einwilligung durchgreift.

Allerdings ist die Behauptung der Kläger, der Patient sei nicht über das Risiko eines durch die Magenschlauchresektion oder die Anästhesie bedingten Versterbens aufgeklärt worden, im Berufungsverfahren nicht neu und unterliegt daher entgegen der Ansicht der Beklagten keiner Zurückweisung gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO. Der entsprechende Vortrag befindet sich bereits, wenn auch äußerst knapp

und etwas versteckt, am Ende des Schriftsatzes vom 23.12.2013, mit dem die Kläger um Verlängerung der Frist zur Stellungnahme zum Gutachten von Prof. Dr. L2 nachgesucht haben (Bl. 198 d.A.).

Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungserwiderung, durch das sie eine ordnungsgemäße Aufklärung des Klägers darstellen und sich konkludent auf eine hypothetische Einwilligung berufen, ist nicht seinerseits gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO als neu und verspätet zurückzuweisen. Dass es in erster Instanz nicht geltend gemacht wurde, beruht auch auf einem Verfahrensmangel. Hätte das Landgericht die Aufklärungsrüge, mit der es sich im angefochtenen Urteil nicht befasst hat, zur Kenntnis genommen, hätte es diesen Punkt mit den Parteien erörtern und den Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Denn es lag nach dem gesamten Prozessverlauf nahe, dass eine Äußerung der Beklagten in erster Instanz lediglich versehentlich unterblieben ist.

Es kann im Streitfall unterstellt werden, dass die aufklärenden Ärzte das Risiko eines Versterbens nicht ausdrücklich angesprochen und im Aufklärungsgespräch nicht erwähnt haben. Das Letalitätsrisiko bei einer Schlauchmagenresektion haben Prof. Dr. T und Prof. Dr. L2 mit Werten zwischen 0,3 % (S. 18 des Gutachtens vom 25.5.2011, Anlage K 3) und 1 % beziffert. Prof. Dr. L2 hat es gemessen an der Art des Eingriffs als insgesamt niedrig bewertet (Bl. 235R f. d.A.). Die handschriftlichen Anmerkungen von Dr. C2 zum chirurgischen Aufklärungsgespräch führen das Risiko "Tod" nicht an (Bl. 89 d.A.).

Beruft sich der Arzt - wie hier - auf die hypothetische Einwilligung des Patienten, so kann dieser den ärztlichen Einwand dadurch entkräften, dass er nachvollziehbar geltend macht, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden. Er muss dazu einsichtig machen, dass ihn die Frage nach dem Für und Wider des ärztlichen Eingriffs ernsthaft vor die Entscheidung gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht. Kann ein Patient zu der Frage, ob er bei zutreffender ärztlicher Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, nicht persönlich angehört werden, so hat das Gericht aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob der Patient aus nachvollziehbaren Gründen in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten sein könnte (BGH, Urteil vom 17.4.2007 - VI ZR 108/06, iuris Rdn. 18 ff., abgedruckt in VersR 2007, 999 ff.). So liegt es hier nicht.

Für einen durchschnittlichen Patienten in der Lage des Sohns der Kläger musste es schon nahe liegen, dass die unwidersprochen aufgeklärten, im Aufklärungsbogen handschriftlich vermerkten Komplikationen wie Bauchabszess, Verletzung von Nachbarorganen oder Lungenembolie, insbesondere angesichts des extremen Übergewichts und einer hierdurch bedingten generell erhöhten Gefährlichkeit von Operationen, bei unglücklichem Verlauf auch zum Tode führen konnten. Es ist daher schon im Ausgangspunkt nicht erkennbar, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf das Risiko des Versterbens für den Patienten eine Information gewesen wäre, die den Eingriff in einem anderen Licht hätte erscheinen lassen und die die Entscheidung für oder gegen ihn entscheidend hätte beeinflussen können. Hinzu kommt, dass es aus der Sicht des Patienten, auch wenn bariatrische Eingriff im Allgemeinen nur relativ indiziert sein mögen, keine Alternative zu einem operativen Vorgehen geben konnte. Dies gilt auch dann, wenn der Eingriff mit einem niedrigen Letalitätsrisiko verbunden war. Der Patient wog vor der Operation bei einer Körpergröße von 185 cm fast 240 kg. Binnen eines Jahres hatte er mindestens 70 kg zugenommen. Wie Prof. Dr. L2 erläutert hat und ohne weiteres einleuchtet, war das Übergewicht gesundheitlich stark belastend, führte nahezu zur Bewegungsunfähigkeit und war bei einer weiteren Zunahme seinerseits lebensbedrohlich. Konservative Abnahmeversuche hatten nicht zum Erfolg geführt. Dass beim Patienten ferner ein ganz erheblicher Leidensdruck bestand, wird durch den Bericht des Facharztes für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Dr. G3 vom 9.8.2010 belegt (Bl. 81 f. d.A.). Gegenüber Dr. G3 hat der Patient eine bedrückte Stimmung, Verzweiflung bezüglich seiner Situation, Schamgefühl, Versagensgefühle und sozialen Rückzug beschrieben.

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls.

Berufungsstreitwert 80.000 EUR (wie in 1. Instanz)

- 71. OLG Koblenz, Beschluss vom 04.02.2015 – 5 U 1171/14 – \* Arzthaftung für verzögerte Verlegung in ein Krankenhaus der Maximalversorgung bei unverändertem Krankheitsverlauf; gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Arzthaftungsprozess bei mündlichem Privatgutachten. - Die gesteigerte gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Arzthaftungsprozess enthebt die Partei, die die Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen mit einem mündlich erstatteten Privatgutachten angreift, nicht der Verpflichtung, zur fachärztlichen Qualifikation und zum beruflichen Werdegang des Privatgutachters vorzutragen, sofern beides nicht gerichtsbekannt ist oder sich aus allgemein zugänglichen Quellen (Internetseite etc.) erschließt. Ohne einen derartigen Vortrag erfordert das in indirekter Rede wiedergegebene telefonische Privatgutachten kein weiteres Gerichtsgutachten, wenn der Erstgutachter die Auffassung des Privatgutachters bereits bei einer mündlichen Anhörung überzeugend entkräftet hat.**

#### Leitsatz

1. Die verzögerte Verlegung eines Patienten mit transitorischer ischämischer Attacke (TIA) in eine Klinik der Maximalversorgung mit Stroke – Unit ist nicht haftungsrelevant, falls nach sachverständiger Einschätzung die dortige frühzeitigere Therapie keine andere gewesen wäre und den weiteren Verlauf auch nicht zu Gunsten des Patienten verändert hätte.
2. Die gesteigerte gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Arzthaftungsprozess enthebt die Partei, die die Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen mit einem mündlich erstatteten Privatgutachten angreift, nicht der Verpflichtung, zur fachärztlichen Qualifikation und zum beruflichen Werdegang des Privatgutachters vorzutragen, sofern beides nicht gerichtsbekannt ist oder sich aus allgemein zugänglichen Quellen (Internetseite etc.) erschließt. Ohne einen derartigen Vortrag erfordert das in indirekter Rede wiedergegebene telefonische Privatgutachten kein weiteres Gerichtsgutachten, wenn der Erstgutachter die Auffassung des Privatgutachters bereits bei einer mündlichen Anhörung überzeugend entkräftet hat.

#### Orientierungssatz

Zitierung zu Leitsatz 2: Fortführung OLG Koblenz, 19.08.2014, 5 U 279/14.

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Fortführung OLG Koblenz, 19.08.2014, Az: 5 U 279/14

#### Tenor

1. Die Berufung gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bad Kreuznach 29.10.2014 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.
2. Das angefochtene Urteil und der Senatsbeschluss sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit von 110% des beizutreibenden Betrages abwenden, es sei denn, die Beklagte leistet entsprechende Sicherheit.
3. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 53.800 €.

#### Gründe

I. Die Berufung ist aus den Erwägungen des Senatsbeschlusses vom 6.01.2015 unbegründet. Dort hatte der Senat mitgeteilt:

1. Der am 27.08.1962 geborene Kläger nimmt das beklagte Krankenhaus auf Schmerzensgeldzahlung und Feststellung der Ersatzpflicht für materielle und künftige immaterielle Schäden in Anspruch. Außerdem möchte er Anwaltskosten der vorgerichtlichen Vertretung erstattet haben. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

In den Morgenstunden des 26. 10. 2011 kam es zu einem etwa zweiminütigen Ausfall der Motorik des linken Arms des Klägers. Er suchte die Notaufnahme des beklagten Krankenhauses auf, wo er 20 Minuten später gegenüber der Assistenzärztin den Verdacht eines Schlaganfalls äußerte.

Die klinische Untersuchung führte ebenso wenig zu einem auffälligen Ergebnis wie die Bildgebung und das Labor. Man nahm den Kläger unter der Verdachtsdiagnose TIA (Transitorische ischämische Attacke) in stationäre Behandlung.

Nachdem gegen 14.00 Uhr eine Taubheit der linken Hand und des linken Unterarms aufgetreten waren, veranlasste man ein Farbduplex- Echokardiogramm und eine Medikation.

Gegen 17.27 Uhr transportierte man den Kläger notfallmäßig in eine Klinik der Maximalversorgung, wo er bis zum 2. 11. 2011 in stationärer Behandlung verblieb. Man diagnostizierte eine Minderdurchblutung im Mediastromgebiet rechts.

Der Kläger wirft der Beklagten vor, gebotene weitere Untersuchungen, insbesondere eine MRT, versäumt zu haben. Statt stundenlangem untätigem Zuwarten sei die unverzügliche Verlegung in ein Krankenhaus mit Stroke - Unit erforderlich gewesen. Durch die Verzögerung sei das Zeitfenster für eine erfolgversprechende Lyse-Behandlung bei der Verlegung am Nachmittag bereits geschlossen gewesen. Daneben hätten die behandelnden Ärzte auch in haftungsrelevanter Weise Dokumentations- und Aufklärungspflichten

verletzt. Infolge der Versäumnisse leide er unter Vergesslichkeit und Konzentrations- sowie Wortfindungsschwierigkeiten.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

2. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat ein schriftliches neurologisches Sachverständigengutachten eingeholt und Privatdozent Dr. med. G. mündlich angehört, ergänzend schriftlich Stellung nehmen lassen und ein zweites Mal mündlich befragt.

Hiernach hat die Einzelrichterin die Klage mit der Begründung abgewiesen, dem beweisbelasteten Kläger sei der Nachweis eines Behandlungsfehlers nicht gelungen. Die angeblich versäumte unverzügliche Verlegung in eine Klinik mit Stroke - Unit sei nicht haftungsrelevant, weil eine derartige Verlegung dort keinerlei therapeutische Konsequenzen gehabt hätte. Die nach Lage der Dinge erforderlichen Befunde seien erhoben worden, eine MRT neben der durchgeführten CT nicht zwingend erforderlich gewesen. Man habe lediglich eine Blutung ausschließen müssen, wozu die CT gleichermaßen geeignet sei. Eine rekanalisierende Lyse - Therapie sei angesichts der relativ unspektakulären Symptomatik nicht erforderlich gewesen.

3. Mit seiner Berufung hält der Kläger an den erstinstanzlichen Anträgen fest. Er wiederholt, vertieft und ergänzt sein dortiges Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird.

Die Beklagte verteidigt die Entscheidung des Landgerichts.

4. Das zulässige Rechtsmittel erscheint aussichtslos.

Soweit die Berufung eine unzureichende Sachaufklärung rügt, geht das daran vorbei, dass das Landgericht den Sachverständigen zweimal schriftlich und zweimal mündlich konsultiert hat. Insbesondere bei den beiden mündlichen Anhörungen hatte der Kläger ausreichend Gelegenheit, den Gerichtsgutachter zu befragen.

Die Berufung hält dessen Einschätzung eine „privatmedizinische Überprüfung“ durch die „Sachverständige Dr. S.“ entgegen. Deren Stellungnahme ist der Berufungsbegründung jedoch nicht beigelegt.

Zu diesem Procedere hat der Senat sich bereits geäußert, zuletzt in dem auf ein gleichermaßen nicht präsentiertes Gutachten S. gestützten Verfahren 5 U 279/14 OLG Koblenz wie folgt:

„Die Berufungserwiderung hatte beanstandet, dass das Privatgutachten Dr. S., auf das das Rechtsmittel sich maßgeblich stützt, nicht vorgelegt worden ist. Dazu teilt die ergänzende Stellungnahme des Klägers mit, das Gutachten sei aus Kostengründen nur fernmündlich eingeholt worden.

Dem Senat erscheint schon grundsätzlich zweifelhaft, ob eine derartige fernmündliche Auskunft als „Privatgutachten“ bezeichnet werden darf und berücksichtigt werden muss.

Zieht man das in Erwägung, fehlt im Streitfall dem auf die fernmündliche Auskunft gestützten Berufungsvorbringen jede Substanz und Verlässlichkeit. Dass es sich bei der telefonisch befragten Frau Dr. S. um eine Ärztin handeln soll, kann dem Gesamtzusammenhang des Berufungsvorbringens entnommen werden. Unklar ist jedoch, welchen Ausbildungsgang Dr. S. absolviert hat, welcher medizinischen Fachrichtung sie angehört, ob sie klinische oder sonstige praktische und aktuelle Erfahrungen hat, um fachlich hinreichend qualifiziert zu dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen, einem deutschlandweit renommierten Direktor eines Universitätsklinikums, Stellung nehmen zu können. Welche Fragen der „Privatgutachterin“ am Telefon gestellt wurden und ob ihr zuvor das schriftliche Gutachten Prof. Dr. K. einschließlich der Sitzungsniederschrift über die mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen übersandt worden war, ist ebenso unklar, wie der genaue Inhalt der fernmündlichen Auskunft der „Privatsachverständigen“. Ob sie vom Kläger oder dessen Prozessbevollmächtigten fernmündlich befragt wurde, ist dem Berufungsvorbringen ebenfalls nicht zu entnehmen. Daher ist nicht zu ersehen, dass sich aus der lediglich in indirekter Rede wiedergegebenen angeblichen Auskunft der Ärztin am Telefon irgendein tragfähiger Anhalt dafür ergibt, dass die Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen unvollständig oder sonst mangelhaft sein könnten.“

So liegt es auch im vorliegenden Fall.

Soweit die Berufung (zu Recht) auf eine Ungereimtheit in der zeitlichen Einordnung des (unstreitig erfolgten) EKG verweist, ist weder dargetan noch ersichtlich, dass das haftungsrelevant sein könnte.

Soweit die Berufung die strikte Einhaltung der Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaft fordert, ist auch das nicht stichhaltig. Der Senat folgt dem Urteil des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15.04.2014 - VI ZR 382/12 -, wo es heißt:

„Handlungsanweisungen in Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände dürfen nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden. Dies gilt in besonderem Maße für Leitlinien, die erst nach der zu beurteilenden medizinischen Behandlung veröffentlicht worden sind. Leitlinien ersetzen kein Sachverständigengutachten (Hervorhebung durch den Senat). Zwar können sie im Einzelfall den medizinischen Standard für den Zeitpunkt ihres Erlasses zutreffend beschreiben; sie können aber auch Standards ärztlicher Behandlung fortentwickeln oder ihrerseits veralten.“

Dementsprechend stützt sich das Landgericht zu Recht auf die Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen zum konkreten Behandlungsfall des Klägers. Danach bedurfte es

nicht der lückenlosen Kontrolle der Vitalparameter verbunden mit ständig wiederholten Blutdruckmessungen. Auch ist nicht entkräftet, dass das Behandlungskonzept in einer Stroke - Unit nicht anders gewesen wäre als das von der Beklagten veranlasste.

Der Senat sieht letztlich auch keinen ergänzenden Aufklärungsbedarf; die Voraussetzungen für die Einholung eines weiteren Gutachtens liegen nicht vor.“

II. Was der Kläger dagegen mit Schriftsatz vom 29.01.2015 vorbringt, ist nicht geeignet, die Erfolgsaussicht der Berufung anders einzuschätzen:

1. Die gesteigerte Sachaufklärungspflicht des Gerichts im Arzthaftungsprozess ist dem Senat bekannt. Anders als die Berufung meint, handelt es sich bei der von ihr in indirekter Rede wiedergegebenen Stellungnahme der Privatgutachterin Dr. S. nicht um qualifizierten Parteivortrag. Welcher medizinischen Fachrichtung Dr. S. angehört, ist nach wie vor nicht mitgeteilt. Auch ist weiterhin unklar, welche konkreten Fragen zu dem hier maßgeblichen Behandlungsgeschehen ihr gestellt wurden. Dass sie über hinlängliche theoretische und praktische Erfahrungen verfügt, die medizinischen Fachfragen sachgemäß zu erfassen und einzuschätzen, erschließt sich ebenfalls nicht.

Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in dem bereits erwähnten Verfahren 5 U 279/14 OLG Koblenz, in dem die Berufung sich ebenfalls auf ein mündliches „Sachverständigengutachten“ Dr. Schindler stützte, die Nichtzulassungsbeschwerde des dortigen Klägers zurückgewiesen (Beschluss des BGH vom 20.01.2015 - VI ZR 367/14).

2. Der Hinweis auf die einen Verkehrsunfall betreffende Entscheidung BGHZ 164, 330 geht daran vorbei, dass dort substantielle Einwendungen durch einen insoweit qualifizierten Privatsachverständigen erhoben waren, der sich in nachvollziehbarer Weise kritisch zum Schadensbild an den beiden am Unfall beteiligten Fahrzeugen geäußert hatte.

Trotz des Monitums der Berufungserwiderung hat der Kläger die Stellungnahme Dr. S. jedoch auch jetzt nicht vorgelegt, so dass der Senat nicht prüfen kann, ob ihre angeblichen Erkenntnisse Zweifel an den Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen begründen, die durch ein weiteres Gutachten aufgeklärt werden müssten (von der Berufung als „Obergutachten“ bezeichnet).

Der Senat hat die Voraussetzungen der §§ 525, 412 ZPO erneut geprüft und hält daran fest, dass sie nicht vorliegen.

Die Mitteilung des gerichtlichen Sachverständigen, dass die Behandlung des Klägers bei sofortiger Verlegung in eine Klinik der Maximalversorgung mit Stroke - Unit keine andere gewesen wäre, man dort insbesondere ebenfalls von einer Lyse - Therapie abgesehen hätte (Sitzungsniederschrift vom 23.10.2013 Seiten 2 und 6), ist nicht entkräftet.

3. In der Entscheidung BGHZ 159, 245 ff hat der BGH die Auffassung des Berufungsgerichts beanstandet, soweit dieses Sachvortrag der dortigen Klägerin zu einer Behandlungsalternative als neues Vorbringen nicht zugelassen hatte.

Darum geht es im vorliegenden Streitfall nicht. Der Kläger behauptet lediglich, die von ihm befragte Dr. S. habe sich zu den medizinischen Fachfragen, die Gegenstand der Beweisaufnahme erster Instanz waren, anders als der dort mehrmals schriftlich und mündlich konsultierte Sachverständige geäußert. Die Berufung zeigt jedoch nach wie vor nicht auf, dass Dr. S. hinsichtlich der maßgeblichen medizinischen Fragen als „Sachverständige“ angesehen werden kann.

4. Das Rechtsmittel war mit den Nebenentscheidungen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO zurückzuweisen.

**72. OLG Köln, Beschluss vom 02.02.2015 – 5 U 121/14 – \* Zahnarztthaftung: Rückschluss von einem negativen Behandlungsverlauf auf einen Behandlungsfehler; Pflicht zur Aufklärung hinsichtlich des Risikos einer Zerstörung von Kronen. - Liegen Schäden an eingebrachtem Zahnersatz vor, die nicht anders als durch einen Behandlungsfehler zu erklären sind, darf von dem negativen Verlauf einer Behandlung auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden. Der Patient ist zudem auf das Risiko einer Zerstörung von Kronen durch Über- und Fehlbelastungen des Gebisses aufzuklären.**

#### **Orientierungssatz**

**Liegen Schäden an eingebrachtem Zahnersatz vor, die nicht anders als durch einen Behandlungsfehler zu erklären sind, darf von dem negativen Verlauf einer Behandlung auf einen Behandlungsfehler geschlossen werden. Der Patient ist zudem auf das Risiko einer Zerstörung von Kronen durch Über- und Fehlbelastungen des Gebisses aufzuklären.**

#### **Tenor**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 11.06.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 232/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.

#### **Gründe**

Die Berufung war gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, denn sie hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

Zur Begründung wird auf den Beschluss des Senats vom 10.12.2014 (Bl. 222 ff. d.A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO. Die gegen diesen Beschluss erhobenen Einwendungen der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 27.01.2015, mit denen sie im Kern ihre bereits mit der Berufungsbegründung vorgebrachten Argumente wiederholt, führen auch nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu einer anderen Beurteilung. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger den Beweis eines Behandlungsfehlers erbracht. Es trifft zwar im Grundsatz zu, dass von dem negativen Verlauf einer Behandlung nicht zwangsläufig auf das Vorliegen eines Behandlungsfehlers geschlossen werden kann. Vorliegend lagen jedoch Schäden am eingebrachten Zahnersatz vor, die nach Aussage des Sachverständigen Dr. G nicht anders als durch einen Behandlungsfehler zu erklären sind. Aus der durch Herrn C angefertigte "Begutachtung von eingegliedertem Zahnersatz" vom 19.11.2009 kann die Beklagte nichts für sie günstigeres herleiten, denn aus dieser ergibt sich lediglich, dass die Oberkieferprothese einwandfrei und funktionstüchtig war. Zum Zustand des übrigen Zahnersatzes, insbesondere Regio 13 bis 21 betreffend, hat der Gutachter hingegen keine konkrete Feststellungen getroffen. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, es sei anzunehmen, dass der nachbehandelnde Zahnarzt Dr. G2 Veränderungen am Zahnersatz vorgenommen haben müsse. Laut Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 14.05.2014 ist zwischen den Parteien in der mündlichen Verhandlung unstrittig gewesen, dass Dr. G2 lediglich einen Heil- und Kostenplan erstellt und eine Schmerzbehandlung durchgeführt hat. Von diesem unstrittigen Sachverhalt hat der Senat auszugehen, zumal eine Berichtigung des Protokolls durch die Beklagte zu keiner Zeit beantragt worden ist. Der nunmehr erfolgte Vortrag der Beklagten zu angeblich durchgeführten Veränderungen am Zahnersatz durch Herrn Dr. G2 sind im Übrigen auch ohne jede Substanz. Die Beklagte trägt insbesondere nicht vor, an welchen Teilen des Zahnersatzes Änderungen vorgenommen worden sein sollen. Schließlich bleibt die Klage aber auch aufgrund unzureichender Aufklärung des Klägers begründet. Die Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt, dass sie den Kläger auf das Risiko einer Zerstörung der Kronen durch Über- und Fehlbelastungen des Gebisses aufgeklärt hat. Aus der Dokumentation ergibt sich zwar, dass über eine Funktionsanalyse gesprochen worden ist. Ein Nachweis einer ausreichenden Risikoaufklärung ergibt sich aus dieser Dokumentation jedoch nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Streitwert: 6.829,64 EUR

**73. OLG Köln, Beschluss vom 30.01.2015 – 5 U 104/14 – \* Arzt- bzw. Krankenhaushaftung: Erforderlichkeit eines Zusatzgutachtens: Die Frage, ob den im Haus eines Krankenträgers tätigen Ärzten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, weil der Patient während des stationären Aufenthaltes erheblich an Gewicht zugenommen hatte und dies den Ärzten hätte auffallen müssen, ist nach dem Grundsatz fachgleicher Begutachtung durch einen Facharzt der Chirurgie zu beantworten, wenn sich der Patient in der chirurgischen Klinik befunden hat.**

#### Orientierungssatz

**Die Frage, ob den im Haus eines Krankenträgers tätigen Ärzten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, weil der Patient während des stationären Aufenthaltes erheblich an Gewicht zugenommen hatte und dies den Ärzten hätte auffallen müssen, ist nach dem Grundsatz fachgleicher Begutachtung durch einen Facharzt der Chirurgie zu beantworten, wenn sich der Patient in der chirurgischen Klinik befunden hat.**

#### Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 21.05.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 51/13 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

#### Gründe

I.

Der am 04.08.1940 geborene Kläger befand sich wegen eines diabetischen Fußsyndroms mit Nekrosen der 1. bis 4. Zehe rechts und der Großzehe links in der Zeit vom 24.03.2010 bis zum 06.04.2010 in stationärer Behandlung im N-Krankenhaus in C. Er wurde zur Weiterbehandlung in das Krankenhaus I, deren Trägerin die Beklagte ist, überwiesen. Der Kläger befand sich in der Zeit vom 06.04.2010 bis zum

15.04.2010 in der chirurgischen Klinik des Krankenhauses zur stationären Behandlung. Laut Entlassungsbericht des Krankenhauses litt der Kläger unter einer Vielzahl von Vorerkrankungen, u.a. unter Diabetes mellitus Typ 2, diabetischer Polyneuropathie, glomerulären Krankheiten, koronare Herzkrankheit und arterieller Hypertonie. Er wog bei Aufnahme im Krankenhaus I bei einer Körpergröße von 162 cm ca. 60 kg. Am 15.04.2010 wurde der Kläger aus der stationären Behandlung entlassen. Einen Tag später wurde er durch seinen Hausarzt mit der Diagnose "dekompensierte Niereninsuffizienz, dekompensierte Herzinsuffizienz" in das Krankenhaus St. I2 in C eingewiesen. Im Aufnahmebogen des Krankenhauses in C wurde ein Gewicht von ca. 60 kg notiert. Dem endgültigen Entlassungsbrief des Krankenhauses in C vom 03.02.2011 lässt sich entnehmen, dass "bei klinisch führender Anasarka mit Betonung der Unterschenkel und Füße, sowie zunehmender Dyspnoe" eine grenzwertige Herzvergrößerung mit deutlichen Stauungseichen sowie Pleuraergüssen festgestellt worden war, wobei sich Dyspnoe, Ödeme und Pleuraergüsse nach Gewichtsreduktion von 16,5 kg während des Krankenhausaufenthaltes nach und nach komplett zurückbildeten. In der Behandlungsdokumentation des Krankenhauses finden sich neben dem am Aufnahmetag des 16.04.2010 notierten Körpergewicht von ca. 60 kg weitere Gewichtsangaben von 75,1 kg am 17.04.2010 bis hin zu 61,1 kg am 29.04.2010.

Der Kläger hat behauptet, er sei im Hause der Beklagten fehlerhaft behandelt worden. Infolge einer unkontrollierten Gabe eines Kontrastmittels habe er eine Nierenschädigung erlitten. Während des stationären Aufenthaltes im Krankenhaus I habe er zunehmend Wasser eingelagert. Sein Gesicht sei kürbisartig angeschwollen gewesen. Obwohl die Wassereinlagerungen immer schlimmer geworden seien, habe das Ärzte- und Pflegepersonal nicht reagiert. Die behandelnden Ärzte hätten die Augen vor der massiven Gewichtszunahme verschlossen und fahrlässig den nephrologischen Hintergrund des Phänomens übergangen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 6.500,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.04.2010;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.412,03 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ab dem 01.03.2013 eine drei Monate im Voraus fällige Rente von 565,77 EUR je Kalendervierteljahr zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weiteren zukünftigen materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, welche diesem aus der fehlerhaften und/oder rechtswidrigen Behandlung in der Zeit vom 06.04.2010 bis zum 15.04.2010 im Krankenhaus I entstanden sind oder noch entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden;
5. die Beklagte zu verurteilen, ihm außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.278,85 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie hat bestritten, dass der Kläger während der Dauer der Behandlung in erheblichem Ausmaß Wasser eingelagert habe. Am Tag der Aufnahme im Krankenhaus in C habe der Kläger nach der dortigen Dokumentation 60 kg gewogen. Dies spreche eindeutig gegen eine von ihm behauptete, dramatische Gewichtszunahme. Die Beklagte hat ferner die Kausalität etwaiger Behandlungsfehler für die vom Kläger behaupteten Beeinträchtigungen bestritten.

Wegen der Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 166 ff d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Q vom 16.09.2013 (Bl. 71 ff. d.A.). Mit Schriftsatz vom 12.11.2013 (Bl. 115 d.A.) hat der Kläger beantragt, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens mündlich anzuhören. Daraufhin hat das Landgericht eine ergänzende schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen eingeholt (Gutachtenergänzung vom 30.01.2014, Bl. 122 ff d.A.). Gegen das Ergänzungsgutachten hat der Kläger mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 17.03.2014 weitere Einwände erhoben. Mit seiner Ladungsverfügung hat die Kammer den Kläger darauf hingewiesen, dass sie keinen Anlass sehe, den Sachverständigen zum Termin zu laden, zumal kein entsprechender Antrag gestellt worden sei. Nach mündlicher Verhandlung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis des Gutachtens von Prof. Dr. Q seien im Hause der Beklagten begangene Behandlungsfehler nicht gegeben. Es habe keine Veranlassung bestanden, den Sachverständigen mündlich anzuhören, nachdem der Kläger im Anschluss an die Gutachtenergänzung keine relevanten Fragen mehr gestellt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Klageanträge weiter. Er ist der Auffassung, das Landgericht habe den Sachverständigen auf seinen Antrag vom 12.11.2013 mündlich anhören müssen. Im Rahmen einer mündlichen Anhörung des Sachverständigen habe der Widerspruch zwischen der vom Sachverständigen kritiklos hingenommenen Gewichtseintragung des Krankenhauses I am Entlassungstag des 15.04.2010 von 60 kg und dem nur zwei Tage später im Krankenhaus in C festgestellten Körpergewicht von 75 kg aufgearbeitet werden können. Aufgrund der offensichtlichen Unzulänglichkeiten des fachchirurgischen Gutachtens hätte das Landgericht ein nephrologisches Gutachten einholen müssen. Dieses Gutachten hätte ergeben, dass der Kläger wegen einer seitens der Beklagten behandlungsfehlerhaft unentdeckt gebliebenen nephrologischen Erkrankung während seines Aufenthaltes im Krankenhaus I nicht entwässerte und infolge der zugleich unverminderten Zufuhr von Flüssigkeiten massive Ödeme mit der Folge einer Herzerkrankung ausgebildet habe.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen. Die Einwendungen des Klägers gegen das Gutachten von Prof. Dr. Q seien sehr pauschal und daher nicht geeignet, die überzeugenden und nachvollziehbaren Feststellungen des Sachverständigen in Abrede zu stellen. Der Kläger sei mit seinen Einwendungen im Übrigen präkludiert. Die Beklagte bestreitet weiterhin eine Gewichtszunahme des Klägers während des stationären Aufenthaltes im Krankenhaus I. Eine routinemäßige Mitbehandlung durch einen Nephrologen sei nicht veranlasst gewesen.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung war gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, denn sie hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

Zur Begründung wird auf den Beschluss des Senats vom 17.12.2014 (Bl. 207 ff. d.A.) Bezug genommen, § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO. Die Einwände des Klägers in seiner Stellungnahme vom 12.01.2015 zu den Hinweisen des Senats führen auch nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu einer anderen Beurteilung. Soweit der Kläger die Auffassung vertritt, es habe ein nephrologisches Gutachten eingeholt werden müssen, übersieht er, dass es im vorliegenden Rechtsstreit nicht um die Frage des Grundes der Gewichtszunahme geht. Es geht vielmehr um die Frage, ob den im Hause der Beklagten tätigen Ärzten ein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, weil der Kläger während des stationären Aufenthaltes erheblich an Gewicht zugenommen hatte und dies den Ärzten hätten auffallen müssen. Diese Frage war nach dem Grundsatz fachgleicher Begutachtung durch einen Facharzt der Chirurgie zu beantworten, weil sich der Kläger in der chirurgischen Klinik der Beklagten befunden hatte. Der Sachverständige Prof. Dr. Q, Facharzt für Allgemein-, Viszeral- und Unfallchirurgie, hat die Frage nach einem Behandlungsfehler mit überzeugender Begründung verneint. Er hat entgegen den Ausführungen des Klägers in seiner Stellungnahme vom 12.01.2015 auch keine Begutachtung durch einen Nephrologen angeregt, sondern lediglich ausgeführt, er gehe im Zusammenhang mit den im St. I2 beschriebenen Anasarka und dem Pleuraerguß von einer kardialen Dekompensation aus. Falls in diesem Zusammenhang weitere fachgutachterliche Fragen zu klären seien, müsse dies, so der Sachverständige, durch ein Zusatzgutachten erfolgen, wobei aus seiner Sicht die Fragestellung erschöpfend beantwortet sei. Die Frage, ob eine dekompensierte Niereninsuffizienz oder eine dekompensierte Herzinsuffizienz vorgelegen hat, die vorliegend zu einer Gewichtszunahme geführt haben könnte, ist in diesem Rechtsstreit, wie bereits ausgeführt, nicht zu klären. Einer Einholung eines nephrologischen Zusatzgutachtens bedurfte es daher nicht. Ohne Erfolg bleibt schließlich der Einwand des Klägers, die behandelnden Ärzte hätten auf den Hinweis des Sohnes auf ein aufgedunsenes Gesicht und Beine des Klägers, sein Gewicht überprüfen müssen. Zu einer solchen Überprüfung hatten die Ärzte keinen Anlass, nachdem sie eine klinische Untersuchung vorgenommen hatten, diese aber keine Auffälligkeiten ergab.

**74. OLG Hamm, Urteil vom 30.01.2015 – I-26 U 5/14, 26 U 5/14 – \* In einem Arzthaftungsprozess hat das zuständige Gericht in besonderem Maße für ein faires Verfahren zu sorgen, weil es typischerweise ein Informationsgefälle zwischen der ärztlichen Seite und dem Patienten gibt, das auszugleichen ist. - Einer medizinisch nicht sachkundigen Partei ist regelmäßig Gelegenheit zu geben, auch nach dem Vorliegen eines gerichtlichen Gutachtens unter Zuhilfenahme eines weiteren Mediziners zu schwierigen medizinischen Fragen noch einmal Stellung zu nehmen. - Es kann zudem geboten sein, zu schwierigen medizinischen Fragen ein schriftliches Sachverständigen-gutachten anzufordern und es nicht bei einem mündlichen, in einer Verhandlung erstatteten Gutachten zu belassen**

In einem Arzthaftungsprozess hat das zuständige Gericht in besonderem Maße für ein faires Verfahren zu sorgen, weil es typischerweise ein Informationsgefälle zwischen der ärztlichen Seite und dem Patienten gibt, das auszugleichen ist.

Einer medizinisch nicht sachkundigen Partei ist regelmäßig Gelegenheit zu geben, auch nach dem Vorliegen eines gerichtlichen Gutachtens unter Zuhilfenahme eines weiteren Mediziners zu schwierigen medizinischen Fragen noch einmal Stellung zu nehmen.

Es kann zudem geboten sein, zu schwierigen medizinischen Fragen ein schriftliches Sachverständigen-gutachten anzufordern und es nicht bei einem mündlichen, in einer Verhandlung erstatteten Gutachten zu belassen.

#### **Tenor**

Auf die Berufungen des Klägers und des Beklagten zu 4 werden das am 29.11.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld und das Verfahren aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung - auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Gründe**

I.

Der am .....20... geborene Kläger macht Schmerzensgeld- und im Wege des Feststellungsbegehrens Schadensersatzansprüche wegen einer behaupteten ärztlichen Fehlbehandlung anlässlich seiner Geburt geltend.

Die Kindesmutter geb. am .....19..., hatte bereits in der Vergangenheit aufgrund eines pathologischen CTG's mittels Sectio entbinden müssen. Während ihrer dritten Schwangerschaft mit dem Kläger wurde sie vom Beklagten zu 4 betreut. Als voraussichtlichen Geburtstermin hatte er den 08.08.2005 errechnet. Die Kindesmutter stellte sich bei ihm 08.08., 09.08. und 10.08.2005 vor. Als der Beklagte zu 4 am 10.08.2005 am Vormittag etwa gegen 11.20 Uhr ein CTG anfertigte, brach er dies vorzeitig ab und gab der Kindesmutter einen Überweisungsschein für die Geburtsklinik mit dem Hinweis : "Gravidität über dem Termin" und "Oligohydramnie bei Gravidität".

Am Abend desselben Tages begab sich die Kindesmutter sodann in das Krankenhaus der Beklagten zu 1, weil sie das Gefühl hatte, dass die Kindsbewegungen abgenommen hatten. Aufgrund der Befunde eines ab 19.11 Uhr durchgeführten CTG's sowie mehrfacher erfolgloser Weckversuche und Seitenwechsel der Mutter wurde die Beklagte zu 2 als diensthabende Ärztin um 19.40 Uhr verständigt, die Blut entnahm und eine Dopplersonographie durchführte sowie einen vaginalen Befund erhob. Ein erneutes CTG wurde ab 20.25 Uhr durchgeführt. Etwa 20 Minuten nach Abschluss der erfolgten Dopplersonographie wurde die Beklagte zu 3 als zuständige Oberärztin informiert, die einen Oxytocin-Belastungstest und eine Vorbereitung der Kindesmutter für eine Sectio anordnete. Der Belastungstest wurde um 21.10 Uhr durchgeführt.

Als schließlich das CTG um 21.42 Uhr eine silente fetale Herzfrequenz zeigte, wurde nach Eintreffen der Beklagten zu 3 um 21.45 Uhr im Kreißaal gegen 22.17 Uhr eine Sectio vorgenommen. Der Kläger zeigte sich in einem reduzierten Zustand und wurde intubiert. In diesem Zustand wurde er sodann notfallmäßig in die Kinderklinik des Evangelischen Krankenhauses in C/C überwiesen.

Da der Kläger nach seiner Behauptung unter einer schwerwiegenden geistigen und körperlichen Störung wie fokaler Epilepsie, Mikrozephalie, schwerer psychomotorischer Retardierung und zentralen Sehmin-derung leidet, hat er von den Beklagten ein Schmerzensgeld von 350.000 EUR, eine monatliche Schmerzensgeldrente von 300 EUR sowie die Feststellung der weitergehenden Ersatzverpflichtung für sämtliche materiellen Schäden verlangt.

Zur Begründung hat er ausgeführt, dass der Beklagte zu 4 seine Mutter am 10.08.2005 nicht in ausreichender Weise und nicht eindringlich genug unter Hinweis auf die besondere Dringlichkeit ins Krankenhaus eingewiesen habe, obwohl das angefertigte CTG, was der Beklagte nur viel zu kurz durchgeführt habe, erkennbare Auffälligkeiten gezeigt habe. Insoweit habe er dies aber auf dem Einweisungsschein nicht vermerkt. Letztlich habe das Versäumnis zu der mehrstündigen Sauerstoffunterversorgung geführt und die erheblichen Schädigungen verursacht.

Auch die Beklagten zu 1-3 hätten durch das Zuwarten ab 17.30 Uhr, dem Eintreffen der Kindesmutter in der Klinik, viel zu lange gewartet, obwohl schon um 19.11 Uhr ein pathologisches CTG vorgelegen habe. Schon aufgrund der bekannten Probleme einer früheren Schwangerschaft mit pathologischen CTG sei man verpflichtet gewesen, umgehend eine Sectio durchzuführen.

Der Kläger hat sodann mit Schriftsatz vom 05.11.2010, eingegangen beim Landgericht am 08.11.2010, die Klage auf den Beklagten zu 4 erweitert und für diese Klage mit Schriftsatz vom 23.11.2010, eingegangen am 24.11.2010, Prozesskostenhilfe beantragt. Mit gerichtlicher Verfügung vom 07.12.2010 hat das Gericht verfügt, dass eine einfache Abschrift des Schriftsatzes vom 05.11.2010 u.a. an den Beklagten zu 4 übersandt werden sollte, und zwar zur Stellungnahme zum Prozesskostenhilfeantrag. Tatsächlich ist dem Beklagten zu 4 lediglich ein Schriftsatz gleichen Datums übersandt worden, der sich über eine Stellungnahme zu einem gerichtlich eingeholten Gutachten verhielt. Dementsprechend ist eine erneute Übersendung des Prozesskostenhilfesuchs mit gerichtlicher Verfügung vom 17.01.2011 erfolgt. Der Schriftsatz ist dem Anwalt des Beklagten zu 4 wenige Tage später zugegangen. Unter dem 11.03.2011 ist dem Kläger für die Klageerweiterung -ohne eine erneute Einreichung einer Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse- Prozesskostenhilfe bewilligt worden, nachdem er bereits mit Schriftsatz vom 18.11.2010 darauf hingewiesen hatte, dass sich an den vorliegenden Verhältnissen nichts geändert habe.

Das Landgericht hat als sachverständigen Gynäkologen Prof. Dr. Dr. U beraten lassen, der sein schriftliches Gutachten zweimal erläutert hat. Im Zuge der Klageerweiterung auf den Beklagten zu 4, hat Prof. Dr. Dr. U nochmals ein schriftliches Gutachten erstattet und dies erneut mündlich erläutert. Darüber hinaus hat das Landgericht ein neonatologisches schriftliches Gutachten von Prof. Dr. T und Dr. I eingeholt, das Dr. I auch mündlich erläutert hat. Danach hat das Landgericht weiter Beweis über die eingetretenen Folgen beim Kläger durch Einholung eines zusätzlichen mündlichen Gutachtens durch Dr. I erhoben. Drei Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung hat der Kläger nochmals ein Privatgutachten von Prof. Dr. S vorgelegt, mit dem er die Ergebnisse des geburtshilflichen Gutachtens angegriffen hat.

Das Landgericht hat aufgrund der Gutachten von Prof. Dr. Dr. U einen Anspruch gegen den Beklagten zu 4 wegen des Schmerzensgeldanspruchs sowie des Feststellungsantrags für begründet angesehen. Insofern habe ein grober Behandlungsfehler vorgelegen, weil der Beklagte zu 4 nicht in ausreichender Weise dafür gesorgt habe, dass sich die Kindesmutter aufgrund des suspekten CTG's sofort ins Krankenhaus begeben habe, wobei er auf dem Einweisungsschein das Vorliegen eines solche auffälligen CTG's auch nicht vermerkt habe.

Im Hinblick auf die Beklagten zu 1- 3 sei es noch vertretbar gewesen, einen Versuch einer natürlichen Geburt zu unternehmen statt sofort eine Sectio vorzunehmen.

Insofern hat das Landgericht das vor dem letzten Termin vorgelegte Privatgutachten als verspätet zurückgewiesen.

Dagegen richten sich die Berufungen des Klägers sowie des Beklagten zu 4.

Der Kläger trägt vor:

Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft das Privatgutachten von Prof. Dr. S nicht zugelassen. Die gesetzte Frist aus dem Jahr 2008 zur Stellungnahme zum schriftlichen Gutachten von Prof. Dr. Dr. U könne denklösig gar nicht mehr das Gutachten aus dem Jahr 2013 erfasst haben. Tatsächlich habe der Kläger innerhalb der gesetzten Frist vom 07.04.2008 eine Ladung des Sachverständigen zur nachmaligen Anhörung beantragt, die auch erfolgt sei, ebenso wie die zweite Anhörung vom 08.05.2012. Der Kläger habe dann erst kurz vor dem Termin das Privatgutachten vorlegen können, das er vorher nicht selbst habe finanzieren können. Eine grobe Nachlässigkeit könne man daraus nicht entnehmen.

Zudem hätte sich dem Landgericht aufdrängen müssen, dass die Ausführungen von Prof. Dr. Dr. U widersprüchlich gewesen seien. Insofern hätten sich schon unabhängig von den Ausführungen des Privatgutachters, dem sich nunmehr auch ein weiterer Gutachter, nämlich Prof. Dr. L, angeschlossen habe, weitere Aufklärung und Ermittlungen aufdrängen müssen. Nach Meinung beider Privatgutachter habe von Anfang an ein pathologischer Zustand bestanden, der ein sofortiges Handeln im Krankenhaus der Beklagten zu 1 erforderlich gemacht hätte. In dem Fall wäre die Geburt mindestens zwei Stunden eher erfolgt. Eine vaginale Entbindung bei geburtunreifem Zustand sei in Kürze nicht zu erwarten gewesen, so dass eine Sectio erforderlich gewesen sei.

Der Kläger beantragt,

das Verfahren gemäß § 538 Abs. 2 ZPO an das Gericht des ersten Rechtzuges, hier das Landgericht Bielefeld, zurückzuverweisen;

hilfsweise,

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Beklagten zu 1 bis 3 gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 4 zu verurteilen, an ihn ein angemessenes, in das gerichtliche Ermessen gestelltes Schmerzensgeld nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 10.08.2005 zu zahlen;

festzustellen, dass die Beklagten zu 1 bis 3 gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 4 verpflichtet sind, ihm sämtlichen materiellen Schaden zu ersetzen, der durch die fehlerhafte ambulante Schwangerschaftsvorsorge am 10.08.2005 durch den Beklagten zu 4, die fehlerhafte Geburtsleitung und postpartale Versorgung am 10.08.2005 bei der Beklagten zu 1 verursacht worden ist oder noch verursacht wird, soweit Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen oder übergegangen sind.

Die Beklagten zu 1 bis 3 beantragen, die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

Der Beklagte zu 4 beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bielefeld zurückzuverweisen;

hilfsweise,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage gegen ihn abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte zu 4 macht geltend:

Der Anspruch sei verjährt. Die Kindeseltern hätten von möglichen Versäumnissen rechtzeitig Kenntnis gehabt, zumindest sei ihnen nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, dass dem Beklagten zu 4 möglicherweise am 10.08.2005 ein Fehler unterlaufen und er für die Verzögerung der Geburt mitverantwortlich sei; sie hätten nämlich schon im 10.2007 im Prozesskostenhilfe - und Klageverfahren darauf hingewiesen, dass das CTG eine sofortige Einweisung erforderlich gemacht hätte. Dementsprechend sei Verjährung zum 31.12.2010 eingetreten. Eine rechtzeitige Hemmung sei nicht erfolgt, weil dem Beklagten im Rahmen des Prozesskostenhilfe -Verfahrens lediglich eine Stellungnahme des Klägers zum Gutachten Dr. I zugesandt worden sei, nicht aber die Klageerweiterung. Dies sei auf Nachfrage des damaligen Anwaltes durch die zuständige RichterIn so veranlasst worden. Tatsächlich habe der Beklagte erst im 01.2011 die Klageerweiterung zur Stellungnahme im Prozesskostenhilfe -Verfahren erhalten, also nach Ablauf der Verjährungsfrist. Ein Zugang erst am 20.01.2011 sei nicht mehr als demnächst anzusehen, wobei auch nicht feststellbar sei, dass überhaupt ein entsprechendes Prozesskostenhilfe -Formular vorgelegen habe.

Es habe auch kein Behandlungsfehler vorgelegen; denn in der Dokumentation sei vermerkt, dass ein suspektes CTG vorgelegen habe mit der Notwendigkeit der Einweisung ins Krankenhaus. Bei Nachfrage durch die Klinikärzte wären die erforderlichen Auskünfte möglich gewesen. Die nachbehandelnden Klinikärzte hätten sich von der Dringlichkeit auch selbst überzeugen können und müssen.

Der Beklagte habe der Kindesmutter mitgeteilt, dass sie sofort ins Krankenhaus müsse und er ihr auch ein Taxi bestellen würde. Dies habe er unter Beweisanzug erstinstanzlich vorgetragen. Nichts anderes habe man auch aus der protokollierten Darstellung entnehmen können. Er habe dies damals auch dem anwesenden Kindesvater gesagt. Nach Risikohinweisen, wie sie später der Sachverständige Prof. Dr. Dr. U angegeben habe, sei er in der Verhandlung gar nicht befragt worden. Wenn man ihn gefragt hätte, dann hätte er darauf hingewiesen, dass er nicht nur am 08. und 09.08.2005, sondern insbesondere am 10.08.2005 unter Zuhilfenahme der Zeugin N ausdrücklich auf eine drohende Schädigung des Kindes hingewiesen habe.

Es sei auch nicht richtig, dass die Ärzte im Klinikum irgendetwas vermisst hätten; denn sie hätten aufgrund der Angaben in der Überweisung genügend Anlass zum Handeln gehabt. Darüber hinaus wisse er aus der langjährigen Erfahrung, dass sich die Ärzte nicht auf Vorbefunde verlassen würden. Sie hätten ja auch ein eigenes CTG gemacht und von der Mutter um die abnehmenden Kindsbewegungen gewusst, so dass sie selbst hätten handeln müssen. Tatsächlich aber hätten sie im Verfahren noch angegeben, dass sie auch nicht anders vorgegangen wären, wenn sie das suspektes CTG gehabt hätten.

Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. U seien auch in sich widersprüchlich. Während er beim Bekl. zu 4 eine besondere Eilbedürftigkeit angenommen habe, habe er das verzögernde Verhalten bei den Bekl. zu 1-3 für noch nachvollziehbar gehalten. Insoweit habe er beide CTG`s gleich bewertet. Wenn er aber selbst nach den erhobenen Doppler-Werten ein weiteres Zuwarten für vertretbar gehalten habe, dann könne das Verhalten des Beklagten zu 4 nicht fehlerhaft und schon gar nicht grob fehlerhaft gewesen sein. Es sei zudem nicht davon auszugehen, dass eine frühere Noteinweisung zu einer sofortigen Sectio geführt hätte, weil die erhobenen Werte vorher nicht schlechter gewesen wären.

Ein Befunderhebungsfehler liege nicht vor; denn der Beklagte zu 4 habe das CTG vorzeitig abbrechen dürfen und auch keine Doppler-Untersuchung vornehmen müssen, weil er eine sofortige Krankenhauseinweisung befürwortet habe. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass eine frühere Doppleruntersuchung ein anderes Ergebnis erbracht hätte, weil ja die spätere Untersuchung nach Auffassung des Sachverständigen eine vaginale Entbindung zuließ.

Es fehle daher an einer nachgewiesenen Kausalität, weil der Sachverständige Dr. I nicht habe feststellen können, ob der Kläger sich bei einer früheren Entbindung besser gestanden hätte. Insoweit seien dem

Sachverständigen auch falsche Fragen gestellt worden, die zudem gar nicht alle beantwortet worden seien. Im Übrigen handle es sich um Sekundärschäden, für die ein anderes Beweismaß gelte. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

Die Berufungen sind begründet.

Antragsgemäß war das angefochtene Urteil wegen zahlreicher wesentlicher Verfahrensfehler gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO aufzuheben und das Verfahren an das Landgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

A. Berufung des Klägers

Das Verfahren des Landgerichtes verletzt in mehrfacher Hinsicht den Anspruch des Klägers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs und seinen Anspruch auf ein faires Verfahren und "Waffengleichheit" im Arzthaftungsprozess, weil es das Privatgutachten von Prof. Dr. S als verspätet zurückgewiesen hat.

Es war schon fehlerhaft, dass eine Zurückweisung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO erfolgt ist, weil die mit Verfügung vom 07.04.2008 gesetzte Frist ersichtlich nicht mehr für den Zeitraum im Jahr 2013 gelten konnte, nachdem der Sachverständige Prof. Dr. U aufgrund der fristgerecht erhobenen Einwände nachfolgend noch mehrfach mündlich angehört worden ist. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass eine im Jahr 2013 vorgelegte Privatgutachten nicht mit einer im Jahr 2008 gesetzten Frist gem. §§ 411 Abs. 2 S. 2, 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden kann. Die im Jahr 2008 gesetzte Frist war keine "hierfür gesetzte Frist" i. S. d. §§ 411 Abs. 2 S. 2, 296 Abs. 1 ZPO.

Auch die Zurückweisung gemäß §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO ist fehlerhaft.

Im Zivilprozess hat ein Richter grundsätzlich für ein faires Verfahren zu sorgen. Dazu gehört vor allem auch eine dementsprechende Handhabung des Beweises. Das gilt in besonderem Maße für den Arzthaftungsprozess, in dem es typischerweise ein Informationsgefälle zwischen der ärztlichen Seite und dem Patienten gibt, das soweit als möglich auszugleichen ist. Dazu gehört es dann auch, einer medizinisch nicht sachkundigen Partei Gelegenheit zu geben, unter Zuhilfenahme eines weiteren Mediziners über schwierige medizinische Fragen nach Vorliegen eines Gutachtens nochmals Stellung zu nehmen. Andernfalls wäre sie in den meisten Fällen nicht in der Lage, dem Sachverständigen etwaige abweichende medizinische Lehrmeinungen vorzuhalten, auf mögliche Lücken der Begutachtung hinzuweisen und etwaige Widersprüche im Gutachten aufzuzeigen (Grundsätze seit: BVerfG VersR 1979, 907, 911, BGH VersR 1982, 168; VersR 1984, 661f; VersR 1988, 914).

Dabei ist dem Privatgutachten dieselbe Aufmerksamkeit zu schenken wie dem gerichtlich bestellten Sachverständigen (BGH VersR 2001, 525; VersR 2009, 1406).

Vor diesem Hintergrund war es nicht gerechtfertigt, dem Kläger die Chance zu nehmen, den gerichtlichen Sachverständigen mit den Einwänden des Privatgutachters zu konfrontieren, zumal sich dem Landgericht der vorhandene Widerspruch hätte aufdrängen müssen, dass zwar gegenüber dem Beklagten zu 4 eine ungeheure Dringlichkeit zur Klinikeinweisung geltend gemacht, der Klinik selbst jedoch über mehrere Stunden eine nur vage Möglichkeit einer vaginalen Entbindung erlaubt wurde, und das bei gleicher Problematik eines höchst auffälligen CTG's. Es ist auch sehr fraglich, ob man dem Kläger einen schwerwiegenden Vorwurf machen durfte, dem Landgericht nicht rechtzeitig mitgeteilt zu haben, dass noch ein Privatgutachten vorgelegt würde. In jedem Fall war das Landgericht aber aufgrund der zuvor genannten Gründe gehalten, das Verfahren fortzuführen, um nicht gegen das Gebot eines fairen Verfahrens zu verstoßen.

B. Berufung des Beklagten zu 4

Auch bezüglich des Beklagten zu 4 liegen in mehrfacher Hinsicht wesentliche Verfahrensmängel vor, die eine antragsgemäße Zurückverweisung begründen.

Nach Ansicht des Senats war es fehlerhaft, dem Beweisantritt bezüglich des Hinweises des Beklagten zu 4 an die Kindesmutter sowie auch an den Vater, dass die Kindesmutter "möglichst bald" ins Krankenhaus müsse, wobei auch das Angebot gemacht worden sein soll, aus der Praxis heraus ein Taxi zu bestellen, nicht nachzugehen; denn allein dem Umstand, dass direkt aus der Praxis heraus das Krankenhaus aufgesucht werden sollte, war die besondere Dringlichkeit zu entnehmen, nachdem schon nach Behauptung des Beklagten zu 4 - unter Beweisantritt - an den Tagen zuvor eine Krankenhauseinweisung unter Hinweis auf die bestehende Gefahr für das Kind angeraten worden war. Das Landgericht durfte die Angaben des Beklagten zu 4, die er in der mündlichen Verhandlung vor den Ausführungen des Sachverständigen gemacht hatte, im Hinblick auf die schriftlich erfolgten Ausführungen nicht ohne weitere Nachfrage als nicht ausreichend ansehen und sodann von einer weiteren Beweisaufnahme absehen. Damit ist das rechtliche Gehör des Beklagten zu 4 erheblich beschnitten worden.

Es kommt entscheidend hinzu, dass hier zu einem sehr schwierigen medizinischen Problem ein rein mündliches Sachverständigengutachten durch Dr. I eingeholt worden ist, wobei die Beurteilungssituation noch besonders dadurch erschwert worden ist, dass erforderliche Krankenunterlagen nicht mehr auffindbar sind. In solch einer schwierigen Materie ein mündliches Gutachten einzuholen, das letztlich nur von

einem medizinischen Fachmann sofort nachvollzogen werden kann, aber kaum von den weiteren Verfahrensbeteiligten einschließlich der Anwälte und des Gerichts, ist ein schwerer Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens (vgl. BGH VwR 1984,661). Es kommt noch hinzu, dass der Sachverständige gar nicht in der Lage war, die Fragen vollständig zu beantworten. Diesbezüglich konnte er z.B. die Frage zur Mikrozephalie ad hoc gar nicht beurteilen, hielt dies aber für aufklärbar.

Vor diesem Hintergrund war das Verfahren antragsgemäß an das Landgericht zurückzuverweisen, weil noch eine umfangreiche Beweisaufnahme zu erfolgen hat. Neben der Beweisaufnahme durch Zeugen muss sich der Sachverständige Prof. Dr. Dr. U mit nunmehr zwei Privatgutachten auseinandersetzen, wobei sich möglicherweise die Einholung eines weiteren Gutachtens als notwendig erweisen kann. Darüber hinaus wäre ein schriftliches Gutachten durch den Neonatologen einzuholen, wobei die an ihn gerichteten Fragen sowie deren Formulierungen letztlich von der Beweislast abhängen. Sollten grobe Fehler oder Befunderhebungsfehler vorliegen, so wäre die Beweislast hinsichtlich der eingetretenen Folgen, bei denen es sich entgegen der Auffassung des Beklagten zu 4 nicht um Sekundärfolgen handelt, auf der Medizinerseite.

Hinsichtlich des Beklagten zu 4 konnte von einer Zurückverweisung auch nicht im Hinblick auf eine eingetretene Verjährung abgesehen werden; denn eine solche ist nicht erfolgt. Unabhängig davon, ob der Kläger tatsächlich bereits im Jahr 2007 ausreichende Kenntnis von einem Fehlverhalten des Beklagten zu 4 hatte, so dass eine Verjährung mit Schluss des Jahre 2010 eingetreten wäre, lag hier eine rechtzeitige Hemmung durch Einreichung des Prozesskostenhilfesuchs gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB vor. Tatsächlich hatte die zuständige Richterin nach der Aktenlage bereits mit Verfügung vom 07.12.2010 eine Übersendung des Schriftsatzes in einfacher Abschrift zur Stellungnahme zum Prozesskostenhilfesuch an den Beklagten zu 4 verfügt, wobei es angesichts zweier Schriftsätze mit gleich lautendem Datum zu einer falschen Übersendung gekommen ist. Im Übrigen wäre auch die Übermittlung zu Ende01.2011 noch immer als "demnächst" i.S.v. § 167 ZPO - die Vorschrift wird entsprechend angewandt - anzusehen, weil die Dauer der Verzögerung unerheblich ist, wenn sie vom Gericht und nicht vom Kläger veranlasst wurde (BGHZ 103, 20, 28; NJW 2003, 2830, 2831; 2006, 3206, 3207).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Einer Zulassung der Revision bedurfte es nicht, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, § 543 Abs. 2 ZPO.

**75. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.01.2015 – 8 U 25/14 – \* Krankenhaushaftung: Umfang der Aufklärungspflicht vor Durchführung einer Kataraktoperation; Schmerzensgeldanspruch bei unwirksamer Einwilligung des Patienten: Nach § 630d Abs. 2 BGB setzt die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Operation (hier: Kataraktoperation) voraus, dass der Patient vor der Einwilligung nach Maßgabe des § 630e Abs. 1 bis 4 BGB über alle für die Einwilligung maßgeblichen Umstände aufgeklärt worden ist. Aufklärungspflichtig sind danach u. a. zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie. Aufzuklären ist somit insbesondere auch über die Diagnose.**

#### Orientierungssatz

1. Nach § 630d Abs. 2 BGB setzt die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Operation (hier: Kataraktoperation) voraus, dass der Patient vor der Einwilligung nach Maßgabe des § 630e Abs. 1 bis 4 BGB über alle für die Einwilligung maßgeblichen Umstände aufgeklärt worden ist. Aufklärungspflichtig sind danach u. a. zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie. Aufzuklären ist somit insbesondere auch über die Diagnose.

2. Eine Aufklärung "im Großen und Ganzen" erfordert des Weiteren, dass dem Patienten das Gewicht des Austauschrisikos, auf das er sich mit der Therapie einlässt, zutreffend dargestellt wird. So sind dem Patienten vor allem in Fällen nicht dringlicher Indikation nicht nur die eingriffsspezifischen Risiken, sondern auch die Heilungschancen darzustellen, damit er in die Lage versetzt ist, sich für oder gegen die geplante Operation zu entscheiden (Anschluss KG Berlin, 15.12.2003, 20 U 105/02, NJW-RR 2004, 458).

3. Ein Patient, der vor der Durchführung einer Kataraktoperation nicht in dem erforderlichen Umfang aufgeklärt wird und dessen Sehvermögen sich nach dem Eingriff verschlechtert, hat einen Anspruch auf Schmerzensgeld in Höhe von 8.000 Euro.

4. Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Gericht teilt mit, dass die Berufung nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden ist.

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss KG Berlin, 15.12.2003, Az: 20 U 105/02

#### Tenor

Der Senat weist die Beklagte darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

A. Die Berufung bietet offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

## Gründe

I.

Der Kläger fordert von der Beklagten mit der Behauptung ärztlicher Behandlungs- und Aufklärungsfehler ein Schmerzensgeld, des Weiteren nimmt er die Beklagte auf Feststellung ihrer Ersatzpflicht für materielle Schäden und für nicht vorhersehbare künftige immaterielle Schäden in Anspruch.

Der Kläger stellte sich aufgrund einer Überweisung des niedergelassenen Augenarztes Dr. A am ...9.2010 in der Klinik der Beklagten vor, um an seinem linken Auge eine Kataraktoperation durchführen und eine Hornhautverkrümmung behandeln zu lassen. Er wies beidseits Cataracta corticonuclearis mit Speichentrübungen - links mehr als rechts - auf. Die Sehschärfe betrug mit eigener Brille rechts 0,5, links 0,4. Die von dem Kläger mitgebrachte OCT (Optische Kohärenztomographie) zeigte im Netzhautbereich des linken Auges eine beginnende Gliose. Der Wert des Astigmatismus wurde präoperativ mit - 0,75 bestimmt. Der Kläger unterzeichnete am ...9.2010 einen Aufklärungsbogen über eine Katarakt-Operation.

Die Operation erfolgte am ...10.2010. Es wurde keine torische, sondern eine sphärische monofocale Blaulichtfilterlinse eingesetzt. Am Operationstag hatte der Kläger starke Schmerzen an dem operierten Auge. Er begab sich deshalb am Abend erneut in die Klinik der Beklagten. Der behandelnde Arzt diagnostizierte eine starke Schwellung der Hornhaut sowie einen erhöhten Augendruck und ließ bis zur Normalisierung des inneren Augendruckes Kammerwasser aus der vorderen Augenkammer ab. Infolge täglicher augenärztlicher Behandlung wurden die Schmerzen gelindert. Der Kläger sah weiterhin nur verschwommen und verzerrt. Anlässlich einer zwei Wochen später durchgeführten Untersuchung stellten die Ärzte der Beklagten eine Ödembildung im Maculabereich fest. Der Wert des Astigmatismus wurde mit - 2,25 gemessen; bei diesem Wert wäre der Einsatz einer torischen Linse veranlasst gewesen. Der Kläger nahm weitere Kontrolltermine am 15.11.2010 und am 8.12.2010 wahr. Die Abweichung zwischen dem prä- und dem postoperativen Wert des Astigmatismus konnte man sich in der Klinik der Beklagten nicht erklären. Das Ödem bildete sich in der Folgezeit zurück; es verblieb ein Maculaforamen.

Am ...1.2011 ließ der Kläger in der B-Klinik Stadt1 eine Pars-plana-Vitrektomie durchführen. Es bildete sich ein Makulaödem.

Der Kläger hat den ihm in der Klinik der Beklagten behandelnden Ärzten grobe Behandlungsfehler vorgeworfen.

Bei der Kataraktoperation sei die Horn- oder die Netzhaut verletzt worden, was Ursache der Schmerzen und der Sehschwäche sei. Des Weiteren seien präoperativ fehlerhafte Messungen zu verzeichnen; eine zum Ausgleich der Hornhautverkrümmung vereinbarte torische Linse sei deshalb nicht eingesetzt worden. Seine Sehschärfe sei deutlich schlechter als vor der Operation; er könne mit dem linken Auge nur noch Umrisse erkennen, weshalb er nicht mehr selbst ein Kraftfahrzeug führen könne. Infolge einer massiven Beeinträchtigung des räumlichen Sehens habe er im Alltag vielerlei Probleme.

Des Weiteren hat der Kläger Aufklärungsmängel geltend gemacht. Jedenfalls über eine mögliche Verschlechterung seines Sehvermögens infolge der Kataraktoperation nach vorbestehender Gliose sei aufzuklären gewesen. In Kenntnis dieses Risikos, das sich auch verwirklicht habe, hätte er seine Einwilligung nicht erteilt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ein ihm zustehendes Schmerzensgeld sei mit 25.000,- € zu bemessen. Dem geltend gemachten Anspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich materieller Schäden hat er einen Haushaltsführungsschaden, Fahrkosten und Medikamentenzuzahlungen unterlegt.

Die Parteien haben die in dem Urteil des Landgerichts wiedergegebenen Anträge gestellt.

Die Beklagte hat behauptet:

Der Kläger sei präoperativ ausführlich über die verschiedenen Linsentypen und die Operationsrisiken, so auch über das Risiko der Schwellung der Netzhautmitte und einer Membranbildung im Sinne eines cystoiden Makulaödems aufgeklärt worden.

Aufgrund der präoperativ sorgfältig bestimmten Messwerte sei eine monofokale sphärische Linse indiziert gewesen. Dr. C habe dem Kläger im Hinblick auf die beginnende epiretinale Gliose am linken Auge von der Implantation einer multifokalen Linse abgeraten. Auch sei der Kläger ausführlich darüber informiert worden, dass nicht von einem Hornhaut-, sondern von einem Linsenastigmatismus auszugehen sei, welcher allein durch die Entfernung der getrübten Linse behoben werden könne. Im Übrigen sei die Wahl der Linse nicht für die Visusverschlechterung des Klägers verantwortlich.

Bei der vollständig und folgenlos verheilten, intraoperativen Hornhautverletzung handele es sich um ein unvermeidliches Operationsrisiko.

Für die Visusverschlechterung sei bei vorbestehender Gliose eine Ödembildung im Maculabereich verantwortlich, welche zu einer Netzhautverdünnung mit beginnendem Maculaforamen geführt habe.

Dr. C habe mit dem Kläger den fundoskopisch erkennbaren und mittels OCT dokumentierten Befund einer epiretinalen Gliose besprochen; erörtert worden sei auch, dass der Linsenaustausch bei der Kataraktoperation nicht das Krankheitsbild der Gliose beseitige, sondern dass diese Erkrankung fortschreiten könne, so dass der Visus unklar sei.

Die Beklagte hat sich zur Schadenshöhe eingelassen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen D nebst mündlicher Gutachtenerläuterung.

Es hat die Beklagte durch Urteil vom 29.1.2014 zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 8.000.- € nebst Zinsen sowie anteiliger vorgerichtlicher Kosten verurteilt und dem Feststellungsbegehren im Wesentlichen stattgegeben. Die weitergehende Klage ist abgewiesen worden. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung ihr erstinstanzliches Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter. Hingegen hat der Kläger Anschlussberufung eingelegt, um eine vollständige Verurteilung nach seinen erstinstanzlichen Klageanträgen zu erreichen.

Die Beklagte beanstandet die Feststellung des Landgerichts, ein Aufklärungsmangel liege darin, dass der Kläger nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass aufgrund des präoperativen Befundes einer Gliose eine Sehverbesserung nicht zu erwarten sei und möglicherweise durch die Kataraktoperation eine Sehverschlechterung eintreten könne. Solches ergebe sich aus dem erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachten nicht. Vielmehr seien die Ausführungen des Sachverständigen so zu verstehen, dass durch eine Kataraktoperation das Krankheitsbild der Gliose nicht beseitigt werden und diese Erkrankung fortschreiten könne, so dass die Visusprognose unklar sei. Sie wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen, hierüber habe Dr. C den Kläger am ....9.2010 aufgeklärt. Der Zeuge Dr. C habe den Kläger auch darüber informiert, dass bei präoperativer Gliose nicht unbedingt mit einer Sehverbesserung durch die Kataraktoperation zu rechnen sei. Hingegen sei nicht darüber aufzuklären, dass die Gliose zwingend eine Verbesserung des Sehens nach Kataraktoperation verhindere; solches ergebe sich aus dem Sachverständigengutachten nicht. Vielmehr sei gerade bei einer beginnenden Gliose grundsätzlich von einer Sehverbesserung durch die Kataraktoperation auszugehen.

Der Sachverständige habe auch nicht einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kataraktoperation und einer Verschlechterung der Gliose festgestellt.

Ein Aufklärungspflicht dahin, dass nach erfolgreicher Kataraktoperation das durch eine Gliose verursachte Phänomen der „Verzerrung“ von Linien stärker hervortreten könne, bestehe nicht. Bei einer erst beginnenden Gliose stelle sich ein solcher Effekt nicht zwingend ein. Auch handele es sich nicht um eine gravierende Beeinträchtigung.

Die Beklagte hält an dem bereits erstinstanzlich erhobenen Einwand einer hypothetischen Einwilligung fest. Der Kläger sei über die in dem schriftlichen Aufklärungsbogen genannten Risiken auch mündlich aufgeklärt worden. Es sei nicht plausibel, dass er in Kenntnis des Risikos einer Sehverschlechterung bis zum Verlust der Sehfähigkeit und des Auges in die Operation eingewilligt habe, bei einem Hinweis auf eine evtl. deutlichere Wahrnehmung von Verzerrungen durch die Gliose sich den Eingriff aber überlegt haben wolle.

Überdies stehe nicht fest, dass es bei dem Kläger nach der Kataraktoperation tatsächlich gliosebedingt zu einem verzerrten Sehen von Linien gekommen sei und der Kläger aufgrund dessen ein Kraftfahrzeug nicht mehr führen könne. Einen Zusammenhang zwischen der nach Vitrektomie verbliebenen stark reduzierten Sehschärfe des linken Auges des Klägers und der Kataraktoperation habe das Landgericht nicht festgestellt.

Die Darstellung des Klägers, er habe nach der Operation nur verschwommen und verzerrt gesehen, bzw. er könne heute mit dem linken Auge nur noch Umrisse erkennen, spreche gegen die Annahme des Landgerichts, bei dem Kläger habe sich das Risiko der besseren Wahrnehmung gliosebedingter Verzerrung von Linien verwirklicht.

Die Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 29.1.2014, AZ. 2. 04 O 470/11 die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen;

auf die Anschlussberufung

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger ein über das Schmerzensgeld in Höhe von 8.000.- € nebst Zinsen in Höhe von 5% Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.1.2012 hinausgehendes angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Festsetzung der Höhe nach in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.1.2012;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche aus der fehlerhaften Behandlung seit dem 29.9.2010 resultierenden weiteren materiellen Schäden für Vergangenheit und Zukunft sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Zukunftsschäden, soweit diese nicht bereits vom Tenor des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 29.1.2014 umfasst sind, zu ersetzen, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen oder übergegangen sind;

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger die nach dem RVG nicht konsumierten außergerichtlichen Kosten des Klägers bei den Prozessbevollmächtigten in Höhe von 438,39 € nebst Zinsen in Höhe von 5%

Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit nach den §§ 288 Abs. 1, 291 Abs. 1 Satz 1 1. HS BGB im Wege der Nebenforderung zu zahlen ;

4. vorsorglich die Revision zuzulassen,

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil im Umfange der Stattgabe. Das Bestehen einer Gliose sei ihm vor der Kataraktoperation nicht bekannt gewesen. Über mit der Gliose einhergehende Risiken und therapeutische Konsequenzen sei er nicht aufgeklärt, das Risiko, dass eine Verbesserung der Sehfähigkeit infolge der vorbestehenden Gliose ausbleibe, sei ihm nicht dargestellt worden.

Die Auswirkung des verzerrten Sehens infolge einer Gliose sei für ihn durch die Kataraktoperation, in deren Folge das Licht nunmehr barrierefrei auf die Netzhaut auftreffe, wahrnehmbar geworden. Auch hierüber habe er zwingend aufgeklärt werden müssen.

Das Sehen verzerrter Linien infolge einer Gliose sei ein typisches Symptom, welches eine gravierende Beeinträchtigung darstelle und die Fähigkeit zur Führung eines Kraftfahrzeugs subjektiv aufhebe.

Mit der erheblichen Verschlechterung der Gliose, die zur Verminderung des Visus geführt habe, habe sich das Risiko der Kataraktoperation verwirklicht. Hingegen sei die Virektomie nicht Ursache der Verringerung der Sehkraft. In Kenntnis der Bedeutung der Gliose für den Erfolg der Kataraktoperation hätte er die Vor- und Nachteile des Eingriffs abgewogen und eine Zweitmeinung eingeholt. Er hätte in jedem Fall vor der Entscheidung über die Durchführung der Operation mit dem niedergelassenen Augenarzt Dr. A gesprochen.

Mit der Anschlussberufung greift der Kläger Behandlungsfehlervorwürfe erneut auf.

Die postoperativ aufgetretene Erosio der Hornhaut sei intraoperativ verursacht worden. Die Vermutung des Sachverständigen, die Erosio der Hornhaut sei durch Reibung der Augenoberfläche an dem Verband entstanden, stehe in Widerspruch zu unmittelbar postoperativ aufgetretenen starken Schmerzen. Ein möglicherweise erhöhter Augeninnendruck, der nicht dokumentiert sei, sei als Ursache der Schmerzen auszuschließen. Die Erosion der Hornhaut führe auch häufig zu einer Verminderung des Visus. Die immensen Schmerzen durch die Erosio der Hornhaut seien in die Schmerzensgeldbemessung einzubeziehen.

Des Weiteren sei die Netzhaut intraoperativ verletzt worden; so sei in dem Operationsbericht eine Injektion erwähnt, die bis in den Glaskörperraum unmittelbar vor der Netzhaut reiche. Die Beklagte habe den Beweis, dass eine solche Injektion nicht vorgenommen worden sei, nicht geführt.

Mangels Erklärbarkeit der Ergebnisse der präoperativen Diagnostik sei von einer fehlerhaften Handhabung bzw. Einstellung des Gerätes, mithin von einem Organisationsverschulden auszugehen. Jedenfalls sei die Ursache der Messergebnisse weiter abzuklären.

Bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes habe das Landgericht die nunmehr erhebliche Einschränkung seiner Lebensführung nicht ausreichend berücksichtigt.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil im Umfange der Klageabweisung.

II.

a) Die Beklagte ist dem Kläger wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten zum Ersatz immaterieller und materieller Schäden verpflichtet ist, §§ 280 Abs. 1, 253, 249 BGB.

aa) Die am 27.10.2010 am linken Auge des Klägers durchgeführte Kataraktoperation ist als Behandlungsfehler zu qualifizieren, denn er hat in den Eingriff nicht wirksam eingewilligt, § 630 d BGB (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl. 2015, § 630 e Rn 13). Der Kläger hat in die Operation eingewilligt; er hat am ...9.2010 einen Bogen „Katarakt-Op Dokumentation“ unterschrieben, der eine Einwilligungserklärung enthält. Nach § 630d Abs. 2 BGB setzt die Wirksamkeit der Einwilligung jedoch voraus, dass der Patient vor der Einwilligung nach Maßgabe des § 630 e Abs. 1 bis 4 BGB über alle für die Einwilligung maßgeblichen Umstände aufgeklärt worden ist. Aufklärungspflichtig sind danach u. a. zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie.

Aufzuklären ist somit insbesondere über die Diagnose (vgl. Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 630 e Rn 2). In den Behandlungsunterlagen der Beklagten ist unter dem ...9.2010 eine beginnende epiretinale Gliose im Makulabereich festgehalten. Demgemäß hat auch der Sachverständige im Verlauf der mündlichen Gutachtenerläuterung vor dem Landgericht bestätigt, dass eine Gliose bereits präoperativ vorgelegen habe (Prot. des LG vom 13.11.2013, S. 6). Die Beklagte hat unter Beweisantritt vorgetragen, Dr. C habe mit dem Kläger den Befund einer epiretinalen Gliose besprochen. Hingegen hat der Kläger behauptet, er habe nicht gewusst, dass eine Gliose vorliege. Eine Beweisaufnahme ist gleichwohl nicht anzuordnen.

Denn eine Aufklärung „im Großen und Ganzen“ erfordert des Weiteren, dass dem Patienten das Gewicht des Austauschrisikos, auf das er sich mit der Therapie einlässt, zutreffend dargestellt wird. So sind dem Patienten vor allem in Fällen nicht dringlicher Indikation nicht nur die eingriffsspezifischen Risiken, sondern auch die Heilungschancen darzustellen, damit er in die Lage versetzt ist, sich für oder gegen die geplante Operation zu entscheiden (vgl. KG NJW - RR 2004, 458 ff).

Nach den Feststellungen des Sachverständigen kann sich eine vorbestehende Gliose, die sich in einer Herabsetzung des Visus, gegebenenfalls in verzerrtem Sehen äußert, nach einer Kataraktoperation verschlechtern (GA vom 21.11.2012, Bl. 130 d. A.), dies mit der Folge, dass nicht unbedingt mit der Verbesserung des Visus durch die Kataraktoperation gerechnet werden kann. Auch bei stabilem Befund der Gliose verhindere diese trotz einer Kataraktoperation eine Verbesserung der Sehfähigkeit (Prot. des LG vom 13.11.2014, S. 6, 7). Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass es sich hierbei um einen aufklärungspflichtigen Umstand handelt. Der Kläger war darüber zu informieren, welche Chancen die Operation ihm im Hinblick auf eine Verbesserung des Visus bringen konnte. Demgemäß hat auch der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung des Gutachtens ausgeführt, er hätte den Patienten vor einer Kataraktoperation zumindest darauf hingewiesen, dass durch eine solche Operation im Hinblick auf die Möglichkeit der Verschlechterung der Gliose nicht unbedingt mit einer Verbesserung des Visus gerechnet werden könne. In den meisten Fällen bleibe der Befund der Gliose stabil, verhindere aber trotz der Kataraktoperation eine Verbesserung des Visus. Darauf sei - aus der Sicht des Sachverständigen - hinzuweisen (Prot. des LG vom 13.11.2014, S. 6, 7).

Die Beklagte hat erstinstanzlich nicht behauptet, den Kläger solchermaßen über die Chancen des Eingriffs für eine Verbesserung der Sehschärfe aufgeklärt zu haben. Sie hat sich auf das Zeugnis des Dr. C dafür bezogen, dass dieser dem Kläger erklärt habe, die Gliose - eine Erkrankung der Netzhaut - könne trotz Kataraktoperation fortschreiten, „so dass der Visus unklar sei“. Eine unterstellte Aufklärung des Inhalts „...so dass der Visus unklar sei“, stellte dem Kläger die Chancen der Operation nicht so hinreichend deutlich dar, dass er in die Lage versetzt war, sich für oder gegen den geplanten Eingriff zu entscheiden, die ihm erteilte Information wäre inhaltlich ungenügend. Zudem würde ein Hinweis darauf fehlen, dass die Gliose auch bei zumeist stabil bleibendem Befund eine Verbesserung der Sehschärfe verhindere.

Die zweitinstanzlich erstmals in Anpassung an die Erläuterungen des Sachverständigen aufgestellte Behauptung der Beklagten, Dr. C habe den Kläger darüber informiert, dass bei präoperativer Gliose nicht unbedingt mit einer Sehverbesserung durch die Kataraktoperation zu rechnen sei, ist neu und nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen, die nicht vorgetragen worden sind.

bb) Der Aufklärungsmangel trägt eine Haftung der Beklagten für alle mit dem Eingriff am ....10.2010 ursächlich verbundenen Schadensfolgen.

1. Einschränkungen unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm ergeben sich nicht. Die Sehfähigkeit des linken Auges des Klägers hat sich postoperativ nicht nur nicht verbessert, sondern verschlechtert; sie beträgt nach Kataraktoperation und Vitrektomie nur noch 0,16 (präoperativ 0,4). Hierfür hat die Beklagte einzustehen.

2. Der erforderliche Ursachenzusammenhang ist gegeben. Der Senat sieht sich gemäß § 529 Abs. 1 Ziffer 1. ZPO an die Feststellung des Landgerichts gebunden, eine Gliose könne sich durch eine Kataraktoperation verschlechtern. Das schriftlich erstattete und mündlich erläuterte Sachverständigengutachten deckt diese Bewertung des Beweisergebnisses. In dem schriftlichen Gutachten formuliert der Sachverständige zwar, eine Gliose könne sich nach einer Kataraktoperation verschlechtern. Es ergibt sich aber aus dem Zusammenhang der Ausführungen ohne weiteres, dass der Sachverständige mit dieser Formulierung die Kausalität der Kataraktoperation für die Verschlechterung einer Gliose beschreibt. Der Sachverständige führt aus, eine Gliose könne durch eine Kataraktoperation nicht entstehen (GA vom 21.11.2012, Bl. 130 d. A.; Prot. des LG vom 13.11.2013, S. 6), sie könne sich aber nach einer solchen Operation verschlechtern. Die Konjunktion „aber“ vermittelt, dass nicht eine von einer Katarakt-Operation unabhängige Verschlechterung der Gliose beschrieben wird. Dies folgt auch aus der protokollierten Aussage des Sachverständigen, zu den Einzelheiten der Gliose und der Verschlechterung durch derartige Operationen, müsse er sagen, dies sei im Einzelnen noch nicht bekannt. Demgemäß hat der Sachverständige auch auf den nahen zeitlichen Zusammenhang zwischen der an dem linken Auge des Klägers durchgeführten Kataraktoperation und einem etwa 2 Wochen postoperativ festgestellten Ödem im Bereich der Macula hingewiesen.

3. Die weiteren Ausführungen des Sachverständigen, Daten zu einer verstärkten Flüssigkeitseinlagerung in der Netzhaut infolge einer Kataraktoperation und zur Häufigkeit einer Verschlechterung der Gliose durch eine solche Operation gebe es nicht, mögen evtl. rechtlich unter dem Gesichtspunkt einer Risikoaufklärung relevant sein. Es geht hier indessen, wie dargestellt, nicht um eine Aufklärung über ein etwaiges Risiko einer Verschlechterung einer vorbestehenden Gliose, sondern um die erforderliche Aufklärung über die Erfolgsaussichten und eine Verschlechterung der Gliose als Gesundheitsschaden eines rechtswidrig durchgeführten Eingriffs.

4. Der Einwand der Beklagten, eine Gliose könne sich auch unabhängig von einer Kataraktoperation verschlechtern, ist unerheblich. Dies mag sein, wäre aber von der Beklagten für den konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens darzulegen und unter Beweis zu stellen.

5. Der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen der sich durch die Kataraktoperation verschlechternden Gliose und der in der B-Klinik Stadt1 durchgeführten Vitrektomie mit der Folge eines Visus des linken Auges des Klägers von nur noch 0,16 liegt vor. Der Sachverständige hat ausgeführt, der Befund der Gliose habe „am Ende“ zu der Glaskörperoperation geführt (GA vom 21.11.2012, Bl. 130 d. A.).

6. Die Beklagte hat den Einwand der hypothetischen Einwilligung nicht substantiiert erhoben. Sie hat weder zur Dringlichkeit der Operation noch zu einem bei dem Kläger bestehenden Leidensdruck vorgebracht, so dass es auf einen etwaigen Entscheidungskonflikt des Klägers, dem er sich evtl. infolge ordnungsgemäßer Aufklärung ausgesetzt gesehen hätte, nicht ankommt.

Überdies ist ihre Einlassung, der Kläger habe in Kenntnis der in dem Aufklärungsbogen genannten gravierenden Risiken einer Kataraktoperation, nämlich u. a. einer Sehverschlechterung bis zum Verlust der Sehfähigkeit des Auges, in den Eingriff eingewilligt, so dass nicht plausibel sei, dass er sich den Eingriff bei einem Hinweis auf eine deutlichere Wahrnehmung von Verzerrungen infolge der Gliose überlegt haben wolle, nicht relevant. Es kann dahin stehen, ob ein Hinweis auf ein durch die Gliose bedingtes verzerrtes Sehen erforderlich war und ob eine solche Folge bei dem Kläger eingetreten ist. Der Kläger war über die Chancen des Eingriffs, also darüber aufzuklären, dass bei vorbestehender Gliose nicht unbedingt mit einer Sehverbesserung gerechnet werden könne. Dieser konkrete Befund war abzuwägen mit möglichen, auch gravierenden Risiken. Weshalb der Kläger diese Risiken ohne tragfähige Aussicht auf eine Sehverbesserung in der konkreten Situation in Kauf genommen hätte, ist nicht einsichtig.

cc) Die Höhe des dem Kläger vom Landgericht zuerkannten Schmerzensgeldes ist im Hinblick auf die erhebliche Verschlechterung des Visus seines linken Auges mit den nach dem Maßstab des § 287 ZPO einzuschätzenden Folgen für seine alltägliche Lebensführung nicht zu beanstanden.

b) Der in zulässiger Weise gestellte Feststellungsantrag ist begründet. Die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs liegen vor; die Beklagten haben haftungsrechtlich relevant in ein deliktsrechtlich absolut geschütztes Rechtsgut des Klägers eingegriffen, was zu weiteren Schäden führen kann.

c) Im Falle der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss verliert die Anschlussberufung ihre Wirkung, § 524 Abs. 4 ZPO.

B. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, dass die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und dass eine mündliche Verhandlung geboten ist.

Gelegenheit zu etwaiger Stellungnahme - auch zu dem nachfolgend dargestellten Streitwert - besteht bis zum 25.2.2015.

Der Streitwert wird - gemäß § 63 Abs. 3 Ziffer 2. GKG in Abänderung des Beschlusses des Landgerichts vom 14.2.2014 - für den ersten und den zweiten Rechtszug auf 41.567,20 € festzusetzen sein.

Davon entfallen auf den Leistungsantrag 25.000.- € und auf den Feststellungsantrag - wie von dem Kläger berechnet - 16.567,20 €. Weitere Leistungsanträge hat er trotz seiner Berechnungen auf S. 9 der Klageschrift, weder angekündigt noch gestellt.

Der Wert der Berufung dürfte 24.567,20 € betragen (8.000.-€ Schmerzensgeld und Feststellung), der der Anschlussberufung 17.000.- € (weiteres Schmerzensgeld); mit der Anschlussberufung begehrte Abänderungen des Tenors zur Feststellung sind marginaler, redaktioneller Natur und nicht gesondert zu bewerten.

**76. OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2015 – 5 U 1147/14 – \* Arzt- und Krankenhaushaftung: Erforderlichkeit einer Testinjektion mit Lidocain/Adrenalin vor einer Plexusanästhesie; Aufklärungspflichten vor einer Plexusanästhesie. - Maßgeblich für den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab in Vorbereitung einer Anästhesie ist der Facharztstandard zum Zeitpunkt der Behandlung. Ist dieser nach sachverständiger Einschätzung gewahrt, lässt sich das nicht durch eine Jahre später vom Patient eingeholte aktuelle Herstellerempfehlung entkräften, die keinen Bezug zu den maßgeblichen Umständen des konkreten Behandlungsfalls hat.**

#### **Leitsatz**

1. Maßgeblich für den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab in Vorbereitung einer Anästhesie ist der Facharztstandard zum Zeitpunkt der Behandlung. Ist dieser nach sachverständiger Einschätzung gewahrt, lässt sich das nicht durch eine Jahre später vom Patient eingeholte aktuelle Herstellerempfehlung entkräften, die keinen Bezug zu den maßgeblichen Umständen des konkreten Behandlungsfalls hat.

2. Zur ärztlichen Aufklärungspflicht vor einer Plexusanästhesie.

#### **Orientierungssatz**

Ist der Patient ausweislich des (von ihm unterschriebenen) Aufklärungsbogens mit handschriftlichen Zusatzeintragungen des im Gespräch aufklärenden Arztes über die "Risiken und mögliche Komplikationen" einer Plexusanästhesie aufgeklärt worden, und weiter darüber, dass die Vollnarkose eine Steigerung der schonenderen Regionalanästhesie darstellt, reicht dies aus. War eine Vollnarkose bei dem Patienten kontraindiziert, bestand insoweit weder ein zusätzliches Aufklärungserfordernis noch kommt die Annahme eines Wahlrechts des Patienten zwischen den Narkosearten in Betracht.

#### **Tenor**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 13.08.2014, Aktenzeichen 10 O 113/12, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Koblenz und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 45.000,00 € festgesetzt.

#### Gründe

I. Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes sowie der Berufungsanträge wird auf den Beschluss des Senates vom 18.12.2014 Bezug genommen. Dort hat der Senat mitgeteilt:

"Der Kläger begehrt mit der Behauptung eines ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungsfehlers von den Beklagten immateriellen Schadensersatz und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten sowie die Feststellung der künftigen materiellen und immateriellen Schadensersatzpflicht.

Am 12.07.2011 sollte sich der Kläger im Franziskus Krankenhaus L., dessen Trägerin die Beklagte zu 1) ist, einer Operation unterziehen, wobei der Beklagte zu 2) die Anästhesie verantwortete. Während der Injektion des Lokalanästhetikums traten generalisierende Krampfanfälle auf, die behandelt wurden und mit einer Verlegung auf die Intensivstation endeten, ohne dass die geplante Operation durchgeführt werden konnte. Der Kläger sieht sich über die Anästhesie nicht hinreichend aufgeklärt. Auch sei es behandlungsfehlerhaft gewesen, ihm das Anästhetikum intravasal zu verabreichen. Vor der Verabreichung habe eine Testdosis Lidocain/Adrenalin unter EKG-Überwachung gegeben werden müssen. Die Beklagten sind dem entgegengetreten und verweisen auf eine am 07.07.2011 erfolgte Aufklärung. Die Injektion sei nach dem einschlägigen Facharztstandard, insbesondere auch erst nach vorherigen negativen Aspirationstests erfolgt.

Sachverständig beraten und nach Anhörung des Klägers, des Beklagten zu 2), einer Zeugin und des Sachverständigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Kläger sei hinreichend aufgeklärt und lege artis behandelt worden. Dem Sachverständigen folgend sei eine adrenalinhaltige Lokalanästhesielösung als Testdosis nicht erforderlich gewesen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Der Sachverständige und ihm folgend das Landgericht seien in der Einschätzung, dass eine Testinjektion mit Lidocain/Adrenalin entbehrlich sei und die Anwendungsrichtlinien unter 4.2. dies nur bei einer Epiduralanästhesie verlangten, durch die Stellungnahmen des Herstellers widerlegt. Insoweit sei eine weitergehende Beweisaufnahme indiziert. Hinsichtlich der Aufklärung sei nicht zwischen dem chirurgischen Eingriff und der Anästhesie unterschieden worden. Letzteres sei nur unzureichend aufgeklärt worden. Er, der Kläger, sei einseitig gedrängt worden, der Plexus-Anästhesie zuzustimmen.

Der Kläger beantragt, unter Änderung des Urteils des Landgerichtes Koblenz vom 13.08.2014, 10 O 113/12

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.3.2012 sowie 2.063,22 € Nebenkosten für vorgerichtliche Rechtsanwaltsvergütung zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihm sämtliche weiteren materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die durch die fehlerhafte Behandlung der Beklagten vom 12.07.2011 entstanden sind oder entstehen werden, soweit diese Ansprüche nicht auf bevorrechtigte Dritte übergegangen sind oder übergehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung sowie die Berufungsbegründung Bezug genommen.

II. Der Senat ist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand einstimmig der Überzeugung, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 ZPO erfordern keine Entscheidung durch Urteil nach mündlicher Verhandlung, die auch nicht nach § 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO geboten ist. Von ihr sind keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Der Kläger hat keine Gründe aufgezeigt, die eine mündliche Verhandlung ansonsten geboten erscheinen lassen.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Entscheidung des Landgerichts Bezug genommen. Die dagegen erhobenen Angriffe der Berufung überzeugen den Senat nicht. Hierzu Folgendes:

1. Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen. Die seit langem höchstrichterlich anerkannte Orientierung am Facharztstandard (vgl. etwa BGH VersR 2011, 400; BGH VersR 2011, 223; BGH VersR 2003, 1128; BGH VersR 2000, 1146; BGH VersR 1995, 659) entspricht heute § 630a BGB.

Die vorliegend eingesetzte nervenstimulationsgestützte Punktion ist zum maßgeblichen Zeitpunkt 2011 vom Sachverständigen als Standardmethode qualifiziert worden (Bl. 77 GA). Eine Aspirationsprobe wurde vor dem Beginn der Injektion nach der nicht widerlegten Dokumentation genommen (Bl. 80 GA). Die wiederholte Aspiration ist bewiesen (Bl. 158, 162, 171 GA). Auf das Erkennen der intravasalen Injektion wurde situations- und fachgerecht reagiert (Bl. 80/81 GA).

Nach den auch mit der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen - und insoweit durch Literaturverweise unterlegt (Bl. 84, 85 GA) - war eine Testinjektion mit Lidocain/Adrenalin bei einer Plexusanästhesie nicht üblich (Bl. 83, 85 GA) und in keinem einzigen Lehrbuch im Fall einer Armplexus-Anästhesie beschrieben (Bl. 84, 163/164 GA). Gegenbeispiele nennt der - nach eigenen Angaben - medizinisch beratene Kläger nicht; sie sind dem seit Jahren mit der Spezialmaterie des Arzthaftungsrechtes befassten Senat auch nicht sonst bekannt. Leitlinien, Richtlinien oder Studien, die ein solches Vorgehen einfordern, existieren soweit ersichtlich nicht. Der Sachverständige steht dem eingeforderten Test wegen der weiteren mit der Verabreichung von Adrenalin verbundenen Risiken nachvollziehbar kritisch gegenüber. Ein entsprechender Facharztstandard bestand demgemäß nicht. Nur darauf kommt es aber an.

Der Stellungnahme des Naropin-Herstellers vom 04.07.2014 kommt insoweit keine Bedeutung zu. Sie war den Beklagten im Zeitpunkt der Behandlung des Klägers nicht bekannt. Maßgeblich ist aber die ex-ante-Sicht. Der Hersteller vermag auch einen Facharztstandard nicht zu begründen. In seinen Anwendungsrichtlinien wird eine Testdosis Lidocain/Adrenalin nur empfohlen, letztlich die Entscheidung darüber also in die Hand des Arztes bei Abwägung des jeweiligen Einzelfalles gegeben. Das ist auch in der Antwort vom 04.07.2014 des Herstellers so formuliert (Bl. 191 GA). Anhaltspunkte aus der ex-ante-Sicht, dass gerade beim Kläger ein solcher Test hätte durchgeführt werden müssen, sind nicht zu ersehen und auch nicht vorgetragen. Die Bitte, den Hersteller zu einer Stellungnahme gerade zum Fall des Klägers zu veranlassen, ist ohne jede Substanz. Ihr ist aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht nachzugehen. Mit der Herstellerempfehlung ist nicht die Konsequenz verbunden, dass die Durchführung eines solchen Tests Teil des Facharztstandards ist und ein Unterlassen einen ärztlichen Behandlungsfehler begründet. Letztlich hat der Sachverständige für den Senat nachvollziehbar herausgearbeitet, dass die den Beklagten allein bekannten Anwendungsrichtlinien des Herstellers zumindest missverständlich sind, so dass den Beklagten ein objektiv falsches Verständnis, welches aber dem eines gerichtlich bestellten Sachverständigen entspricht, nicht als schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann.

2. Mit dem Landgericht ist der Senat auch der Auffassung, dass gegen Form und Inhalt der die Anästhesie betreffenden Aufklärung nichts zu erinnern ist, jedenfalls aber von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen ist.

Ausweislich des Aufklärungsbogens ist der Kläger über die Methode und die Risiken der Plexusanästhesie aufgeklärt worden. Eine entsprechende handschriftliche Eintragung findet sich auf dem Aufklärungsbogen ebenso wie die Erklärung des Klägers zur Aufklärung und zur Einwilligung. Die Risiken, die sich vorliegend realisiert haben, sind in Abschnitt III unter 3. im ersten Absatz des Aufklärungsbogens beschrieben. Anders als vom Kläger behauptet (Bl. 38 GA), befand sich der Hinweis ausdrücklich in der Rubrik „Risiken und mögliche Komplikationen“, also nicht im Abschnitt über „Allergie/Unverträglichkeitsreaktionen“ (Anlage B3), was ihn in seiner Risikoabschätzung hätte fehlleiten können. Dass der Kläger den Aufklärungsbogen erhalten hat, wurde von ihm schriftlich bestätigt. Seine mündliche Anhörung führt zu keinem anderen Ergebnis, da er sich letztlich nicht sicher erinnern konnte, auch wenn er meint, keine weiteren Unterlagen erhalten zu haben. Unstreitig hat er aber auch den Fragebogen ausgefüllt und nachfolgend unterschrieben, der mit dem Aufklärungsbogen verbunden war.

Der Senat stellt in ständiger Rechtsprechung allerdings das Arzt-/Patientengespräch in den Mittelpunkt der Aufklärung. Dass es stattfand, räumt der Kläger sowohl in der Klageschrift (Bl. 6 GA) als auch bei seiner persönlichen Anhörung (Bl. 165 GA) ein und ist durch die handschriftlichen Eintragungen auf dem Aufklärungsbogen indiziert. Dass es sich anders als im Aufklärungsbogen zugetragen hat, behauptet der Kläger nicht. Insoweit ist davon auszugehen.

Aus dem Aufklärungsbogen ergibt sich, dass die Vollnarkose eine Steigerung der schonenderen Regionalanästhesie darstellt. Soweit die Berufung den Eindruck erweckt, die Möglichkeit der Vollnarkose sei dem Kläger nicht präsentiert worden, ist dies deshalb falsch. Auch der Kläger spricht davon, dass ihm erklärt worden sei, „was man da so machen kann“. Eine Vollnarkose war bei dem Kläger nach den sachverständigen Feststellungen (Bl. 164 GA), die mit der Berufung nicht angegriffen werden, allerdings kontraindiziert und konnte deshalb selbst unter Annahme einer Gleichwertigkeit von Regionalanästhesie und Vollnarkose weder ein Aufklärungserfordernis noch ein Wahlrecht des Klägers begründen. Die ein Wahlrecht des Klägers einfordernden Ausführungen in der Berufungsbegründung mangeln deshalb schon an einer zutreffenden Tatsachengrundlage. Dies übersieht die Berufung bei ihrer Annahme einer Gleichwertigkeit. Ungeachtet dessen hat der Kläger in seiner persönlichen Anhörung zugestanden, dass mit ihm über eine Narkose gesprochen wurde (Bl. 165 GA) und dass er angesichts des Ortes und des Umfangs der Operation einer Vollnarkose ablehnend gegenübergestanden hat (Bl. 167 GA).

Soweit der Bevollmächtigte den Bekundungen des Klägers mit seinem Schriftsatz vom 25.07.2014 einen anderen Sinn zu geben versucht, ist dies unbehelflich. Es hätte dem Prozessbevollmächtigten frei gestanden, den Kläger in der mündlichen Beweisaufnahme entsprechend zu befragen. Keinesfalls lassen seine Ausführungen Schlüsse auf den Umfang der Aufklärung zu. Sie bestätigen vielmehr die eigene Aussage des Klägers, dass er nicht weiter nachgefragt hat und dies auch nicht wollte. Dann gab es aber auch keine Veranlassung für eine Vertiefung der Aufklärung.

Der Kläger ist auch hinreichend differenziert über den eigentlichen Eingriff einerseits und die Anästhesie andererseits aufgeklärt worden, wobei dahinstehen kann, ob dies überhaupt erforderlich ist. Die Beklagten haben unbestritten vorgetragen, dass die Aufklärungen durch zwei unterschiedliche Ärzte erfolgten (Bl. 27 GA).

Letztlich haben sich die Beklagten auf eine mutmaßliche Einwilligung berufen. Dass der Kläger dem Eingriff nach einer dem Aufklärungsbogen entsprechenden Aufklärung nicht mehr zugestimmt hätte, ist von ihm nicht plausibel gemacht. Der Kläger wollte auf jeden Fall operiert werden. Die Anhörung hat gezeigt, dass er ärztlichen Vorschlägen folgt und auch bei einer für ihn nicht ganz nachvollziehbaren Aufklärung keinen Anlass gesehen hat, nachzufragen und um eine Erläuterung zu bitten. Dies bezog sich - entgegen dem Eindruck, den die Berufungsbegründung zu erwecken sucht - gerade auch auf die Anästhesieaufklärung (Bl. 165 GA). Insoweit gab es auch keinen Anlass, Dr. E. zur Aufklärung noch zu hören, was folgerichtig mit der Berufung auch nicht gerügt wurde. "

II. Die Ausführungen in der Gegenerklärung vom 23.01.2015 geben zu einer Änderung keinen Anlass. Sie gehen über das Berufungsvorbringen nicht hinaus und wurden bei der Abfassung des Hinweisbeschlusses berücksichtigt. Im Hinblick auf die ergänzende Stellungnahme ist ergänzend anzumerken:

1. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Der Senat hat den Inhalt des Schriftsatzes vom 25.07.2014 zur Kenntnis genommen und gewürdigt (S. 6 des Beschlusses). Daran ist festzuhalten. Die Ausführungen gaben weder Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, noch, den Kläger ergänzend anzuhören. Ein solches Bedürfnis besteht auch für das Berufungsverfahren nicht. Der Senat hat bereits mehrfach entschieden - und sieht sich insoweit durch den Bundesgerichtshof bestätigt -, dass nicht in jeder Arzthaftungssache mündlich verhandelt werden muss. Ein entscheidender Erkenntnisgewinn ist nicht zu erwarten.

2. Soweit der Kläger nach der Anhörung des Sachverständigen Anlass gesehen hat, einzelne Ausführungen zu hinterfragen, hätte er dem mit einem darauf bezogenen Antrag auf Schriftsatznachlass in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Rechnung tragen können und müssen. Sein jetzigen neues Vorbringen ist prozessual präkludiert (§ 531 Abs. 2 ZPO).

3. Der Senat hält auch nach nochmaliger Prüfung daran fest, dass die Annahme einer zureichenden Aufklärung, jedenfalls aber einer mutmaßlichen Einwilligung nicht zu beanstanden ist. Die Ausführungen der ergänzenden Stellungnahme gehen an der Argumentation des Senates vorbei. Soweit sie im Übrigen den Berufungsvortrag lediglich wiederholen, hat der Senat hierzu Stellung genommen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung des § 3 ZPO bestimmt.

**77. BGH, Beschluss vom 27.01.2015 – VI ZB 40/14 – \* Berufung im Arzthaftungsprozess: Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift bei Rüge eines Gehörsverstößes durch unterlassenen Hinweis des Erstgerichts und mehreren unterschiedlichen tragenden Erwägungen im angegriffenen Ersturteil. - Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen; andernfalls ist die Berufung unzulässig.**

#### Leitsatz

**1. Eine Berufungsbegründung bedarf einer aus sich heraus verständlichen Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Sie muss auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Hierfür reicht es nicht aus, auf Vorbringen in der Klageschrift zu verweisen und einen Gehörsverstoß wegen Verletzung der Hinweispflicht zu rügen, ohne auszuführen, was auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen worden wäre.**

**2. Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen; andernfalls ist die Berufung unzulässig.**

#### Tenor

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 5. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 21.05.2014 wird auf Kosten der Klägerin als unzulässig verworfen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf bis zu 125.000 € festgesetzt.

#### Gründe

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen einer angeblich fehlerhaften ärztlichen Behandlung auf Schadensersatz in Anspruch.

In den Jahren 2001 bis 2005 befand sich die Klägerin beim Beklagten, der eine orthopädische Praxis betreibt, wegen eines massiven Lymphödems im Ausmaß einer Elephantiasis, das die Versorgung der Klägerin mit orthopädischen Maßschuhen erforderlich machte, in Behandlung. Der Beklagte verordnete

der Klägerin in dieser Zeit mehrere Paar Schuhe (Halbschuhe, Hausschuhe und Stiefel). Mit der Behauptung, diese Schuhe seien mangelhaft gefertigt worden, hätten gedrückt und gerieben, was zu schwerwiegenden gesundheitlichen Einschränkungen geführt habe, nahm die Klägerin zunächst das Sanitätshaus, das die Schuhe hergestellt hatte, auf Schadensersatz in Anspruch. Diese Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Nunmehr nimmt die Klägerin den Beklagten mit der Behauptung in Anspruch, bereits die Verordnungen der Schuhe seien sämtlich fehlerhaft gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es fehle bereits an einer Pflichtverletzung des Beklagten; es lasse sich auch nicht feststellen, dass die Beschwerden der Klägerin auf die Verordnungen des Beklagten zurückzuführen seien; zudem seien die von der Klägerin verfolgten Ansprüche verjährt. Die von der Klägerin dagegen geführte Berufung hat das Oberlandesgericht - nach vorherigem Hinweis - durch Beschluss als unzulässig verworfen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Rechtsbeschwerde.

II.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Sie ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft, aber nicht zulässig. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 574 Abs. 2 ZPO). Insbesondere verletzt der angefochtene Beschluss die Klägerin weder in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) noch in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

1. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, die Berufung der Klägerin sei mangels ausreichender Berufungsbegründung unzulässig. Diese genüge den Anforderungen des § 520 Abs. 1 und 3 ZPO nicht, weil sie sich hinsichtlich der vom Landgericht festgestellten Verjährung der streitgegenständlichen Ansprüche, die die klageabweisende Entscheidung allein trage, auf den Hinweis beschränke, bereits in der Klageschrift sei vorgetragen worden, dass eine Verjährung nicht eingetreten sei. Unabhängig von der Frage, ob dieser allgemeine Hinweis bzw. die darin liegende Bezugnahme auf die Klageschrift ausreichend sei, seien die in der Klageschrift niedergelegten Ausführungen zur Verjährungsproblematik auch nicht geeignet, insoweit einen wirksamen Berufungsangriff zu führen.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

a) Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben; nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO muss sie konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Besondere formale Anforderungen bestehen zwar nicht; auch ist es für die Zulässigkeit der Berufung ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Die Berufungsbegründung muss aber auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 22.05.2014 - IX ZB 46/12 Rn. 7 mwN).

Hat das Erstgericht die Abweisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Berufungsbegründung in dieser Weise jede tragende Erwägung angreifen; andernfalls ist das Rechtsmittel unzulässig (Senat, Beschluss vom 18.10.2005 - VI ZB 81/04, VersR 2006, 285 Rn. 8; BGH, Beschlüsse vom 28.01.2014 - III ZB 32/13 Rn. 13; vom 23.10.2012 - XI ZB 25/11, NJW 2013, 174 Rn. 11; vom 15.06.2011 - XII ZB 572/10, NJW 2011, 2367 Rn. 10; vgl. auch Hk-ZPO/Wöstmann, 5. Aufl., § 520 Rn. 23; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 520 Rn. 37a; jeweils mwN).

b) Diesen Anforderungen wird die Berufungsbegründung der Klägerin nicht gerecht. Hinsichtlich der das landgerichtliche Urteil selbständig tragenden Annahme der Verjährung fehlt es - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - an einem hinreichenden Berufungsangriff (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.1998 - IX ZR 389/97, NJW 1998, 3126; Beschluss vom 25.01.1990 - IX ZB 89/89, VersR 1990, 543).

aa) Bei der Annahme des Landgerichts, die streitgegenständlichen Ansprüche seien verjährt, handelt es sich um eine rechtliche Erwägung, die das Urteil selbständig und unabhängig von den anderen rechtlichen Erwägungen trägt, und nicht nur um einen bloßen Hinweis des Gerichts, hinsichtlich dessen es keines Berufungsangriffs bedürfte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18.12.2003 - I ZR 195/01, NJW-RR 2004, 1002; Hk-ZPO/Wöstmann, 5. Aufl., § 520 Rn. 23). Zwar führt das Landgericht einleitend aus, die Kammer weise nur der Vollständigkeit halber darauf hin, dass die klägerseits verfolgten Ansprüche zudem verjährt wären und der Beklagte auch die dahingehende Einrede erhoben habe. Aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt sich aber, dass das Landgericht seine Entscheidung auch auf diesen Gesichtspunkt stützt. So belässt es das Landgericht - anders als im dem Urteil des I. Zivilsenats vom

18.12.2003 (I ZR 195/01 aaO) zugrundeliegenden Fall - nicht bei einem kurzen Hinweis. Vielmehr legt es - in der Gliederung den anderen, ohne weiteres tragenden Erwägungen gleichgeordnet - ausführlich dar, warum es zum Ergebnis gelangt, die "insoweit zugunsten der Klägerin unterstellte[n]" Ansprüche wären "jedenfalls" nicht mehr durchsetzbar. Den Schluss, die Klage stelle sich "damit [...] als vollumfänglich abweisungsreif dar", zieht es im Anschluss daran und legt diesem damit auch die Ausführungen zur Verjährung zugrunde.

bb) Hinsichtlich der vom Landgericht angenommenen Verjährung fehlt es an einem hinreichend dargelegten (§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 3 ZPO) Berufungsangriff. Die bloße Bezugnahme auf Ausführungen in der Klageschrift erschöpft sich in einem - wie ausgeführt - nicht ausreichenden Verweis auf das erstinstanzliche Vorbringen. Ob die Ausführungen in der Klageschrift selbst - wie die Rechtsbeschwerde von der Bewertung des Berufungsgerichts abweichend meint - geeignet sind, das angefochtene Urteil in Frage zu stellen, ist deshalb unerheblich (vgl. BGH, Beschluss vom 18.06.1998 - IX ZR 389/97, NJW 1998, 3126).

Soweit die Berufungsbegründung darüber hinaus rügt, das Landgericht habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, darauf hinzuweisen, dass es die streitgegenständlichen Ansprüche auch für verjährt halte, und das erstinstanzliche Verfahren in einer Weise betrieben, die darauf habe schließen lassen, dass es vom Eintritt der Verjährung gerade nicht ausgehe, hilft dies der Klägerin nicht weiter. Denn ein tauglicher Berufungsangriff kann auch darin nicht erblickt werden. Die Rüge eines Verstoßes gegen § 139 ZPO und/oder Art. 103 Abs. 1 GG ist nämlich in einem solchen Fall nur dann in ausreichender Weise erhoben, wenn dargelegt wird, was auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen worden wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 22.05.2014 - IX ZB 46/12 Rn. 10; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 139 Rn. 20; jeweils mwN). Dies hat die Klägerin in der Berufungsbegründung nicht getan.

cc) Die von der Rechtsbeschwerde gegen den angefochtenen Beschluss im Übrigen erhobenen Einwände greifen nicht.

Dies gilt zunächst für den Einwand, im Arzthaftungsprozess - wie vorliegend - seien auch an die Berufungsbegründung nur maßvolle und verständig geringe Anforderungen zu stellen, wie generell an die Substantiierungspflicht des klagenden Patienten. Dies mag im Ansatz zutreffen, betrifft aber nur Vortrag zu fachspezifischen Fragen, der besondere Sachkunde erfordert, insbesondere also Vortrag zu medizinischen Vorgängen, bezüglich derer vom Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis erwartet werden kann (vgl. Senatsurteile vom 18.10.2005 - VI ZR 270/04, BGHZ 164, 330, 335; vom 8.06.2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245, 252; vom 19.05.1981 - VI ZR 220/79, VersR 1981, 752). Die Frage nach dem Verjährungsbeginn ist im Streitfall gerade keine solche Frage. Zudem ist auch bezüglich fachspezifischer Fragen kein Grund ersichtlich, die Darlegungsobliegenheit in der Berufungsbegründung so weit abzuschwächen, dass hier - anders als sonst - der bloße Verweis auf die Klageschrift ausreichend wäre.

Weiter ist für die Frage der Zulässigkeit der Berufung entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ohne Bedeutung, dass sich die Klägerin in ihrem beim Berufungsgericht nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingegangenen Schriftsatz vom 12.11.2013 vertieft mit der Verjährungsfrage auseinandersetzt. Denn eine unzulängliche Berufungsbegründung kann nach Fristablauf nicht mehr geheilt werden (vgl. BGH, Urteil vom 13.02.1997 - III ZR 285/95, VersR 1997, 643 f.). Erst recht sind - anders als die Rechtsbeschwerde offenbar meint - Ausführungen des Berufungsbeklagten in der Berufungserwiderung nicht geeignet, eine unzulängliche Berufungsbegründung zu heilen.

c) Das Berufungsgericht hat die Berufung mithin zu Recht als unzulässig verworfen. Auf Fragen der Begründetheit der Berufung, also insbesondere auf die den Streitfall betreffenden Ausführungen der Rechtsbeschwerde zur Frage des Verjährungseintritts und der den Tatrichter nach ihrer Auffassung treffenden Pflicht, ein neues Sachverständigengutachten einzuholen, kommt es deshalb nicht mehr an.

### **78. OLG Köln, Beschluss vom 21.01.2015 – 5 U 142/14 – \* Für die Art und Weise und den Ort einer Temperaturbestimmung in einem Krankenhaus besteht keine Dokumentationspflicht. Mit- und nachbehandelnde Ärzte bedürfen einer entsprechenden Information nicht**

#### **Orientierungssatz**

Für die Art und Weise und den Ort einer Temperaturbestimmung in einem Krankenhaus besteht keine Dokumentationspflicht. Mit- und nachbehandelnde Ärzte bedürfen einer entsprechenden Information nicht.

#### **Tenor**

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das am 8.07.2014 verkündete Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 25 O 39/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Die Klägerin erhält Gelegenheit, zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

#### **Gründe**

Die Berufung hat nach gründlicher Prüfung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu liegenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin kann von der Beklagten gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1, 253 Abs. 2 ZPO weder die Zahlung eines Schmerzensgeldes noch materiellen Schadensersatz verlangen.

Das Landgericht hat Behandlungsfehler nach Einholung eines kinderärztlichen Gutachtens von Prof. Dr. X in rechtlich nicht zu beanstandender und den Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindender Weise nicht festgestellt. Der Sachverständige Prof. Dr. X, dem das Landgericht gefolgt ist, ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beklagte zu 2) am 20.5.2012 bei der Vorstellung der Klägerin in der Kinder-Ambulanz der Beklagten zu 1) weder die Diagnose einer Appendizitis stellen, noch eine weitere diagnostische Abklärung, etwa die Erhebung von Laborbefunden, vornehmen oder veranlassen noch die Klägerin stationär aufnehmen musste.

Zur Begründung hat er ausgeführt, dass Bauchschmerzen eines knapp fünf jährigen Kindes viele Ursachen haben könnten, beispielsweise einen Magendarminfekt, Verstopfung, Invagination, Appendizitis, Hepatitis oder eine Harnwegsinfektion. Im vorliegenden Behandlungsfall sei eine Appendizitis jedoch nicht in die engere Differentialdiagnose einzubeziehen gewesen. Bei der klinischen Untersuchung und dem Abtasten des Bauches, die für einen Notfalltermin ausreichend dokumentiert seien, hätten sich ein ubiquitärer, also allseitiger Druckschmerz, nicht aber die typischen Zeichen einer Appendizitis in Gestalt eines rechtsseitigen Unterbauchschmerzes und eines linksseitigen Loslassschmerzes gezeigt. Ferner habe der sonografische Befund des Fehlens einer Kokarde gegen eine Appendizitis gesprochen, ohne sie auszuschließen. Bei der Sonografie habe der Beklagte zu 2) zudem eine Koprostase, das heißt eine Verstopfung, gesehen und beschrieben, die sich nach Gabe eines Abführmittels ausweislich der Dokumentation deutlich gebessert habe. Daher habe er als wahrscheinlichste Diagnose und Erklärung für die Beschwerden einer Verstopfung annehmen dürfen. Laborbefunde hätten erhoben werden können, nach fachärztlichem Standard aber nicht erhoben werden müssen. Dies gelte insbesondere angesichts der Verbesserung der Symptomatik nach der Gabe des Abführmittels. Ohnehin hätten unauffällige Laborwerte eine Appendizitis nicht ausgeschlossen, während auffällige Laborwerte auf einen entzündlichen Prozess, nicht aber notwendig auf eine Appendizitis hingewiesen hätten. Die leicht erhöhte Temperatur von 37,6° führe zu keiner anderen Beurteilung. Sie könne bei banalen Infekten im Kindesalter rasch entstehen. Bei dem festgestellten Befund habe die Klägerin mit der Maßgabe nach Hause geschickt werden können, sich bei einer Verschlechterung der Situation umgehend wieder vorzustellen.

Die Einwendungen, die die Klägerin gegenüber dieser überzeugenden Beurteilung erhebt, greifen nicht durch. Sie ist in sich schlüssig. Prof. Dr. X hat die klinischen und sonografischen Befunde aufgezeigt, die gegen die bei Bauchschmerzen grundsätzlich in Betracht kommende Diagnose Appendizitis und für eine Verstopfung als Ursache sprachen, und nachvollziehbar erläutert, dass die vom Beklagten zu 2) gestellte und im Bericht vom 20.5.2012 dokumentierte Diagnose einer Obstipation durch den Erfolg der eingeleiteten abführenden Therapie gestützt wurde.

Zwar mag es sein, dass eine Appendizitis - wie die Klägerin in der Berufungsbegründung geltend macht - nicht sicher ausgeschlossen war. Ein nicht sicher auszuschließender Verdacht konnte aber keinen Anlass zu einer explorativen Laparoskopie geben. Der Beklagte zu 2) durfte sich vielmehr mit einem hinreichend sicheren Ausschluss einer Appendizitis zufrieden geben. Denn er musste zwischen den Gefahren, die mit einer zunächst unbehandelten Appendizitis einhergehen, und den Nachteilen abwägen, die sich aus einer im Ergebnis überflüssigen operativen Maßnahme wegen des Verdachts auf Appendizitis ergeben. Die von der Klägerin angeführte Laboruntersuchung, die ein grundsätzlich mögliches diagnostisches Mittel darstellt, konnte vorliegend insbesondere deshalb unterbleiben, weil sie nach den Ausführungen von Prof. Dr. X zur Stellung und Sicherung der Diagnose nichts Wesentliches hätte beitragen können. Ein unauffälliger Befund hätte eine Appendizitis nicht ausgeschlossen, während ein auffälliger Befund, der auch auf einem anderen Infektgeschehen als einer Appendizitis beruhen konnte, die durch den sonografischen Befund einer Verstopfung und den Erfolg der eingeleiteten Therapie gestützte Diagnose einer Obstipation kaum hätte in Frage stellen können.

Die Ausführungen auf S. 5 und 6 des schriftlichen Gutachtens sind entgegen der Auffassung der Klägerin nicht widersprüchlich. Während Prof. Dr. X zunächst die bei einem jüngeren Kind im Falle von Bauchschmerzen grundsätzlich möglichen Diagnosen angesprochen hat, geht es auf der folgenden Seite seines Gutachtens um die im vorliegenden Fall konkret in Betracht kommenden Differentialdiagnosen.

Dokumentationsmängel liegen nicht vor. Die Dokumentation der Tastuntersuchung hat Prof. Dr. X ausdrücklich für angemessen und ausreichend gehalten (S. 4 des Sitzungsprotokolls vom 17.6.2014, Bl. 100R d.A.). Dass die Dokumentation in einer Kinder-Notfall-Ambulanz, in der der Arzt häufig unter Zeitdruck arbeitet, nicht allzu ausführlich sein kann und muss, ist ohne weiteres nachvollziehbar. In Bezug auf die Art und Weise und den Ort der Temperaturbestimmung ist Prof. Dr. X nicht von einer Dokumentationspflicht ausgegangen. Für eine solche ist auch nichts ersichtlich. Mit- und nachbehandelnde Ärzte bedürfen einer entsprechenden Information nicht. Die in einem Krankenhaus übliche Vorgehensweise ist

dort bekannt. Selbst wenn sich bei unterschiedlichen Messungsorten geringfügige Temperaturdifferenzen ergeben, sind die Unterschiede für eine künftige Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt oder in einem anderen Krankenhaus nicht ausschlaggebend. Die Ultraschalluntersuchung mit dem Befund einer Verstopfung ist offensichtlich vor der Gabe des Abführmittels erfolgt. Denn danach hat sich, wie der Beklagte zu 2) festgehalten hat, der Stuhl zunächst in fester und dann in flüssiger Form entleert.

Soweit die Klägerin eine stationäre Aufnahme zur Beobachtung für erforderlich hält, setzt sie allein ihre Auffassung gegen die des Sachverständigen, was keinen Anlass zur weiteren Sachaufklärung gibt. Sie lässt dabei vor allem außer Acht, dass sich die bestehende Symptomatik durch eine Verstopfung erklären ließ und die erhobenen Befunde auf dieses Krankheitsbild hinweisen. Eine Verschlechterung der Symptomatik, bei der die Klägerin wieder vorgestellt werden sollte, wird zudem von den Eltern eines jüngeren Kindes regelmäßig beobachtet werden. Wie der Verlauf am 21.5.2012 belegt, verhielt es sich auch im Fall der Klägerin so.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

**79. BGH, Urteil vom 20.01.2015 – VI ZR 137/14 – \* Nimmt ein Patient einen Klinikträger sowie einen bei ihm angestellten Arzt auf Schadensersatz in Anspruch und ist die Klage gegen den Arzt unter der Adresse des Klinikträgers zugestellt worden, hat der Patient keinen Anspruch gegen den Klinikträger, ihm die Privatanschrift des Arztes mitzuteilen. Die begehrte Auskunft ist zur Verfolgung von Ansprüchen gegen den Arzt nicht erforderlich. Sie ist zudem dem Klinikträger aus Rechtsgründen nicht zumutbar, denn die datenschutzrechtliche Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG steht der Auskunftserteilung entgegen.**

#### **Leitsatz**

Zur Frage der Auskunftspflicht des Klinikträgers über die Privatanschrift eines bei ihm angestellten Arztes.

#### **Orientierungssatz**

1. Nimmt ein Patient einen Klinikträger sowie einen bei ihm angestellten Arzt auf Schadensersatz in Anspruch und ist die Klage gegen den Arzt unter der Adresse des Klinikträgers zugestellt worden, hat der Patient keinen Anspruch gegen den Klinikträger, ihm die Privatanschrift des Arztes mitzuteilen. Die begehrte Auskunft ist zur Verfolgung von Ansprüchen gegen den Arzt nicht erforderlich. Sie ist zudem dem Klinikträger aus Rechtsgründen nicht zumutbar, denn die datenschutzrechtliche Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG steht der Auskunftserteilung entgegen.

2. Zwar war der Klinikträger als Arbeitgeber des beschäftigten Arztes berechtigt, die private Wohnanschrift des Beschäftigten zu erheben, um die ordnungsgemäße Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses sicherzustellen. Der Arbeitgeber ist aber grundsätzlich nicht berechtigt, die personenbezogenen Daten, die für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben worden sind, an Dritte (vgl. § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG) weiterzuleiten. Eine Weiterleitung dieser privaten Kommunikationsdaten an Dritte bedarf vielmehr mangels der Einwilligung des Betroffenen der besonderen Gestattung durch eine Rechtsvorschrift (§ 4 Abs. 1 BDSG). Eine derartige Gestattung liegt hier nicht vor.

#### **Tenor**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Görlitz vom 14.02.2014 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Amtsgerichts Weißwasser vom 8.08.2013 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand**

Der Kläger verlangt Auskunft über die Privatanschrift eines bei der Beklagten beschäftigten Arztes.

Der Kläger nimmt die Beklagte und zwei bei ihr angestellte Ärzte gerichtlich auf Schadensersatz in Anspruch. Die Klage konnte zunächst an den Arzt Dr. M. unter der Anschrift der Beklagten nicht zugestellt werden, weil der Prozessbevollmächtigte des Klägers den Namen nicht richtig angegeben hatte.

Nachdem der Name des Arztes korrigiert worden war, wurde die Klage zugestellt. Das Begehren des Klägers, ihm die Privatanschrift des Arztes mitzuteilen, lehnte die Beklagte ab.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung hat das Landgericht das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte zur Auskunft verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt diese die Wiederherstellung des Urteils des Amtsgerichts.

#### **Entscheidungsgründe**

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger der Auskunftsanspruch aus § 242 BGB zu. Das Interesse eines Patienten an der Mitteilung der Privatanschrift des ihn behandelnden Arztes überwiegt das Interesse des Arztes am Schutz seiner Privatsphäre, wenn der Patient den Arzt in zulässiger

Form wegen eines angeblichen Behandlungsfehlers auf Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch nehmen und nicht besondere Umstände ausnahmsweise ein anderes Abwägungsergebnis rechtfertigten. Das aus der ärztlichen Behandlung erwachsene Verhältnis zwischen Arzt und Patient sei weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung; es setze starkes Vertrauen voraus und wurde in der menschlichen Beziehung, in die der Arzt zu dem Kranken trete. Anonymität vertrage sich nicht mit dem Wesen des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Der Anspruch hänge nicht davon ab, dass der Arzt zwischenzeitlich aus der Klinik ausgeschieden und die Zustellung der Klageschrift nur an die Privatanschrift möglich sei. Es sei nämlich von Natur aus ungewiss, ob und für welche Dauer Dr. M. künftig noch für die Beklagte arbeite. Entgegen der Auffassung der Beklagten stehe dem klägerischen Auskunftsanspruch nicht die Regelung in § 32 Bundesdatenschutzgesetz (künftig: BDSG) entgegen. Zwar sei Dr. M. ein Beschäftigter der Beklagten. Auch handle es sich bei der Privatanschrift um personenbezogene Daten im Sinne von § 32 BDSG. Doch beschränke § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG allein die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung solcher Daten "für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses". Um solche Zwecke gehe es nicht.

II.

Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Allerdings geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Auskunftspflicht bei jedem Rechtsverhältnis besteht, dessen Wesen es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht in zumutbarer Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete unschwer, d.h. ohne unbillig belastet zu sein, die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu geben vermag (st. Rspr. vgl. etwa Senatsurteil vom 1.07.2014 - VI ZR 345/13, VersR 2014, 1266 Rn. 6; BGH, Urteil vom 17.05.1994 - X ZR 82/92, BGHZ 126, 109, 113; Beschluss vom 20.02.2013 - XII ZB 412/11, BGHZ 196, 207 Rn. 30; vgl. auch Senatsurteil vom 28.11.1989 - VI ZR 63/89, VersR 1990, 202 mwN).

Unter diesen Voraussetzungen ist ein Anspruch auf Auskunftserteilung auch dann gegeben, wenn nicht der Inanspruchgenommene, sondern ein Dritter Schuldner des Hauptanspruchs ist, dessen Durchsetzung der Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung ermöglichen soll (Senatsurteil vom 1.07.2014 - VI ZR 345/13, aaO Rn. 7; BGH, Urteile vom 17.05.2001 - I ZR 291/98, BGHZ 148, 26, 30; vom 24.03.1994 - I ZR 42/93, BGHZ 125, 322, 330 f.). Allerdings begründet allein die Tatsache noch keine Auskunftspflicht, dass jemand über Sachverhalte informiert ist oder sein könnte, die für einen anderen von Bedeutung sind (vgl. BGH, Urteile vom 7.05.1980 - VIII ZR 120/79, NJW 1980, 2463, 2464; vom 18.01.1978 - VIII ZR 262/76, NJW 1978, 1002).

Zutreffend weist die Revision darauf hin, dass nur solche Angaben verlangt werden können, die für die Geltendmachung des Hauptanspruchs auch tatsächlich benötigt werden (BGH, Urteile vom 28.10.1953 - II ZR 149/52, BGHZ 10, 385, 388 und vom 3.04.1996 - VIII ZR 54/95, NJW 1996, 2100, 2101). Grund für das Bestehen einer Auskunftspflicht ist nämlich, dass es der Partei generell nahezu unmöglich ist, an notwendige Informationen zu gelangen, die sie zur Sachverhaltserforschung oder zur Geltendmachung von Ansprüchen benötigt. Dahinter steht der Gedanke der prozessualen Chancengleichheit.

2. Im Streitfall ist die begehrte Auskunft für den Kläger zur Verfolgung von Ansprüchen aus der ärztlichen Behandlung nicht erforderlich.

a) Zwar hat der Patient gegenüber Arzt und Krankenhaus grundsätzlich auch außerhalb eines Rechtsstreits Anspruch auf Einsicht in die ihn betreffenden Krankenunterlagen, soweit sie Aufzeichnungen über objektive physische Befunde und Berichte über Behandlungsmaßnahmen (Medikation, Operation etc.) betreffen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 23.11.1982 - VI ZR 222/79, BGHZ 85, 327, 332 ff.). Insoweit weist das Berufungsgericht zutreffend auf die Regelung der Einsichtnahme in die Patientenakte in § 630g BGB hin. Dieser Anspruch ergibt sich aus dem durch grundrechtliche Wertungen geprägten Selbstbestimmungsrecht und der personalen Würde des Patienten, die es verbieten, ihm im Rahmen der Behandlung die Rolle eines bloßen Objekts zuzuweisen (vgl. dazu BVerfG, NJW 1979, 1925, 1929 f. und Sondervotum NJW 1979, 1931 ff.). Der erkennende Senat hat es auch für rechtlich bedenklich gehalten, dass einem Patienten nicht mitgeteilt worden ist, wer sein Operateur war und sich der betreffende Arzt weder vor noch nach der Operation mit dem Patienten in Verbindung gesetzt hat (vgl. Senatsurteil vom 10.05.1983 - VI ZR 173/81, VersR 1983, 690, 691). Eine solche Auskunft steht dem Patienten zu. Der Klinikträger ist deshalb grundsätzlich gehalten, dem Patienten den Namen des ihn behandelnden Arztes mitzuteilen. Darum geht es im Streitfall allerdings nicht. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch richtet sich nicht auf die Einsicht in seine Behandlungsunterlagen. Auch hat die Beklagte dem Kläger die Namen der ihn behandelnden Ärzte bereits mitgeteilt.

b) Die darüber hinaus verlangte Mitteilung der Privatadresse des Arztes ist für den Kläger zur Verfolgung seiner Ansprüche nicht erforderlich. Sie ist außerdem der Beklagten aus Rechtsgründen nicht zumutbar.

aa) Zur Führung des bereits rechtshängigen Prozesses bedarf der Kläger der Privatanschrift nicht. Zwar ist die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Beklagten in der Klage notwendig, weil sonst die Zustellung der Klageschrift und damit die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses nicht möglich wäre.

Dieses Erfordernis begründet jedoch keine Verpflichtung, zwingend die Wohnanschrift des Beklagten anzugeben, unter der gegebenenfalls eine Ersatzzustellung nach §§ 178 ff. ZPO möglich wäre (Senatsurteil vom 31.10.2000 - VI ZR 198/99, BGHZ 145, 358, 363 f.). Die durch § 253 Abs. 4 ZPO in Bezug genommene Norm des § 130 Nr. 1 ZPO stellt lediglich eine "Soll-Vorschrift" dar (vgl. zur Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers: BGH, Urteil vom 9.12.1987 - IVb ZR 4/87, BGHZ 102, 332, 334). Die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Beklagten muss vornehmlich darauf gerichtet sein, eine Übergabe der Klageschrift an den Zustellungsempfänger selbst zu ermöglichen, weil die Zustellung grundsätzlich durch persönliche Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Empfänger zu erfolgen hat (§ 177 ZPO; vgl. dazu auch Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 177 Rn. 1). Hierfür genügt in geeigneten Fällen die Angabe der Arbeitsstelle. Dies gilt im Streitfall umso mehr, als beklagte Krankenhausärzte in Arzthaftungsprozessen erfahrungsgemäß vielfach mit ihrer Klinikanschrift bezeichnet werden, ohne dass ersichtlich wäre, dass dies - etwa im Rahmen von Zustellungen - zu relevanten Schwierigkeiten geführt hätte.

Auch im Streitfall erfolgte die Zustellung der Klageschrift an den bei der Beklagten beschäftigten Arzt, nachdem die Schreibweise seines Namens durch den Kläger berichtigt worden war.

bb) Anders als das Berufungsgericht meint, steht ferner die datenschutzrechtliche Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG der Auskunftserteilung entgegen. Das Bundesdatenschutzgesetz findet gemäß § 32 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG auf die Beklagte auch als nicht-öffentliche Stelle Anwendung, selbst wenn sie die personenbezogenen Daten der bei ihr Beschäftigten nicht unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verwalten sollte.

Die Regelung in § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG gestattet dem Arbeitgeber die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Von § 32 BDSG werden alle in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehenden Personen erfasst, so auch der bei der Beklagten angestellte Arzt (§ 3 Abs. 11 Nr. 1 BDSG). Zweifellos handelt es sich bei der Privatadresse des beschäftigten Arztes um eine Einzelangabe über persönliche Verhältnisse einer bestimmten Person und mithin um personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl., § 3 Rn. 6). Nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3a BDSG ist das Übermitteln gespeicherter Daten in der Weise, dass die Daten an einen Dritten weitergegeben werden, ein Verarbeiten von Daten ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren. Dem Auskunftsanspruch gegen die Beklagte steht daher grundsätzlich das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 BDSG entgegen. Eine den Erfordernissen des § 4a Abs. 1 BDSG entsprechende Einwilligung des beschäftigten Arztes in die Weitergabe seiner Privatadresse macht der Kläger selbst nicht geltend.

Zwar war die Beklagte als Arbeitgeberin des beschäftigten Arztes berechtigt, die private Wohnanschrift des Beschäftigten zu erheben, um die ordnungsgemäße Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses sicherzustellen. Der Arbeitgeber ist aber grundsätzlich nicht berechtigt, die personenbezogenen Daten, die für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben worden sind, an Dritte (vgl. § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG) weiterzuleiten. Eine Weiterleitung dieser privaten Kommunikationsdaten an Dritte bedarf vielmehr mangels der Einwilligung des Betroffenen der besonderen Gestattung durch eine Rechtsvorschrift (§ 4 Abs. 1 BDSG). Eine derartige Gestattung liegt hier nicht vor.

Da die Daten für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben worden sind, ist vielmehr die Übermittlung an Dritte nach dem für den Datenschutz geltenden Zweckbindungsgebot grundsätzlich als zweckfremde Verwendung ausgeschlossen. Sie ist nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Nr. 2a BDSG zulässig, soweit die Vorschrift neben § 32 BDSG Anwendung findet (ausdrücklich geregelt für die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen in § 12 Abs. 4 BDSG; Erfurth, NJOZ 2009, 2914, 2924). § 28 Abs. 2 BDSG erlaubt unter anderem die Übermittlung oder Nutzung der Daten für einen anderen als den ursprünglich die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung rechtfertigenden Zweck, wenn es das berechtigte Interesse eines Dritten erfordert (vgl. Gola/Schomerus aaO, § 32, Rn. 39). Ein berechtigtes Interesse im Sinne dieser Vorschrift ist außerdem nur dann beachtenswert, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat (Gola/Schomerus, aaO, § 28 Rn. 37).

Der Kläger vermag schon ein berechtigtes Interesse an der begehrten Auskunft nicht darzulegen. Auf das schutzwürdige Interesse des betroffenen Arztes an der Wahrung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1, 41 ff.) kommt es danach nicht mehr an.

**80. OLG Köln, Beschluss vom 13.01.2015 – 5 U 120/14 – \* Ist dem Arzt kein grober Behandlungsfehler anzulasten, kommt dem Patienten hinsichtlich des grundsätzlich von ihm nachzuweisenden Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Eintritt des Primärschadens keine Beweislastumkehr zugute. Dass für eine Operation die falsche Stelle ausgesucht und infolgedessen nicht im Segment HW7/BW1, sondern in TH1/2 (oder BW1/2) operiert wurde, stellt keinen groben Behandlungsfehler dar, wenn trotz aller Bemühungen immerhin drei Ärzte dem Irrtum unterlegen sind, die vorgesehene Etage gefunden zu haben, was darauf hindeutet, dass ein solcher Fehler unterlaufen kann.**

#### Orientierungssatz

**1. Ist dem Arzt kein grober Behandlungsfehler anzulasten, kommt dem Patienten hinsichtlich des grundsätzlich von ihm nachzuweisenden Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Eintritt des Primärschadens keine Beweislastumkehr zugute. Dass für eine Operation die falsche Stelle ausgesucht und infolgedessen nicht im Segment HW7/BW1, sondern in TH1/2 (oder BW1/2) operiert wurde, stellt keinen groben Behandlungsfehler dar, wenn trotz aller Bemühungen immerhin drei Ärzte dem Irrtum unterlegen sind, die vorgesehene Etage gefunden zu haben, was darauf hindeutet, dass ein solcher Fehler unterlaufen kann.**

**2. Steht fest, dass auf Grund des Behandlungsfehlers ein Muskelschwund im Bereich der rechten Hand mit Einschränkungen der Fingerbeweglichkeit, fehlendem Kraftschluss und Schmerzen in der Hand, bestehen, während von dem Patienten geklagte Beschwerden im Bereich der Schulter und im Bereich der Lendenwirbelsäule nicht auf dem Behandlungsfehler beruhen können, ist ein Schmerzensgeld in Höhe von 5.000,- € eher als hoch bemessen anzusehen.**

#### Tenor

Der Senat weist die Parteien darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 30.06.2014 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 9 O 125/13 - gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Hinweis innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO).

#### Gründe

I.

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, weil das angefochtene Urteil weder auf einer Rechtsverletzung beruht noch nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§§ 522 Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO).

Dem Kläger steht über das erstinstanzlich zuerkannte Schmerzensgeld hinaus kein weitergehender Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden gegen die Beklagten zu.

Das Landgericht hat die Haftung aufgrund eines im Rahmen der Operation am 23.02.2007 begangenen Behandlungsfehlers zu Recht auf Schäden in der rechten Hand in Form von Paresen und damit verbundene Bewegungseinschränkungen und Schmerzen begrenzt und ein hierfür angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von 25.000,- EUR zugesprochen. Ohne Erfolg macht der Kläger mit der Berufung geltend, die Beklagten hafteten auch für dauerhafte nervale Ausfallerscheinungen der rechten Schultermuskulatur, für Schmerzen in der Schulter sowie für Taubheit und Beschwerden im Bereich der Lendenwirbelsäule.

Dem Kläger kommt hinsichtlich des von ihm grundsätzlich nachzuweisenden Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Eintritt des Primärschadens keine Beweislastumkehr zu gute. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass den Beklagten keine groben Fehler anzulasten sind. Zutreffend hat das Landgericht auf Grundlage der nachvollziehbaren und auch den Senat überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X berücksichtigt, dass die Lokalisierung des zu operierenden Gebietes aufgrund der erschwerten Operationsbedingungen besonders schwierig war. Aufgrund der dem Operationsbericht vom 23.02.2007 zu entnehmenden Schwierigkeiten bei der intraoperativen Durchleuchtung der Halswirbelsäule war eine Lokalisation der untersten Halswirbel und oberen Brustwirbel nur eingeschränkt möglich. Die Beklagten entschieden sich daher, die Halswirbelsäule um eine weitere Etage zu präparieren, stellten die vermeintlich richtige Etage fest und zogen zur Unterstützung den Beklagten zu 4) konsiliarisch hinzu, der die Richtigkeit der markierten Stelle bestätigte. Dass trotz dieser Maßnahmen die falsche Stelle ausgesucht und infolgedessen nicht im vorgesehenen Segment HW7/BW1, sondern in TH1/2 (oder BW1/2) operiert wurde, stellt zwar nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X und im Übrigen schon nach Vortrag der Beklagten einen Behandlungsfehler dar. Der Fehler ist jedoch nicht derart, dass er einem Arzt nicht hätte unterlaufen dürfen. Dass trotz aller Bemühungen immerhin drei Ärzte dem Irrtum unterlegen sind, die vorgesehene Etage gefunden haben, deutet vielmehr darauf hin, dass ein solcher Fehler unterlaufen kann. Der vom Kläger herangezogene Vergleich mit einer Verwechslung der Beinseite überzeugt im Hinblick auf die im Bereich der Wirbelsäule ohnehin schwieriger als die Frage der richtigen Beinseite zu treffende Bestimmung des richtigen Segmentes, die durch die schwierigen Operationsbedingungen noch erschwert war, in keiner Weise.

Der Kläger wendet in diesem Zusammenhang zu Unrecht ein, die Beklagten hätten intraoperativ und im Anschluss an die Operation weitere Befunde erheben müssen. Über die Möglichkeit einer intraoperativen CT-Kontrolle verfügte die Beklagte zu 1) nicht. Eine mangelhafte Ausstattung ist der Beklagten insoweit nicht vorzuwerfen, denn nach Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X verfügen überhaupt nur wenige Krankenhäuser über die Möglichkeit einer CT-Kontrolle während der Operation. Soweit der im Auftrag des MDK tätige Gutachter Dr. E es als zumutbar bezeichnet hat, die präparierte Höhe mit einem Clip zu markieren und im Zweifel mit dem Patienten in Narkose den Operationssaal zu verlassen, um mittels eines CT die Höhenlokalisierung abzusichern, übersieht der Gutachter, dass die Beklagten aufgrund der von ihnen vorgenommenen Maßnahmen wie weitergehende Präparation, mehrfache Durchleuchtung der Halswirbelsäule und Konsil mit dem Beklagten zu 4) eben keine Zweifel mehr an der Richtigkeit der von ihnen gewählten Höhe hatten. Auf die von den Beklagten mit der Berufungserwiderung aufgeworfene

Frage, ob durch eine außerhalb des Operationssaales durchgeführte CT-Kontrolle die Operationsdauer in einem nicht hinzunehmenden Maße verlängert worden wäre, kommt es danach nicht mehr an.

Auch die nach der Operation vom 23.02.2007 bestehende Beschwerdesymptomatik hätte den Beklagten keinen Anlass geben müssen, die Richtigkeit der operierten Höhe zu überprüfen. Der Sachverständige Prof. Dr. X hat überzeugend ausgeführt, dass zu einer weiteren postoperativen Diagnostik kein Anlass bestand, nachdem sich das massive Schmerzbild nach der Operation gebessert hatte. Soweit der Kläger behauptet, die Beschwerden seien nicht nur nicht abgeklungen, sondern seien sogar stärker als zuvor gewesen, steht dies im Widerspruch zum Inhalt der Behandlungsdokumentation. Nach dem Entlassungsbrief vom 28.02.2007 hatte der Kläger von dem Eingriff bezüglich seiner Schmerzsymptomatik "deutlich profitiert". Das motorische Defizit war zwar unverändert. Dies gab jedoch zunächst keinen Anlass zur Sorge, da es im Falle einer operativen Entlastung einer komprimierten Nervenwurzel nach Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X in der Regel nicht zu erwarten ist, dass sich neurologische Defizite innerhalb des stationären Aufenthaltes zurückbilden. Auch bei erneuter Aufnahme zur Wundrevision am 09.03.2007 berichtete der Kläger, die Schmerzen hätten sich gebessert. Laut Entlassungsbrief vom 19.03.2007 gab der Kläger kein sensorisches Defizit mehr an, allenfalls leichte Dysästhesien in Daumen und Zeigefinger der rechten Hand.

Auf die Frage, ob den Beklagten grobe Fehler vorzuwerfen sind, kommt es letztlich aber auch nicht entscheidend an. Dahin stehen lassen kann der Senat daher auch die zwischen den Parteien im Weiteren streitige Frage, ob die Beklagten zu 2) und 3) den Kläger anlässlich seiner ambulanten Vorstellung am 13.12.2007 über ihren Verdacht in Kenntnis setzten, es sei nicht in der vorgesehenen Etage operiert worden und ob - woran ebenfalls gedacht werden könnte - von den Beklagten in diesem Zusammenhang unter dem Gesichtspunkt einer therapeutischen Sicherungsaufklärung zu fordern gewesen wäre, den Kläger auf eine möglicherweise bestehende zeitliche Dringlichkeit der Abklärung des unklaren Beschwerdebildes im Hinblick auf einen drohenden Dauerschaden der komprimierten C8-Nervenwurzel hinzuweisen. Denn nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X steht fest, dass die vom Kläger geklagten Beschwerden im Bereich der rechten Schulter sowie im Bereich der Lendenwirbelsäule zweifelsfrei nicht auf dem Behandlungsfehler beruhen. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten ausgeführt, dass Schädigungen, die über die C8-innervierte Muskulatur hinausgehen, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen seien. Im Rahmen seiner ergänzenden mündlichen Anhörung hat der Sachverständige bestätigt, dass lediglich der Muskelschwund im Bereich der Hand mit Einschränkungen der Fingerbeweglichkeit, fehlendem Kraftschluss und Schmerzen in der rechten Hand auf dem Behandlungsfehler beruhen. Diese Feststellungen sind nachvollziehbar. Durch das behandlungsfehlerhafte Unterlassen einer Operation im Segment HW7/BW1 wurde die Kompression der C8-Wurzel nicht beseitigt. Dem Dermatom der C8-Wurzel sind jedoch lediglich die rechte äußere Seite der Hand mit kleinem Finger und Ringfinger zuzuordnen. Ein Zusammenhang mit Schulter oder Bereich der Lendenwirbelsäule besteht nicht. Die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. X überzeugen. Sie werden gestützt durch das Gutachten von Dr. E, der ebenfalls einen Ursachenzusammenhang zwischen der Operation vom 23.02.2007 und den geklagten Beschwerden im Bereich der Schulter und der Lendenwirbelsäule verneint hat. Nach seiner Einschätzung sind die im Verlauf der Jahre 2008 und 2009 zunehmenden Schmerzen im Bereich der rechten Schulter am ehesten durch die präoperativ nachgewiesenen degenerativen Veränderungen der Halswirbelsäule im Segment HWK 3/4 und HWK 4/5 und nicht durch die Operation in der falschen Höhe bedingt. Gleiches gilt nach Ausführungen von Dr. E hinsichtlich der Schmerzen im rechten Bein, die auf degenerativen Veränderungen in der Lendenwirbelsäule beruhen (Seite 7 des Gutachtens von Dr. E vom 10.03.2013, Bl. 63 d.A.).

Eine Haftung für Beschwerden der Schulter und im Bereich der Lendenwirbelsäule lässt sich auch nicht über einen Aufklärungsfehler begründen. Dabei kann offen bleiben, ob beim Kläger aufgrund einer Anomalie ein aufklärungspflichtiges erhöhtes Operationsrisiko bestand, ob über die fehlende Möglichkeit einer intraoperativen CT-Kontrolle und über Behandlungsalternativen unzureichend aufgeklärt wurde. Denn der Kläger kann nicht beweisen, dass der geklagte Schaden infolge der Durchführung des Eingriffs im Segment BW1/2 oder infolge der Nichtführung eines operativen Eingriffs im Segment HW7/BW1 der geklagte Schaden entstanden ist.

Das für die als kausal feststehenden Schäden im Bereich der rechten Hand durch das Landgericht zugesprochene Schmerzensgeld hält der Senat eher als hoch, keinesfalls jedoch als zu niedrig bemessen. Ein verzögertes Regulierungsverhalten kann der Kläger den Beklagten nicht vorhalten. Im Hinblick auf die durchaus zu problematisierende Frage, ob der Kläger einen schadensursächlichen Behandlungsfehler würde nachweisen können - der Sachverständige Prof. Dr. X hat die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Operation im vorgesehenen Segment immerhin mit lediglich 50 % bis 70 % angegeben -, kann den Beklagten nicht schmerzensgelderhöhend vorgeworfen werden, erst nach Rechtshängigkeit der Klage einen Teilbetrag in Höhe von 5.000,- EUR gezahlt zu haben.

II.

Bei dieser Sachlage gibt die Berufung zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils insgesamt keine Veranlassung. Die Rechtssache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO); eine mündliche Verhandlung erscheint unter Berücksichtigung aller weiteren Aspekte des Rechtsstreites auch aus sonstigen Gründen nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO).

Dokument 100 von 107

**81. OLG Hamm, Urteil vom 13.01.2015 – I-26 U 122/14, 26 U 122/14 – \* Beschränken sich die Folgen einer Hüftluxation auf eine kurzzeitige Luxation von etwa einer Stunde ohne erhebliche Schmerzempfindungen und einer schmerzfreien Reposition unter einer ca. zehn minütigen Kurznarkose, so ist nicht die Geringfügigkeitsgrenze überschritten, unterhalb derer die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes nicht angemessen erscheint**

**Orientierungssatz**

Beschränken sich die Folgen einer Hüftluxation auf eine kurzzeitige Luxation von etwa einer Stunde ohne erhebliche Schmerzempfindungen und einer schmerzfreien Reposition unter einer ca. zehn minütigen Kurznarkose, so ist nicht die Geringfügigkeitsgrenze überschritten, unterhalb derer die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes nicht angemessen erscheint.

**Tenor**

Die Berufung des Klägers gegen das am 4.07.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufungsinstanz.

Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Der am ...1946 geborene Kläger hat von den Beklagten wegen vermeintlicher ärztlicher Behandlungsfehler in der Hauptsache die Zahlung eines mit mindestens 20.000,00 EUR für angemessen gehaltenen Schmerzensgeldes und die Feststellung weitergehender Ersatzpflicht begehrt.

Er befand sich in dem Zeitraum vom 08.11.2012-17.11.2012 in stationärer Behandlung im Krankenhaus der Beklagten zu 1). Am 09.11.2012 erhielt er am linken Hüftgelenk eine Totalendoprothese. Operateur war der Beklagte zu 2); Anästhesist war der Beklagte zu 3). In engem zeitlichen Zusammenhang mit der Operation kam es zu einer Hüftluxation.

Die Parteien haben erstinstanzlich insbesondere darüber gestritten, ob dies die Folge einer fehlerhaften Umlagerung im Operationssaal oder eine schicksalhafte Komplikation in der Intensivstation gewesen ist. Ferner hat Streit bestanden, ob die präoperative Planung fehlerhaft, weil ohne die Durchführung eines CT, erfolgt sei, ferner, ob fehlerhaft eine zu große Winkelung der Prothesenteile erfolgt sei.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch sachverständige Begutachtung durch die Unfallchirurgin und Orthopädin Dr. I abgewiesen, weil Behandlungsfehler nicht festzustellen seien.

Die Planung der Operation anhand des Programmes MediCAD sei nicht zu beanstanden. Die genaue Position der Pfanne werde erst während der Operation mittels optischer Kontrolle und Kontrolle durch das Navigationssystem ermittelt. Ein vorbereitendes CT sei nicht notwendig gewesen.

Die eingetretene zu weite Öffnung der Pfanne lasse als solches auf der Basis des Operationsberichtes keinen Schluss auf einen Behandlungsfehler zu.

Bei der eingetretenen Luxation könne es sich um eine Komplikation handeln, die durch die Winkelstellung begünstigt worden sei. Ob sie dagegen die Folge einer behandlungsfehlerhaften Ausschleusung aus dem Operationssaal sei, könne nicht beurteilt werden. Insbesondere sei nicht feststellbar, dass sie bereits zu diesem Zeitpunkt und nicht erst auf der Intensivstation eingetreten sei. Eine Beweislastumkehr komme dem Kläger insoweit nicht zugute.

Auch seien Folgeschäden nicht eingetreten. Der jetzige Zustand sei als ausgezeichnet anzusehen.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der das erstinstanzliche Begehren weiter verfolgt.

Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft die beantragte Schriftsatzfrist zur Stellungnahme zur Beweisaufnahme nicht gewährt.

Der Kläger rügt in der Sache insbesondere postoperative Befunderhebungsfehler. Der Schaden wäre bei richtiger Diagnostik durch eine sofortige Nachoperation vermeidbar gewesen. Darüber hinaus gehe er von einer fehlerhaften Umlagerung in Form einer unzulässigen Schrägstellung des dabei verwendeten Rollbrettes als Schadensursache aus. Dazu hätten die beteiligten Personen vernommen werden müssen, was fehlerhaft nicht geschehen sei. Mangels Dokumentation gelte für ihn insoweit eine Beweislastumkehr. Der Kläger beantragt,

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten aus dem Basiszinssatz hieraus seit dem 19.2.2013 zu zahlen,
2. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger eine Nebenforderung in Höhe von EUR 1.196,43 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
3. festzustellen, dass die Beklagten gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, sämtliche künftigen aus dem Unfall- und Behandlungsfehler vom 09.11.2012 resultierenden materiellen und nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden dem Kläger zu ersetzen, soweit diese nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung.

Sie halten die Berufung für unzulässig, hilfsweise für unbegründet. Ein Umlagerungsfehler sei ausweislich der Angaben des Beklagten zu 3) ausgeschlossen. Bei der Angabe eines zeitlichen Zusammenhanges zwischen Ausschleusung und Luxation handele es sich ausweislich der sonstigen Dokumentation und tatsächlichen Umstände nur um eine unzutreffende Vermutung. Eine Beweislastumkehr wegen des Vorliegens einer voll beherrschbaren Bereiches gelte vorliegend nicht.

Auch Fehler bei der Nachsorge seien ausweislich der Dokumentation nicht gegeben.

Ein Zusammenhang zwischen der Luxation und der Behandlung sei nicht feststellbar, weil der Großteil der Luxationen durch Bewegungen der Patienten selbst verursacht werde.

Schmerzensgeldrelevante Beeinträchtigungen seien nicht eingetreten.

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugin W sowie durch Einholung eines mündlichen Gutachtens der Sachverständigen Dr. I. Wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 13.01.2015 verwiesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, insbesondere des genauen Wortlautes der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die angefochtene Entscheidung und die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig. Die Begründung lässt den Umfang der Anfechtung und deren Gründe erkennen. Das Begehren auf Zuerkennung des erstinstanzlichen Anspruchs reicht zur Erkennbarkeit des gewollten Antrags - Verurteilung im Umfang des erstinstanzlichen Begehrens - aus.

Die Berufung ist jedoch unbegründet.

Ob das Landgericht verfahrensfehlerhaft gehandelt hat, kann mangels Antrags auf Zurückweisung dahingestellt bleiben.

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche stehen ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

Der Senat stützt sich insoweit auf die erstinstanzliche Begutachtung durch die gerichtliche Sachverständigen Dr. I und die überzeugenden Ausführungen bei ihrer Anhörung vor dem Senat.

Ansprüche ergeben sich insbesondere nicht wegen des Vorliegens von Behandlungsfehlern gemäß den §§ 611, 280, 249 ff., 253 Abs.2 BGB. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass den Beklagten derartige Fehler unterlaufen sind.

1. Es lässt sich nicht feststellen, dass Behandlungsfehler bei der TEP-Operation unterlaufen sind.

a. Es stellt keinen Behandlungsfehler dar, dass präoperativ keine CT-Diagnostik zur Planung der Hüftprothese eingesetzt worden ist.

Die Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass eine solche Diagnostik nicht lege artis gewesen wäre. Die CT-gesteuerte Planung wurde schon früher nur im Rahmen von Robodoc- Operationen verwendet, die sich als problematisch herausgestellt haben. Diese Methode ist bei dem Kläger jedoch ohnehin nicht angewendet worden. Ansonsten wird sie weltweit bei Routineoperationen wie der vorliegenden wegen der Strahlenbelastung nicht angewendet. Sie ist auch nicht notwendig, weil die genaue Positionierung nach medizinischem Standard intraoperativ unter optischer Kontrolle erfolgt. Darüber hinaus ist vorliegend ein Navigationssystem verwendet worden, das eine noch genauere Kontrolle bietet.

b. Es ist auch nicht bewiesen, dass das Hüftgelenk fehlerhaft mit falschen Winkelmaßen implantiert worden ist.

Nach den Ausführungen der Sachverständigen gibt der Operationsbericht keine Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Vorgehen. Insbesondere sind auch intraoperative Funktionstests erfolgt, welche keine Luxationstendenz zeigten. Auch die dokumentierte Bildwandlerkontrolle lässt einen Fehler nicht erkennen.

Auf dieser Basis lässt sich nicht feststellen, dass die späteren Beschwerden des Klägers die Folge eines Behandlungsfehlers sind und nicht etwa die Realisierung eines Operationsrisikos und damit eine nicht haftungsbegründende Komplikation, wie sie nach den Angaben des Sachverständigen bei ihrer Anhörung durch den Senat mit einer Häufigkeit von bis zu 9 % auftreten.

Der Kläger kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ein zu Beweislastumkehr führender Dokumentationsmangel hinsichtlich der Werte des Navigationssystems gegeben sei. Zutreffend ist, dass diese Werte nicht ausgedruckt worden sind. Insoweit hat aber auch eine Dokumentationspflicht nicht bestanden. Denn die Sachverständige hat plausibel dargelegt, dass die Werte des Navigationssystems intraoperativ zur besseren Feststellung der Sitz der Prothese zur Anwendung kommen, jedoch im weiteren insbesondere für die Nachbehandlung nicht von Bedeutung sind. Das erscheint überzeugend, weil die bereits aufgeführten intraoperativen Funktionstests und die Bildwandlerkontrolle das Ergebnis prüfen. Auf welchem Wege der Operateur zuvor zu diesem Ergebnis gekommen ist, ist dann für den Nachbehandler irrelevant. Für ihn ist als Basis für das weitere Vorgehen maßgeblich, welches Ergebnis operativ erreicht worden ist.

Mangels Dokumentationspflicht ist dann aber das Fehlen eines Ausdrucks der Werte nicht zu beanstanden. Insbesondere führt dieser Umstand nicht seiner Beweislastumkehr.

2. Es lässt sich ebenfalls nicht feststellen, dass sich Ansprüche aus der unstreitig nach der TEP-Operation entstandenen Luxation ergeben.

Ausweislich der Bildwandleraufnahme war das Hüftgelenk zum Ende der Operation nicht luxiert. Die Luxation kann deshalb erst im Rahmen der Ausleitungsphase oder später entstanden sein. Bei dieser Ausgangslage ist bereits fraglich, ob der Beklagte zu 2) als Operateur nach dem Ende der Operation für die weiteren Geschehnisse Verantwortung tragen könnte. Es kann ebenfalls dahingestellt bleiben, ob die Luxation sich - worauf die Angaben im Operationsbericht und im Entlassungsbericht hindeuten - bei der Ausleitung oder bei der Ausschleusung ereignet hat. Ferner kann dahingestellt bleiben, ob sich daraus nach den Grundsätzen zur Beweislastumkehr bei Schäden aus einem medizinisch voll beherrschbaren Bereich eine Beweiserleichterung für den Kläger ergeben würde.

Selbst wenn dies alles unterstellt wird, führt das nicht dazu, dass die Beklagten haften.

Denn nach den Ausführungen der Sachverständigen steht zur Überzeugung des Senates positiv fest, dass sich die Folgen der Hüftluxation darauf beschränken, dass bei dem Kläger eine kurze Zeit von etwa einer Stunde eine Luxation ohne erhebliche Schmerzempfindungen vorgelegen hat - der Kläger hat solche schriftsätzlich und auch mündlich erst für spätere Zeiträume geschildert-, und der Kläger sodann zur schmerzfreien Reposition in eine ca. zehn minütige Kurznarkose versetzt worden ist.

Weitergehende Folgen hat die Luxation nach der Bewertung der Sachverständigen sicher nicht gehabt. Insbesondere kann sie nicht zu einer Pfannenfehlstellung geführt haben. Denn andernfalls wäre es immer wieder zu derartigen Luxationen bekommen, was vorliegend jedoch nicht der Fall gewesen ist. Die späteren Beeinträchtigungen des Klägers stellen sich dagegen insoweit nach den Feststellungen der Sachverständigen lediglich als Subluxationen dar. Der Senat folgt der Sachverständigen auch darin, dass sämtliche Beschwerden die Folge einer nicht optimalen Pfannenstellung darstellen, also die Realisierung eines Operationsrisikos. Damit korrespondieren auch die Berichte der C Klinik vom 15.01.2013 und 28.01.2013. Sie verweisen darauf, dass kein Hinweis auf eine Lockerung der Prothese bestanden hat, sondern lediglich eine leichte Steilstellung der Pfanne von 55° und eine Anteversion von ca. 20°, die die Subluxationssymptomatik begünstigen "könnte".

Auf dieser Basis verbleibt es bei der eingangs angeführten kurzzeitigen Luxation und der schmerzfreien Reposition unter Kurznarkose. Damit ist aber nach Auffassung des Senates nicht die Geringfügigkeitsgrenze überschritten, unterhalb derer die Zuerkennung einer Schmerzensgeldes nicht angemessen erscheint. Der Senat hat sich bei der Frage der Zuerkennung von Schmerzensgeldes in erster Linie an der Bedeutung der konkreten Gesundheitsverletzung für die Lebensführung des Verletzten auszurichten. Dabei kann der Umstand nicht außer acht gelassen werden, dass der Mensch vielfältigen Beeinträchtigungen seiner Befindlichkeit ausgesetzt ist. Wird diese Schwelle im konkreten Fall von der erlittenen Beeinträchtigung vornehmlich wegen ihres geringen, nur vorübergehenden Einflusses auf das Allgemeinbefinden nicht überschritten, dann fehlt es schon an einer Grundlage für die geldliche Bewertung eines Ausgleichsbedürfnisses. Auch in solchen Fällen ein Schmerzensgeld festzusetzen, das in den immateriellen Nachteilen keine Entsprechung fände, verlangt § 253 Abs.2 BGB nicht. Ein Schmerzensgeld kann deshalb versagt werden, wenn die erlittene Beeinträchtigung derart geringfügig ist, dass ein Ausgleich des sich aus ihr ergebenden immateriellen Schadens in Geld nicht mehr billig erscheint. Der Senat hält einen solchen Fall vorliegend für gegeben. Es liegt hier eine zeitlich geringfügige Beeinträchtigung ohne wesentlichen Einfluss auf die Lebensführung und ohne Dauerfolgen vor, die weder unter dem Blickpunkt der Ausgleichs- noch der Genugtuungsfunktion ein Schmerzensgeld als billig erscheinen lassen (vgl. BGH-Urteil v. 14.01.1992 - VI ZR 120/91 --Veröffentlichung unter Rz.8; Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Auflage, § 253 Rz.14).

Ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht danach nicht.

Mangels feststellbarer behandlungsfehlerbedingter Folgen ist auch der Feststellungsantrag und der Antrag auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten unbegründet.

Eine Haftung der Beklagten ist damit insgesamt nicht gegeben. Die die Klage abweisende Entscheidung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Die dagegen gerichtete Berufung hat keinen Erfolg.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711, 543 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.

Dokument 101 von 107

**82. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.01.2015 – 8 U 141/13 – \* Die fehlende Aufklärung über die Risiken einer chiropraktischen Behandlung an der Halswirbelsäule begründet einen Schmerzensgeldanspruch des Patienten in Höhe von 2.000 Euro, wenn der Patient infolge der Behandlung einen Bandscheibenvorfall erleidet.**

**Orientierungssatz**

Die fehlende Aufklärung über die Risiken einer chiropraktischen Behandlung an der Halswirbelsäule begründet einen Schmerzensgeldanspruch des Patienten in Höhe von 2.000 Euro, wenn der Patient infolge der Behandlung einen Bandscheibenvorfall erleidet.

**Tenor**

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hanau vom 06.06.2013, Az.: 7 O 1258/10, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Das angefochtene Urteil und das Berufungsurteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Von einer Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II.

A. Die Berufung des Beklagten ist zulässig. Das Rechtsmittel ist nach § 511 Abs. 2 Ziffer 1 ZPO statthaft. Die Einlegungs- und die Begründungsfrist wurde gewahrt.

B. Die Berufung des Beklagten ist nicht begründet.

Der Beklagte hat nicht bewiesen, den Kläger vor der chiropraktischen Heilbehandlung an der Wirbelsäule ordnungsgemäß aufgeklärt zu haben. Er haftet daher unter dem Gesichtspunkt der eigenmächtigen Behandlung, da die durchgeführte chirotherapeutische Maßnahme vom ....2010 nicht von einer wirksamen Einwilligung getragen war (§§ 630 e Abs. 1 und 2, 630 d BGB) und sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat.

1. Nach der informatorischen Anhörung der Parteien sowohl in der ersten als auch der zweiten Instanz steht zur Überzeugung des Senats fest, dass bei dem Kläger von einer durchgeführten Manipulation - und nicht von einer Mobilisation - der Halswirbelsäule auszugehen ist.

Der Sachverständige A hat in seinem Gutachten vom 30.07.2012 (Bl. 109 ff., hier Bl. 139 f.) sowie in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 22.02.2013 (Bl. 181 ff., hier Bl. 188) ausgeführt, dass bei der Manipulation im Gegensatz zu der Mobilisation mit geringer Kraft Impulse hoher Geschwindigkeit und kleiner Amplitude vermittelt werden. Die Manipulation arbeite mit einem einmaligen, wenn auch kleinen Impuls sehr hoher Geschwindigkeit. Bei der Mobilisation werde eine passive, meist wiederholende Bewegung durch Entlastung und/oder Gleitbewegungen mit geringer Geschwindigkeit und zunehmendem Ausmaß zur Vergrößerung des eingeschränkten Bewegungsraumes angewandt. Hierbei werde mit langsamen Bewegungen bis an den Punkt herangegangen, an dem die Spannung zunehme. Der Sachverständige legt in seinem Gutachten weiter dar, dass der Kläger einen Vorgang beschreibt, der eher zu einer Manipulation passe (Bl. 144). Im Übrigen führt er in seiner ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme vom 22.03.2013 aus, dass im Falle einer durchgeführten Mobilisation das Auftreten eines dadurch bedingten traumatischen Bandscheibenvorfalles mit radikulärem Nervenkompressionssyndrom nicht zu erwarten sei (Bl. 194).

Der Kläger hat in seiner informatorischen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 02.12.2014 ausgeführt, dass der Beklagte den Kopf zwischen beide Hände genommen, ihn mehrmals nach links und rechts bewegt und ihn dann links hoch gezogen habe. Des Weiteren hat er in seiner informatorischen Anhörung vor dem Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2011 (Bl. 74 ff.) dargelegt, dass der Beklagte eine Bewegung mit dem Kopf nach links durchgeführt habe und er dabei ein leichtes Knacken verspürt habe. Wie der Sachverständige A ausgeführt hat, wird bei der Mobilisation eine passive, meist wiederholende Bewegung durch Entlastung und/oder Gleitbewegungen mit geringer Geschwindigkeit und zunehmendem Ausmaß zur Vergrößerung des eingeschränkten Bewegungsraumes angewandt. Hierbei wird mit langsamen Bewegungen bis an den Punkt herangegangen, an dem die Spannung zunehme. Insoweit der Kläger ein Hochziehen des Kopfes nach links beschreibt, fehlt es nach Ansicht des Senats an einer passiven, wiederholenden Bewegung, so dass hierin - bei ansonsten möglicherweise durchgeführter Mobilisation - eine Manipulation zu sehen ist. Auch der Sachverständige hat in

Kenntnis der Ausführungen des Klägers vor dem Landgericht und den Ausführungen des Klägers anlässlich seiner informatorischen Anhörung in seinem Gutachten dargelegt, dass der Kläger einen Vorgang beschreibe, der eher zu einer Manipulation passe (Bl. 144). Im Übrigen spricht auch der tatsächlich zeitnah eingetretene streitgegenständliche Bandscheibenvorfall für die Vornahme einer Manipulation. Hierzu stehen die Ausführungen des Beklagten in seiner informatorischen Anhörung vor dem Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2011 (Bl. 74 ff.) auch nicht in zwingendem Widerspruch. Denn er hat insoweit ausgeführt, nach einer leichten Rotation des Kopfes diesen leicht nach oben gezogen zu haben. Hinsichtlich des genauen Behandlungsablaufes ist allerdings davon auszugehen, dass der Kläger als Patient hieran genauere konkrete Erinnerungen hat als der Beklagte als Arzt, der täglich eine Vielzahl von Patienten zu behandeln hat. Dieser dürfte sich damit kaum an genaue Einzelheiten einer stattgehabten, länger zurückliegenden Behandlung erinnern können. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Beklagte im Wesentlichen seine Behandlungsunterlagen als Gedächtnisstütze verwendet, um die Behandlung zu rekapitulieren.

Der Annahme einer Manipulation der Halswirbelsäule steht auch nicht entgegen, dass in den vorgelegten Behandlungsunterlagen unter dem ...2010 eine Mobilisation an der HWS vermerkt worden ist (Bl. 25). Die ärztliche Dokumentation indiziert zwar in der Regel, dass darin genannte Behandlungsmaßnahmen durchgeführt worden sind. § 630 f Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB verlangen allerdings eine fälschungssichere Software, die die ursprünglichen Einträge erhält und gegen Änderungen sichtbar macht. Eine EDV-Dokumentation ohne Sicherung gegen Veränderungen ist nicht mehr zulässig und sollte auch keinen Beweiswert wie eine herkömmliche schriftliche Dokumentation ohne Änderungen haben, selbst wenn der Arzt nachvollziehbar darlegt, dass sie nicht nachträglich verändert wurde und dass sie medizinisch plausibel ist (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., 2014, B Rn. 204 m.w.N.). An einer solchen nachvollziehbaren Darlegung fehlt es vorliegend allerdings. In der Aufklärungsdokumentation vom ...2010 finden sich zwar umfangreiche Feststellungen zu den Risiken einer chirotherapeutischen Behandlung, nicht jedoch solche zu möglichen Behandlungsalternativen, die ebenfalls aufklärungspflichtig sind. Der Beklagte hat in seiner informatorischen Anhörung vor dem Senat allerdings ausgeführt, den Kläger auch über alternative Behandlungsmethoden aufgeklärt zu haben. Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig nachvollziehbar, dass sich zwar die Risikoaufklärung umfangreich dokumentiert in den Behandlungsunterlagen wiederfindet, nicht aber die in der informatorischen Anhörung vor dem Senat behauptete Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden. Im Übrigen hat der Beklagte auch nicht - was allerdings dahingestellt bleiben kann - dargelegt, über eine entsprechende fälschungssichere Software zu verfügen.

2. Erforderlich für eine ordnungsgemäße Aufklärung ist, dass der Behandelnde den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufklärt. § 630 e Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB listet insoweit exemplarisch die aufklärungsbedürftigen Umstände für den Regelfall auf. Demnach ist der Patient im Regelfall insbesondere über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie aufzuklären. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. Ärztliche Heileingriffe bedürfen damit grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein, wobei diese Einwilligung nur wirksam erteilt werden kann, wenn der Patient über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen, Chancen und Gefahren im Großen und Ganzen aufgeklärt worden ist (st. Rspr., BGH NJW 2006, 2108). Die Aufklärung umfasst damit neben der Risikoaufklärung unter anderem auch die Behandlungsaufklärung. Der Behandlungsseite obliegt der Beweis sämtlicher Tatsachen, aus denen sich eine wirksame Einwilligung ergibt; sie hat dementsprechend alle sachverhaltlichen Voraussetzungen einer der konkreten Behandlung entsprechenden vollständigen und zutreffenden Aufklärung zu beweisen. Allerdings sind an den Beweis der Behandlungsseite für die gehörige Erfüllung ihrer Aufklärungspflichten im Rechtsgang keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Vielmehr kann es zur Überzeugungsbildung im Einzelfall ausreichen, wenn - etwa durch Zeugen oder im Wege der Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO - die ständige Praxis einer ordnungsgemäßen Aufklärung nachgewiesen wird. Die Behauptung der ständigen Praxis kann jedoch nur genügen, wenn bewiesen ist, dass ein Aufklärungsgespräch geführt worden ist (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., S. 324 f. m.w.N.).

Zu Recht greift die Berufung die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zur Aufklärung an. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO ist das Berufungsgericht an die von dem erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit entscheidungserheblichen Feststellungen gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche hier nach die Bindung des Berufungsgerichtes an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhaltes unterlaufen sind (BGH NJW 2004, 1876 m.w.N.). Gemessen hieran sind die Feststellungen des Landgerichts im erstinstanzlichen Urteil zu beanstanden und die Einwände der Berufung sind geeig-

net, Fehler oder Unvollständigkeiten der landgerichtlichen Feststellungen aufzuzeigen. Denn das Erstgericht hat es fehlerhaft unterlassen, die Parteien zu dem - behaupteten - Hergang des seitens des Beklagten behaupteten Aufklärungsgesprächs vor Durchführung der chiropraktischen Heilbehandlung an der Wirbelsäule des Klägers wenigstens informatorisch anzuhören.

Der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 30.07.2012 ausgeführt, dass vor einer Manipulation an der Wirbelsäule über das Risiko der Verletzung der Arteria vertebralis aufgeklärt und des Weiteren darauf hingewiesen werden sollte, dass es bei einem präformierten, aber klinisch stummen Bandscheibenvorfall zum radikulären Syndrom kommen könne (Bl. 141). Es steht allerdings nach der informatorischen Anhörung der Parteien im Termin vom 02.12.2014 nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte mit dem Kläger ein Aufklärungsgespräch zu Behandlungsrisiken und Behandlungsalternativen geführt hat.

Der Kläger hat in seiner informatorischen Anhörung vor dem Senat den Behandlungsablauf in der Praxis des Beklagten am ....2010 nachvollziehbar geschildert und im Einzelnen dargelegt, dass nach Untersuchung und Anfertigen von Röntgenbildern der Beklagte ohne eine weitere Aufklärung über Risiken und mögliche Behandlungsalternativen die chiropraktische Behandlung an der HWS vorgenommen hat. Der insoweit beweisbelastete Beklagte hat hingegen ausgeführt, den Patienten vor einer chiropraktischen Behandlung an der HWS immer aufzuklären, da sich erst während der Behandlung selbst ergebe, ob eine Manipulation möglich sei oder ob lediglich mobilisiert werden könne. Die zwei unterschiedlichen Methoden habe er allerdings nicht so detailliert erklärt. Er habe aber als alternative Behandlungsmethoden auf Akupunktur, physiotherapeutische Behandlung und medikamentöse Therapie hingewiesen.

Wie bereits ausgeführt, ist hinsichtlich eines genauen erinnerten Behandlungsablaufes davon auszugehen, dass der Patient hieran genauere konkrete Erinnerungen hat als der Arzt, der täglich eine Vielzahl von Patienten zu behandeln hat, und sich damit kaum an genaue Einzelheiten einer stattgehabten, länger zurückliegenden Behandlung erinnern dürfte.

Entgegen der Rechtsansicht des Beklagten steht - wie bereits ausgeführt - auch nicht aufgrund des dokumentierten Aufklärungsgesprächs in den vorgelegten Behandlungsunterlagen fest, dass ein solches tatsächlich stattgefunden hat (Bl. 25).

Der Berufung ist auch nicht dahingehend zu folgen, dass die Zeugin B zu praxisüblichen Verfahrensweisen bei Aufklärungsgesprächen vor chirotherapeutischen Behandlungen zu hören ist. Denn es steht bereits - wie ausgeführt - nicht zur Überzeugung des Senats fest, dass zwischen den Parteien überhaupt ein Aufklärungsgespräch geführt worden ist. Erst dann kann es zur Überzeugungsbildung im Einzelfall ausreichen, wenn - etwa durch Zeugen oder im Wege der Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO - die ständige Praxis einer ordnungsgemäßen Aufklärung nachgewiesen wird (Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., S. 324 f. m.w.N.). Im Übrigen hat der Beklagte auch nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die benannte Zeugin B in der Lage sein soll, Angaben zu einer ständigen Praxis einer ordnungsgemäßen Aufklärung vor chirotherapeutischen Behandlungen zu machen. Wie der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2011 vor dem Landgericht erklärt hat, war die Zeugin bei der Behandlung des Klägers nicht anwesend (Bl. 76). Es fehlen substantiierte Darlegungen, wie sich die Zeugin Kenntnis von einer ständigen Praxis einer ordnungsgemäßen Aufklärung vor chirotherapeutischen Behandlungen verschafft hat und inwieweit sie üblicherweise bei geführten Aufklärungsgesprächen anwesend war.

3. Dass vorliegend von einer hypothetischen Einwilligung des Klägers habe ausgegangen werden können, hat der Beklagte in nicht ausreichendem Maße dargetan. Die Annahme einer hypothetischen Einwilligung unterliegt strengen Voraussetzungen, damit nicht das Recht des Patienten zur Aufklärung auf diesem Wege unterlaufen wird. Erst wenn die Behandlungsseite substantiiert vorgetragen hat, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung den Eingriff in gleicher Weise von ihr hätte durchführen lassen, muss der Patient plausible Gründe dafür darlegen, dass er sich in diesem Falle in einem echten Entscheidungskonflikt befunden haben würde (BGH Urteil vom 17.03.1998, Az. VI ZR 74/97, Rz. 11, zitiert nach juris).

Der Beklagte hat bereits nicht substantiiert vorgetragen hat, dass der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung den Eingriff in gleicher Weise von ihm hätte durchführen lassen. Nicht ausreichend ist es insofern, wenn der Beklagte darauf hinweist, dass der Kläger sich mit beachtlichen und schmerzhaften Beschwerden sowie dem Wunsch nach Schmerzlinderung eigeninitiativ bei ihm in der Praxis am ....2010 vorgestellt habe. Auch die Ausführungen des Beklagten, dass die bei dem Kläger eingetretene Beschwerdesymptomatik auch als Gelegenheitsursache bei geringer Alltagsbelastung hätte eintreten können, stellen keinen ausreichend substantiierten Vortrag dar.

4. Ein Aufklärungsmangel trägt grundsätzlich - von begrenzten Ausnahmefällen abgesehen - die Haftung für alle damit ursächlich verbundenen Schadensfolgen (Geiß/Greiner, a.a.O., S. 340). So liegt es hier.

Der gerichtliche Sachverständige hat ausgeführt, dass es im Falle einer Manipulation bei präformierter stummer Schadenslage im Sinne einer Bandscheibendegeneration zu einer klinischen Relevanz mit radikulärer Beschwerdesymptomatik kommen könne (Bl. 194). Genau dieses Risiko hat sich anlässlich der streitgegenständlichen chirotherapeutischen Behandlung des Klägers verwirklicht. Zwar hat der Sachver-

ständige auch ausgeführt, dass es zu einer entsprechender Beschwerdesymptomatik auch durch Gelegenheitsursachen mit geringer Alltagsbelastung hätte kommen können (Bl. 193). Mit diesen abstrakten Darlegungen des Sachverständigen zu anderen möglichen hypothetischen Ursachen für den Bandscheibenvorfall kann jedoch nicht angenommen werden, dass die Beschwerdesymptomatik des Klägers unabhängig von einer Manipulation aus der Entwicklung des Grundleidens in Ausprägung und Zeitpunkt durch eine Gelegenheitsursache in gleicher Weise und zu gleicher Zeit eingetreten wäre. Es ist vielmehr insbesondere aufgrund des sehr engen zeitlichen Zusammenhangs mit der Behandlung darauf zu schließen, dass diese der Auslöser für die weiteren Beschwerden des Klägers gewesen ist.

Das Landgericht hat zutreffend - gerade im Hinblick auf die Grundschädigung der Halswirbelsäule des Klägers - ein Schmerzensgeld in Höhe von EUR 2.000,- für angemessen erachtet.

Des Weiteren sind zutreffend vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren nur in Höhe von EUR 114,78 begründet.

Die geltend gemachten Verzugszinsen sind aus §§ 286 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs. 1 BGB seit dem 25.01.2011 begründet (Bl. 32 a).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da weder eine grundsätzliche Bedeutung der Sache gegeben ist, noch zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes erforderlich ist (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

Dokument 102 von 107

**83. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.01.2015 – 8 U 168/13 – \* Der Hersteller eines Wirbelsäulen-Titan-Cage haftet dem Geschädigten auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, wenn der zur Behebung eines Bandscheibenvorfalles gesetzte Cage aufgrund seiner mangelhaften Konstruktion bricht und sich der Geschädigte deshalb einer Revisionsoperation unterziehen muss.**

**Orientierungssatz**

Der Hersteller eines Wirbelsäulen-Titan-Cage haftet dem Geschädigten auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, wenn der zur Behebung eines Bandscheibenvorfalles gesetzte Cage aufgrund seiner mangelhaften Konstruktion bricht und sich der Geschädigte deshalb einer Revisionsoperation unterziehen muss.

**Tenor**

Die Berufung des Beklagten zu 1 gegen das am 3.7.2013 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main (2-04 O 111/06) wird zurückgewiesen.

Der Beklagte zu 1 hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention, diese hat die Nebenintervenientin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte zu 1 kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrags leistet. Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 72.180 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

Der Beklagte zu 1 belieferte die Beklagte 2 des ersten Rechtszugs (A-Klinik, O1, welche am Berufungsrechtsstreit nicht beteiligt ist) mit Titan-Cages, die er durch seine Streithelferin, die Nebenintervenientin, hatte produzieren lassen.

Die Ärzte der Beklagten zu 2 setzten der Klägerin nach einem Bandscheibenvorfall (zwischen dem 6. und 7. HW) am ....2004 einen vom Beklagten zu 1 vertriebenen und gelieferten Cage („... Cage Nr. ...“) ein, für den keine CE-Kennzeichnung vorlag.

Die Klägerin wurde zunächst schmerz- und beschwerdefrei.

Im ... (Folgemonat) 2004 brach der eingesetzte Cage an mehreren Stellen. Er konnte deswegen die Halswirbel 6 und 7 nicht mehr auseinander halten. Die Klägerin litt unter Schmerzen und musste sich am ....2005 einer Revisionsoperation unterziehen.

Mit der Behauptung, nach der Revisionsoperation seien Beschwerden verblieben und sie leide bis heute physisch und psychisch an den Folgen des Cage-Bruches, hat die Klägerin in erster Instanz von beiden (dort) Beklagten als Gesamtschuldnern begehrt:

Materiellen Schadensersatz (wegen behauptet fortdauernder Einschränkung der Haushaltsführung seit 2.2.2005, errechnet und als Leistungsantrag geltend gemacht bis 28.2.2006) i.H. von 8.780 EUR, daneben Anwaltskosten (811,88 EUR); ein unbeziffertes Schmerzensgeld, welches die Klägerin zunächst in Höhe 20.000 EUR und später (erstinstanzlicher Schriftsatz vom 24.4.2013, S. 4/ Bl. 613 d.A.) in Höhe von 50.000 EUR als angemessen erachtet hat; eine unbezifferte („angemessene“) monatliche Schmerzensgeldrente ab dem 1.4.2006, wobei der Wertvorstellung in der Klageschrift (12.000 EUR) zu entnehmen ist, dass der Klägerin ein Monatsbetrag von 200 EUR vorschwebte, was ihr Prozessbevollmächtigter in der mündlichen Senatsverhandlung bestätigt hat, sowie die Feststellung, dass die Beklagten verpflichtet

sind, ihr vorbehaltlich eines Forderungsübergangs sämtliche materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr auf Grund des Cage-Bruches künftig entstehen, (erstinstanzlich angenommenes Interesse: 5.000 EUR).

Die Beklagten haben sich gegen die Inanspruchnahme verteidigt.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung von schriftlichen Sachverständigengutachten (B, TU O2 - Staatliche Materialprüfungsanstalt; C, D-Klinik O3) und die mündliche Anhörung des Sachverständigen B.

Durch das Grund- und Teilurteil vom 3.7.2013 hat das Landgericht gegen beide Beklagten die begehrte Feststellung ausgesprochen und die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 630 ff d.A.) Bezug genommen.

Während die Beklagte zu 2 ihre Verurteilung hat rechtskräftig werden lassen, hat der Beklagte zu 1 Berufung eingelegt mit dem Ziel der Abänderung und Klageabweisung, soweit die Klage gegen ihn gerichtet ist.

Die Berufung des Beklagten zu 1 rügt im Wesentlichen, das Landgericht habe die Frage der konstruktiven Produktsicherheit fehlerhaft zum Nachteil des Beklagten zu 1 entschieden, das Landgericht habe übersehen, dass das (Fort-)Bestehen von Schäden vom Beklagten zu 1 in seiner Klageerwidern bestritten worden sei und das Landgericht sei zu Unrecht von der Herstellereigenschaft des Beklagten zu 1 ausgegangen.

Der Beklagte zu 1 beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit sie gegen ihn gerichtet ist.

Die Klägerin beantragt

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Standpunkte. Im Hinblick auf den Streitwert des Berufungsverfahrens verweist sie auf eine Klageerweiterungsschrift vom 20.1.2014, auf Grund derer im erstinstanzlich betriebenen Betragsverfahren inzwischen von einem Wert von 143.180 EUR auszugehen sei (vgl. Bl. 785 ff d.A.).

Der Senat hat Beweis erhoben durch die mündliche Anhörung des Sachverständigen C, für die auf die Verhandlungsniederschrift vom 5.8.2014 (Bl. 761 ff d.A.) verwiesen wird. Der Senat hat in der gleichen Verhandlung zu mehreren Punkten Hinweise erteilt (Bl. 763 d.A.). Anträgen des Beklagtenvertreters aus dieser Verhandlung und aus dem Schriftsatz vom 13.8.2014 ist der Senat nicht nachgekommen. Während des Laufs der Frist nach § 128 Abs. 2 S. 2 ZPO oder danach haben die Parteien keine weiteren Erklärungen abgegeben.

II.

Die Berufung ist zurückzuweisen. Sie ist unbegründet.

1) Das angefochtene Urteil ist ein zulässiges Teilendurteil (§ 301 Abs. 1 ZPO), soweit es die begehrte Feststellung ausspricht. Das angefochtene Urteil ist im Übrigen ein Zwischenurteil über den Grund und als solches zulässig, weil es den Prozessstoff (soweit nicht auf Feststellung gerichtet) dem Grunde nach vollständig erledigt.

2) Der Beklagte haftet nicht auf Grund des Umstands, dass er gegen § 6 I MedProdG verstoßen hat, indem er den Cage ohne CE-Kennzeichnung in Verkehr brachte, der Cage infolge dessen nicht verkehrsfähig war. Es dürfte sich hierbei zwar um eine Schutzgesetzverletzung im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB handeln (so ausdrücklich, wenngleich ohne Begründung, Lippert in: Deutsch u.a., Kommentar zum MPG, 2. Aufl. 2010, § 6 MPG Rdnr. 9). Auch dann hat der Anspruchsteller jedoch grundsätzlich die Ursächlichkeit des Verstoßes für den eingetretenen Schaden und das Verschulden des Anspruchsgegners zu beweisen, wobei ihm allerdings Beweiserleichterungen zu Gute kommen können, für die Ursächlichkeitsfrage in Gestalt eines Anscheinsbeweises oder, in engen Grenzen, einer Beweislastumkehr, wenn Wesen und Inhalt der materiellen Schutznorm und der in ihr enthaltenen Verhaltensanweisung es gebieten, dem Schädiger aufgrund einer von ihm geschaffenen unklaren Beweislage die Sachverhaltsaufklärung und ihre Risiken aufzuerlegen (vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1984 - III ZR 20/83 - MDR 1985, 1774).

Eine unklare Beweislage hat der Beklagte zu 1 durch den aus Sicht des Senats fraglos schuldhaften Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht nicht geschaffen. Denn die behauptete Fehlerhaftigkeit des Cages ist unabhängig von einer CE-Zertifizierung noch aufklärbar (vgl. im übrigen § 6 Ziff. 4 MedProdG). Der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Gesetzesverstoß (Inverkehrbringen ohne CE-Kennzeichnung) und dem konkreten Schaden (Bruch des Cages, Folgeschäden) lässt sich indes nicht herstellen und zwar auch nicht nach den Regeln des Anscheinsbeweises. Dem Senat ist kein Erfahrungssatz bekannt, nach dem der konkrete Schadenseintritt bei der Klägerin eine typische Folge des Haftungsgrundes, nämlich des Inverkehrbringens eines Medizinprodukts ohne CE-Zertifizierung, ist. Zwar soll das Erfordernis einer CE-Zertifizierung grundsätzlich und in erster Linie die Patienteninteressen (daneben auch die Anwender und Dritte) schützen, dieses aber in vielfältiger Weise, nämlich hinsichtlich der Konstruktion und der Fertigung eines Medizinprodukts und der Instruktion im Hinblick auf seine Verwendung. Warum eine Zertifizierung im Streitfall fehlte und ob sie gerade wegen behaupteter konstruktiver Defizite des Caches nicht beantragt oder erteilt wurde, ist nicht zu erkennen.

3) Soweit an einen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG, § 823 Abs. 2 BGB zu denken ist, setzt das voraus, dass der begründete Verdacht bestand, der hergestellte Cage sei verwendungsuntauglich. Dass es sich so verhielt, ist nicht vorgetragen.

4) Die Haftung des Beklagten zu 1 folgt indes aus §§ 1 Abs. 1 S. 1, 8 ProdHaftG.

Zur Anspruchsbegründung nach dem Produkthaftungsgesetz kommt es, anders als die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils jedenfalls teilweise zu verstehen sein könnten, nicht auf das Verschulden eines in Anspruch genommenen Herstellers an; dieser trägt ggf. aber die Beweislast für einen Ausschlussstatbestand nach § 1 Abs. 2 oder 3 ProdHaftG (§ 1 Abs. 4 S. 2 ProdHaftG). Demgegenüber trägt nach der eindeutigen Regel des § 1 Abs. 4 S. 1 ProdHaftG der Geschädigte die Beweislast für den Fehler, den Schaden und den Ursachenzusammenhang.

Der Beklagte zu 1) ist nach Maßgabe des unstreitigen Sachverhalts und mit den vom Landgericht getroffenen Wertungen (S. 4 f der Urteilsgründe) ohne Weiteres als Hersteller des Cages gem. § 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG anzusehen. Die Berufung greift dies zwar an, begründet aber ihre Auffassung, wonach sich dieses nicht schlüssig aus den vom Landgericht festgestellten Tatsachen ergebe, nicht näher.

Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass der Cage fehlerhaft produziert war. Einen Material- oder Produktionsfehler hat der materialtechnische Sachverständige B nicht festzustellen vermocht (vgl. die Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 20.3.2013, Bl. 543 d.A.).

Der Cage war mangelhaft konstruiert (§ 4 Abs. 1 Buchst. b ProdHaftG). Er bot nicht die Sicherheit, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, berechtigterweise erwartet werden kann (§ 3 Abs. 1 Buchst. b ProdHaftG). Die Konstruktion des Cages war nicht geeignet, die erforderliche Bruchsicherheit für den Gebrauch im Bereich der Halswirbelsäule sicherzustellen.

Das materialtechnische Gutachten (B) belegt hierzu, dass es sich um einen Bruch auf Grund zyklischer Belastung handelte und ferner, dass der Cage, weil es zu dem Bruch kam, einer höheren Belastung ausgesetzt war, als es seine Beanspruchbarkeit zuließ (vgl. Prot. vom 20.3.2013, Bl. 543 d.A.).

Zwar hat das Landgericht keine Feststellungen dazu getroffen, welchen Anforderungen hinsichtlich der Bruchsicherheit ein solcher Cage zur Verwendung in der Halswirbelsäule grundsätzlich zu genügen hat. Auf solche Feststellungen kann jedoch verzichtet werden, weil zu Gunsten der Klägerin ein Anscheinsbeweis für die Fehlerhaftigkeit streitet. Auch im Produkthaftungsrecht finden die allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechtes und damit auch die Beweiserleichterungsregeln des Anscheinsbeweises für Ursachen und/oder Folgen typischer Geschehensabläufe Anwendung (vgl. Foerste in: Foerste/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 30 ProdHaftG Rdnr. 12 ff).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins (nur) bei typischen Geschehensabläufen anwendbar, das heißt in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist. Dabei bedeutet Typizität nicht, dass die Ursächlichkeit einer bestimmten Tatsache für einen bestimmten Erfolg bei allen Sachverhalten dieser Fallgruppe notwendig immer vorhanden ist; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (BGH, Urteil vom 5.4.2006 - VIII ZR 283/05 - NJW 2006, 2262).

Schon nach dem äußeren Verlauf des Geschehens kommt eine solche Typizität jedenfalls in Betracht. Immerhin wurde die Klägerin nach der Implantation rasch beschwerdefrei, bis nach wenigen Wochen der Bruch des Cages eintrat. Auch der Umstand, dass der Beklagte auf eine CE-Zertifizierung verzichtet hatte, kann hierbei insoweit herangezogen werden, als sich daraus jedenfalls ergibt, dass er die Konstruktion seines Produkts einer entsprechenden Prüfung nicht unterzogen hat.

Der Sachverständige C hat dem Senat mitgeteilt, dass ein Cage der hier ... 2004 implantierten Art eine lebenslange Nutzungsdauer habe und dass es sich bei der Einbringung eines solchen Cages, heute überwiegend - wie hier - in Titan ausgeführt, um ein Standardverfahren der Neurochirurgie aus den 90er Jahren handele. Davon ausgehend, dass der materialtechnische Sachverständige den Bruch des Cages darauf zurückführt, dass dieser den aufgetretenen Belastungen nicht widerstand, und auf Grund der allgemeinen Erfahrung, dass Implantate, die hinreichend belastungsfest für eine lebenslange Nutzung ausgelegt sind, bei gewöhnlicher Belastung nicht innerhalb weniger Wochen brechen, schließt der Senat, dass der vom Beklagten zu 1 hergestellte Cage diesen konstruktiven Anforderungen nicht entsprach.

Die ernsthafte Möglichkeit, dass es zu dem Bruch nicht mangels genügender Bruchfestigkeit, sondern in Folge eines Fehlers bei der Implantation kam, ist nicht anzunehmen. Der Beklagte hat sich insofern auf eine Fehlplatzierung des Cages bei der Operation dergestalt berufen, dass dieser zu weit nach ventral (bauchseits) herausragend eingesetzt worden sei und daraus gefolgert, dass er einer höheren als der zu erwartenden Belastung ausgesetzt worden sei. Das erscheint nicht ernsthaft möglich, weil die beiden vorliegenden, postoperativ gefertigten Röntgenbilder vom ...2004 einen so zu beschreibenden Zustand nicht wiedergeben. Davon hat sich der Senat in der mündlichen Verhandlung durch Augenscheinseinnahme überzeugen können, unterstützt durch den Sachverständigen C. Dieser hat, mit der zuvor genannten Beschreibung des Beklagten zu 1 konfrontiert, die vorliegenden Röntgenbilder erneut auch selbst in

Augenschein genommen. Er konnte nicht nur die zuvor geschilderte Beschreibung des Beklagten zu 1 auf den vorhandenen Lichtbildern nicht erkennen, sondern blieb abermals und mit näherer Erläuterung bei seiner Einschätzung, dass die vorhandenen Röntgenbilder eine vollkommen korrekte, einwandfreie Platzierung des Cages dokumentierten, mit der eine Bruchgefahr der streitgegenständlichen Art in keiner Weise „vorprogrammiert“ gewesen sei.

Der Senat hat in dem Zusammenhang keinen Anlass gesehen, die Beklagte zu 2 des ersten Rechtszugs auf die Anträge des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1 vom 5.8.2014 und vom 13.8.2014 aufzufordern, weitere Röntgenaufnahmen vorzulegen. Der Anordnung, glaubhaft zu machen, dass es weitere postoperative Röntgenaufnahmen der Klägerin gebe, die eine deutlich ventral hervorragende Platzierung des Cages dokumentierten (Senatsbeschluss vom 16.9.2014, Bl. 809 f d.A.), ist der Beklagte zu 1 nicht nachgekommen (vgl. den Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 10.10.2014, Bl. 823 f d.A.). Einer solchen Glaubhaftmachung hätte es bedurft, nachdem sich seit 27.12.2007 insgesamt 15 Röntgenaufnahmen der Klägerin bei den Akten befinden, davon zwei unmittelbar postoperativ am ...2014 gefertigte, und weil der Senat keinen Anhalt dafür hat, dass sich eine weitere postoperative Röntgenaufnahme der Klägerin in Händen der Beklagten zu 2 des ersten Rechtszuges befindet, die eine postoperative Fehlplatzierung des Cages dokumentieren könnte. So findet sich in den Behandlungsunterlagen, die die Beklagte zu 2 des ersten Rechtszugs zu den Akten gereicht hat, im Hinblick auf die unmittelbare postoperative Situation auch lediglich ein Befund der Instituts für Neuroradiologie der Beklagten zu 2 vom ...2004 (Folgetag) betreffend „Röntgenaufnahmen der HWS“ der Klägerin „in 2 Ebenen vom ...2004 (Folgetag“ (im Anlagenkonvolut „Krankenakten“), womit exakt die beiden Röntgenaufnahmen beschrieben sind, die dem Senat und dem Sachverständigen vorlagen, nicht aber Hinweise auf die Anfertigung weiterer Röntgenaufnahmen unmittelbar postoperativ. Der Sachverständige C hat außerdem beizutragen vermocht, dass er sich nicht vorstellen könne, dass ein Cage, der einwandfrei implantiert worden sei, so wie das auf den vorliegenden Bildern vom ...2004 (Folgetag) zu sehen sei, nach kurzer Zeit verrutsche. Der Stellungnahme des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1 vom 10.10.2014 insoweit folgend, als dieser nicht ausschließen will, möglicherweise eine Röntgenaufnahme gesehen zu haben, die nicht den postoperativen Zustand der Klägerin, sondern den eines anderen Patienten zeigte, ergibt sich aus alledem kein Anhaltspunkt dafür, dass bei der Klägerin ernsthaft die Möglichkeit einer intraoperativen Fehlplatzierung des Cages in Betracht zu ziehen ist.

Soweit der Beklagte zu 1 behauptet und behauptet hat, E habe in seinem Auftrag Materialprüfungen vorgenommen, ist dieser Vortrag auch nach dem Hinweis des Senats vom 5.8.2014 (ungeachtet etwaiger Verspätung) unerheblich, weil ohne erforderliche Substanz geblieben. Wie der Auftrag des E lautete, welcher Art die Tests waren, welche Vorgaben abgeprüft wurden und mit welchem Ergebnis, legt der Beklagte zu 1 nicht dar. Auch ein Gutachten des E wurde nicht vorgelegt. Aus den in der Berufungsinstanz präsentierten Grafiken (Bl. 688 ff d.A.) erschließt sich für den Senat kein weiterer Informationsgehalt. Der Beklagte zu 1 kann sich insoweit auch nicht auf Darlegungserleichterungen etwa der Art berufen, wie sie Patienten im Arzthaftungsprozess für medizinische Fragen zuzugestehen sind, weil es um technische Fragen geht, für die er sich als Hersteller eines Produkts nicht mit Aussicht auf Erfolg auf strukturelle Informationsdefizite berufen kann.

5) Der Beklagte zu 1) hat zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten, dass die Klägerin nach der Revisions-Operation vom ... 2005 weiterhin an den behaupteten körperlichen oder psychischen Beeinträchtigungen leidet. Das steht der Annahme eines Feststellungsinteresse wegen der vorliegenden Verletzung eines absoluten Rechtsguts nicht entgegen, weil damit auch eine nur entfernt mögliche künftige Schadensfolge ausreicht, auf deren Wahrscheinlichkeit es nicht ankommt (vgl. Zöller/Greger § 256 Rdnr. 9 m.w.N.). Dass es zukünftig zu weiteren Schäden kommen kann, steht außer Frage.

Es besteht ferner die hohe Wahrscheinlichkeit, dass die geltend gemachten weiteren Ansprüche (Schmerzensgeld als Kapital und/oder Rente, bezifferte materielle Schadensersatzforderung) in irgend einer Höhe bestehen, nachdem die Klägerin sich wegen des Cage-Bruches einer Re-Operation mit ventraler Verplatung unterziehen musste.

Der Beklagte zu 1 hat die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention zu tragen (§§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO).

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO).

Der Wert des Berufungsverfahrens beträgt in Ansehung der geänderten Vorschriften des Gerichtskostengesetzes für den Wert von Rentenanträgen unter Zugrundelegung der erstinstanzlichen klägerischen Interessen 72.180 EUR, gebildet aus materieller Schadensersatzforderung (8.780 EUR), Schmerzensgeldkapital (50.000 EUR), Schmerzensgeldrente (8.400 EUR, vgl. §§ 48 Abs. 1 GKG n.F., 9 ZPO) und dem Feststellungsinteresse (5.000 EUR). Die erweiterten klägerischen Interessen, wie sie im Betragsverfahren nunmehr verfolgt werden, finden entgegen der Vorstellung des Klägervertreters hierbei keine Berücksichtigung, weil der Streitgegenstand der Berufung gegenüber dem Wert des ersten Rechtszugs nicht erweitert wurde (§ 47 Abs. 2 GKG).

Die Voraussetzungen einer Revisionszulassung sind nicht gegeben.

Dokument 103 von 107

- 84. LG Mönchengladbach, Urteil vom 07.01.2015 – 4 S 74/14 – \* Ein Zahnarzt verletzt eine vertragliche Pflicht, wenn er den Patienten nicht hinreichend über die Folgen des Unterlassens der (gebotenen) zahnmedizinischen Behandlung in Form einer Wurzelkanalbehandlung aufklärt. - Bei fehlender Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB deren Fehlen vermutet.**

#### **Orientierungssatz**

- 1. Ein Zahnarzt verletzt eine vertragliche Pflicht, wenn er den Patienten nicht hinreichend über die Folgen des Unterlassens der (gebotenen) zahnmedizinischen Behandlung in Form einer Wurzelkanalbehandlung aufklärt.**
- 2. Nach § 630 h Abs. 2 S. 1 BGB trägt der Behandelnde die Beweislast dafür, wie und in welchem Umfang die Aufklärung erfolgte und ob sich der Patient ein ausreichendes Bild davon machen konnte, was die Konsequenzen seiner Entscheidung, von einer Behandlung abzusehen, waren.**
- 3. Bei fehlender Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB deren Fehlen vermutet.**

#### **Tenor**

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Mönchengladbach vom 28.05.2014 (Az.: 29 C 291/12) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 838,70 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.09.2012 zu zahlen.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin EUR 120,67 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.12.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz und die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte zu 1/3 und die Klägerin zu 2/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### **Gründe**

I.

Von der Abfassung eines Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.

1) Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß §§ 280 Abs. 1, 611 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in tenorierter Höhe.

Die Beklagte hat insofern eine vertragliche Pflicht verletzt als sie die Klägerin nicht hinreichend über die Folgen des Unterlassens der (gebotenen) zahnmedizinischen Behandlung in Form einer Wurzelkanalbehandlung aufklärte. Ausweislich der Ausführungen des Sachverständigen ... . ... lag bereits am 05.05.2011 ein Befund an Zahn 34 vor, der eine apicale Aufhellung aufwies. Der Sachverständige führt in diesem Zusammenhang aus, dass Zahn 34 mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit hätte erhalten werden können, wenn in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang eine endodontische Behandlung durchgeführt worden wäre.

Zwar hat die Beklagte die Klägerin entgegen deren Angaben im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung am 29.05.2013 ausweislich der Dokumentation auf das Erfordernis der Durchführung einer Trepanation durch Brücke hingewiesen bzw. eine solche "empfohlen". Zugleich wurde vermerkt, dass die Patientin noch zuwarten wolle.

Diese (dokumentierte) Form der Aufklärung erfüllt jedoch nicht die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung, bei deren Vorliegen und anschließendem Entschluss des Patienten, die Behandlung nicht durchführen zu wollen, von einer Pflichtverletzung des behandelnden Arztes nicht ausgegangen werden kann. Nur in diesem Falle kann dem Arzt das Verhalten des Patienten nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn dieser sich in Ansehung der Folgen der Nichtvornahme der an sich gebotenen Behandlung gegen eine solche entscheidet. Dies setzt jedoch voraus, dass der Zahnarzt dezidiert auf die maßgeblichen Umstände sowie umfassend auf die Folgen hinweist, die entstehen können, wenn die Behandlung ausbleibt. Nach § 630e BGB muss der behandelnde Arzt über die für die Erteilung der Einwilligung wesentlichen Umstände, insbesondere über "Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie" aufklären. Die Aufklärung muss gemäß § 630f BGB dokumentiert werden.

Nur dann durfte die Beklagte gemäß § 630 e BGB, der mit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes am 26.02.2013 besteht, jedoch kodifiziertes Richterrecht darstellt und daher von seinem Grundgedanken bereits zuvor inhaltliche Gültigkeit beanspruchte, von einer ordnungsgemäßen Verweigerung der Einwilligung durch die Klägerin ausgehen.

Der Dokumentation der Behandlung ist jedoch nicht zu entnehmen, wie und in welchem Umfang die Aufklärung erfolgte und ob sich die Klägerin ein ausreichendes Bild davon machen konnte, was die Konsequenzen ihrer Entscheidung, von einer Behandlung abzusehen, waren. Die Beweislast hierfür trägt nach § 630 h Abs. 2 S.1 BGB die Beklagte.

§ 630 h Abs. 3 BGB kommt mit seiner Vermutungswirkung nur dann zum Zug, wenn Art und Umfang der Aufklärung hinreichend dokumentiert worden wären und die Klägerin in positiver Kenntnis aller Umstände von der "empfohlenen" Weiterbehandlung abgesehen hätte.

Das bedeutet, dass gemäß § 630h Abs. 3 BGB bei fehlender Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung das Fehlen der Aufklärung und Einwilligung vermutet wird. Sofern sich die Klägerin - wie von der Beklagten behauptet und aus der Dokumentation ersichtlich - zunächst zu einem weiteren Zuwarten entschieden haben sollte, obwohl sie unter Schmerzen litt, hätte es der Beklagten obliegen, die Klägerin auf die Folgen dieser Entscheidung hinzuweisen. Denn nur dann hätte die Klägerin die möglichen Folgen dieses Zuwartens abschätzen können. Dass diese Beratung erfolgt ist, ist anhand der Dokumentation jedenfalls nicht zu ersehen. Für die Behauptung der Beklagten, sie habe der Klägerin die Behandlung der Zahnwurzel "empfohlen", bot sie die Vernehmung der Mitarbeiterin ... .. an. Zum einen ist dieser Hinweis schon nicht als hinreichende Aufklärung zu werten. Jedenfalls aber hat die Zeugin in ihrer Vernehmung den Vortrag der Beklagten so nicht bestätigt, war sie doch bei dem eigentlichen Gespräch nicht zugegen. Weiteren Beweis hat die Beklagte nicht angeboten.

Auch die Angaben der Beklagten in ihrer persönlichen Anhörung im Termin am 10.12.2014 waren nicht geeignet, von einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Klägerin ausgehen zu können. So gab sie an, im Allgemeinen auf die Folgen einer unterbliebenen Wurzelkanalbehandlung hinzuweisen, so dass sie davon ausgehe, dass es auch im Falle der Klägerin so gewesen sein möge.

Konkrete Erinnerungen hatte die Beklagte an die Situation nicht. Die Kammer ist daher nicht davon überzeugt, dass die Beklagte - gemessen an den dargestellten Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung - die Klägerin aufgeklärt hat.

Dass die Klägerin - wie die Beklagte im Schriftsatz vom 16.12.2014 vortragen lässt - bestritten hat, dass ihr die Behandlung des Zahns überhaupt angeraten worden sei, vermag an dem Umstand der fehlenden Ordnungsgemäßheit der Aufklärung nichts zu ändern.

Ebenso wenig ist der dahingehende Vortrag der Beklagten, bei Wurzelbehandlungen sei aufgrund ihrer Häufigkeit eine "Aufklärung darüber, dass das (angeratene) (?) Nichtbehandeln von (erkannter) Karies, Parodontitis oder von entzündeten Wurzeln zum Zahnverlust führen kann", nicht dokumentationspflichtig, nicht geeignet, das Vorliegen einer Pflichtverletzung der Beklagten zu verneinen. Zwar ist davon auszugehen, dass Wurzelbehandlungen häufiger durchgeführt werden. Wieso jedoch aufgrund dieses Umstands eine Aufklärung nicht dokumentationspflichtig sein soll, erschließt sich der Kammer nicht.

Erst bei hinreichender, umfassender, sich auf die Folgen des Unterbleibens der Behandlung erstreckender Aufklärung kann sich der Patient - auch bei scheinbaren Routineeingriffen wie einer Wurzelkanalbehandlung - ein genaues Bild über die Folgen des Zuwartens machen. Erfolgt eine Aufklärung nicht, was bei unterbliebener Dokumentation vermutet wird, ergibt sich hieraus die Pflichtverletzung, die zur Geldtendmachung von Schadensersatz berechtigt.

Der Höhe nach ist der Anspruch der Klägerin auf einen Betrag in Höhe von EUR 838,70 begrenzt, denn nur in dieser Höhe ist der Klägerin ein Schaden entstanden. Ihre Eigenbeteiligung an den Behandlungskosten, die durch die Behandlung bei Zahnarzt ... .. entstanden sind, betrug EUR 838,70.

2) Einen Anspruch auf Schmerzensgeld hat die Klägerin hingegen nicht.

Dass die Klägerin über typischerweise mit zahnärztlichen Behandlungsmaßnahmen einhergehenden hinausgehende Beschwerden oder Schmerzen hatte, hat sie nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Worin die zusätzlichen Beschwerden liegen sollen, ist nicht dargetan. So trug die Klägerin mit Schriftsatz vom 02.12.2013 vor, dass sie nach Einsetzen der Brücke in der Folgezeit Schmerzen gehabt und entzündungshemmende Zahngelée und Mundspülungen benutzt habe und teilweise Schmerzmittel habe nehmen müssen. Dafür, dass die Klägerin Schmerzen hatte, kann die Beklagte kaum verantwortlich gemacht werden. Inwiefern die Klägerin gerade durch eine fehlende Aufklärung über die Risiken des Zuwartens Schmerzen erlitten haben will, die sie ansonsten nicht oder von kürzerer Dauer erlitten hätte, ist nicht dargetan. Aus der zur Akte gereichten Dokumentation ist zu ersehen, dass die Klägerin gut zwei Monate nach dem Termin bei der Beklagten im Mai, in dem der Klägerin eine Wurzelkanalbehandlung vorgeschlagen worden sein soll, im 07. bei Zahnarzt ... .. vorstellig wurde, der eine Trepanation vornahm. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt sind mögliche über das hinzunehmende Maß hinausgehende Schmerzen nicht mehr allein ursächlich auf die unterlassene Behandlung durch die Beklagte zurückzuführen. Zudem hatte die Klägerin im 11. 2011, als sie wegen anderer Schmerzen bei Zahnarzt ... .. vorstellig wurde, an dem streitgegenständlichen Zahn 34 ausweislich des Vortrags in der Klageschrift vom 31.10.2012 keine Schmerzen.

Dies gilt umso mehr aufgrund der Angaben der Klägerin im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung am 10.12.2014, wonach sie bei gravierenden Schmerzen einen Zahnarzt aufsuche, dies aber im Zusammenhang mit Zahn 34 nicht der Fall gewesen sei. Auch dies spricht gegen ein derartiges Ausmaß der Schmerzen, dass die Zubilligung eines Schmerzensgeldes gerechtfertigt erschiene.

3) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1, 288 BGB. Die Beklagte ist mit Schreiben vom 18.09.2012 unter Fristsetzung bis zum 28.09.2012 zur Zahlung aufgefordert worden.

4) Aus den vorgenannten Gründen hat die Klägerin auch Anspruch auf Erstattung der von ihr aufgewandten, vorprozessual angefallenen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von EUR 120,67. Insbesondere war die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich und zweckmäßig. Zugrunde zu legen war jedoch ein Gegenstandswert von bis zu EUR 900,--.

Der diesbezügliche Zinsanspruch folgt §§ 291, 288, 187 Abs. 1 BGB.

5) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO in Verbindung mit § 26 Nr. 8 EGZPO.

Zur Zulassung der Revision besteht keine Veranlassung, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 16.12.2014 gab keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.

Dokument 107 von 107

**85. LG Bochum, Urteil vom 07.01.2015 – 6 O 365/13, I-6 O 365/13 – \* Zahnarzthaftung: Eine Überkronung der gesunden Frontzähne eines Patienten, bei dem eine chronische Parodontitis besteht und die Frontzähne elongiert und nach vorne gewandert sind, stellt einen groben Behandlungsfehler dar.**

#### Orientierungssatz

**Eine Überkronung der gesunden Frontzähne eines Patienten, bei dem eine chronische Parodontitis besteht und die Frontzähne elongiert und nach vorne gewandert sind, stellt einen groben Behandlungsfehler dar.**

#### Tenor

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 7.200,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 28.02.2014 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle weiteren materiellen sowie die nicht vorhersehbaren immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr aus der Behandlung beim Beklagten bezüglich der Präparation der Zähne 11, 12 und 21, 22 noch entstehen werden.

3. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 26 % und der Beklagte 74 %.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils für ihn vollstreckbaren Betrages leistet.

#### Tatbestand

Die Klägerin macht Schadensersatz und Schmerzensgeld aufgrund einer vermeintlich fehlerhaften Behandlung geltend.

Die Klägerin begab sich am 29.11.2010 erstmalig in die zahnärztliche Behandlung zu dem Beklagten, insoweit sollte eine prothetische Neuversorgung des Ober- und Unterkiefers im Bereich der Zähne 11, 12, 21, 22, 25 und 37 vorgenommen werden. Ob hier eine eingehende Beratung vorgenommen wurde, ist streitig; jedenfalls entschied sich die Klägerin für eine Versorgung mit Vollkeramikronen. Es wurden mehrere Behandlungstermine bei dem Beklagten durchgeführt.

Insoweit wurden dann die Kronen auf den 4 Frontzähnen am 13.12.2010 und 23.12.2010 eingesetzt.

Am 03.01.2011 wurde an Zahn 37 aufgrund des bestehenden Beschwerdebildes mit einer endodontischen Behandlung begonnen, ein schmerzstillendes Medikament eingelegt, anschließend wurde der Zahn wieder verschlossen und die Krone provisorisch wieder befestigt.

Am 04.02.2011 wurde an Zahn 11 ebenfalls eine endodontische Behandlung in Form einer Wurzelfüllung mit dem Ziel des Zahnerhaltes begonnen, dazu wurde die Krone lingual trepaniert. Am 04.03.2011 wurde die zuvor erfolgte medikamentöse Einlage an Zahn 11 nach Spülung des Kanals ausgetauscht, zudem wurde eine Röntgenmessaufnahme gefertigt. Weiter wurde hier an Zahn 37 ebenfalls Medikamente eingelegt.

Im 09.2011 wurde der Zahn 37 bei dem hier erfolgten Besuch erneut gespült und das eingelegte Medikament getauscht. Am 27.09.2011 stellte sich die Klägerin wieder beim Beklagten vor, hier wurden letztlich

die Wurzelfüllung und die definitive Füllung an Zahn 11 mit einer begleitenden Röntgenaufnahme vorgenommen.

Bei der erneuten Vorstellung am 07.10.2011 führte der Beklagte an Zahn 37 bildgebende Aufnahme durch, die apikale Aufhellungen an diesem Zahn ergaben; insoweit wurde der Zahn dann letztlich bei der weiteren Vorstellung am 11.10.2011 extrahiert.

Bei der Vorstellung am 14.06.2012 wurde am Zahn 21 ebenfalls eine endodontische Behandlung vorgenommen und die Krone lingual trepaniert; am Ende der Wurzelkanalbehandlung wurde dann eine Medikation eingebracht

Die Klägerin macht geltend, dass die gesamte Behandlung bei dem Beklagten fehlerhaft und unzureichend gewesen sei. So habe sie bereits nach der ersten Behandlung erhebliche Schmerzen gehabt, diese hätten auch nach der Eingliederung der Kronen fortbestanden und hätten sich deutlich verschlimmert. Insoweit sei die Überkronung der Frontzähne hier überhaupt nicht indiziert gewesen, dies hätte bei den zuvor eigentlich noch gesunden Zähnen so nicht vorgenommen werden dürfen. Zudem sei die gesamte diesbezügliche Planung unzureichend und die technische Ausführung fehlerhaft gewesen, durch das Beschleifen sei es zu einem Schleiftrauma gekommen. Hier sei das beschliffene Dentin nicht vollständig mit Kronen bedeckt gewesen, was fehlerhaft sei. Zudem liege nach dem Einsatz der Kronen ein nicht zu tolerierender ästhetischer Mangel vor, was sie teilweise entstellt habe. Weiter sei auch die Behandlung der Zähne 25 und 37 fehlerhaft erfolgt, was z. Bsp. zum Verlust des Zahnes 37 geführt habe. Vor Durchführung der Maßnahme sei sie von dem Beklagten auch nicht ausreichend aufgeklärt worden. Insoweit sei sie von dem Beklagten vor der Entscheidung zur Überkronung der Frontzähne nicht auf etwaige Risiken und auf die möglichen Probleme sowie insbesondere nicht auf die eigentlich fehlende medizinische Indikation zur Durchführung der Überkronung hingewiesen worden, hier hätte sie auf das überdurchschnittliche Risiko von auftretenden Entzündungen und eines möglichen Zahnverlustes sowie auf die mit dem erheblichen Beschleifen der Frontzähne verbundenen Risiken hingewiesen werden müssen. Wäre sie umfassend aufgeklärt worden, hätte sie sich gegen die Überkronung der Frontzähne entschieden.

Insoweit seien durch die nicht indizierte Maßnahme und das fehlerhafte Vorgehen erhebliche Schäden an ihren Frontzähnen hervorgerufen worden. Weiter leide sie seit Beginn der Behandlung ununterbrochen an erheblichen Schmerzen, hier seien Entzündungen des Zahnmarks und des parodontalen Gewebes an den Wurzelspitzen Folge der nicht indizierten Kronenpräparationen. Auch die Reaktion auf thermische Reize sei extrem schmerzhaft.

Die Klägerin beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie ein Schmerzensgeld in angemessener Höhe, mindestens jedoch 8.000,00 Euro nebst Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit in Höhe von 5 % oberhalb des Basiszinssatzes zu zahlen.
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr allen weiteren materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, der ihr aus der Behandlung durch den Beklagten bezüglich der Präparation der Zähne 11, 21, 12, 22, 25 und 37 zukünftig noch entstehen wird.
3. den Beklagten zu verurteilen, an sie Schadenersatz in Höhe eines Betrages von 2.100,00 Euro nebst Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit in Höhe von 5 % oberhalb des Basiszinssatzes zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Der Beklagte macht geltend, dass die Behandlung der Klägerin zu jeder Zeit befund- und sachgerecht erfolgt sei, weder habe es irgendwelche Behandlungsfehler gegeben noch seien etwaige Hinweise oder eine Aufklärung versäumt worden.

Hier sei bei der Klägerin offensichtlich zuvor eine Parodontitistherapie durchgeführt worden, die zu einem Zahnfleischrückgang interdental Regio 11, 21 geführt habe. Durch den Zahnfleischrückgang habe eine Kalt-Warm-Empfindlichkeit vorgelegen und die Klägerin habe wegen eines Lockerungsgrades I an den Zähnen und einer Elongation auch nicht richtig zubeißen können. Da die Klägerin zudem mit dem ästhetischen Erscheinungsbild unzufrieden gewesen, sei die vorgenommene Überkronung der Frontzähne indiziert gewesen, zumal die Klägerin dies auch ausdrücklich gewünscht habe. Auch die nachträglich an Zahn 11 vorgenommene Wurzelkanalbehandlung sei indiziert und ordnungsgemäß vorgenommen worden. Insoweit sei es ein typisches Risiko gewesen, dass bei elongierten Zähnen nach Überkronung eine Devitalität eintrete; darauf sei die Klägerin vorab auch bereits hingewiesen worden, was diese jedoch in Kauf genommen habe. Bei der Behandlung am 04.03.2011 sei die Klägerin auf der Grundlage der erstellten Röntgenmessaufnahme auf eine kleine apikale Parodontitis an Zahn 21 hingewiesen worden, hier habe sie jedoch zunächst noch keine diesbezügliche Behandlung gewünscht. Diese sei erst 8 Monate später erfolgt, als die Klägerin sich dann mit Schmerzen vorgestellt habe, weil sich die apikale Parodontitis vergrößert habe. Hier sei als Therapie der Wahl eine endodontische Behandlung ordnungsgemäß vorgenommen worden. Zudem seien auch die Zähne 25 und 37 gefüllt gewesen, so dass hier eine Überkronung die Behandlungsmethode der Wahl gewesen sei. Insoweit seien im03.2011 und nochmals im09.2011

Spülungen erfolgt und Medikamente eingelegt worden. Bei der Vorstellung am 11.10.2011 habe die Klägerin von sich aus den Wunsch geäußert, diesen Zahn zu extrahieren. Dies sei zwar geschehen, zuvor sei die Klägerin jedoch über die Behandlungsmöglichkeiten einer Wurzelfüllung oder Wurzelspitzenresektion informiert worden, gleichwohl habe die Klägerin den Wunsch geäußert, dass dieser Zahn entfernt werden solle, was dann auch geschehen sei. Bezüglich des Zahnes 25 sei zwar der Zahnstumpf im 10.2012 abgebrochen, dies sei schicksalhaft gewesen und könne passieren. Insoweit seien der Klägerin die gegebenen Möglichkeiten erläutert worden. Insgesamt habe die Problematik letztlich bei der Klägerin darin bestanden, dass diese immer nur dann erschienen sei, wenn sie erhebliche Schmerzen gehabt habe. Demnach sei ihm die Möglichkeit genommen worden, eine begonnene Behandlung abzuschließen. So sei sie noch am 04.03.2011 auf einen möglichen Verlust der Zähne 11 und 37 hingewiesen worden, wenn hier keine zügige und einheitliche Behandlung erfolge. Gleichwohl sei die Klägerin auch hier nachfolgend 6 Monate nicht erschienen.

Zu der prothetischen Versorgung habe sich die Klägerin nach einer ausführlichen und eingehenden Beratung entschieden, zumal sie mit einem Kostenvoranschlag hinsichtlich eines umfangreichen Zahnersatzes inklusive Überkronung der Oberkieferfrontzähne einer anderen Arztpraxis erschienen sei. Hier seien der Klägerin 3 alternative Therapievorschlüsse gemacht worden; insoweit habe sich die Klägerin für die Möglichkeit entschieden, die offensichtlich auch bereits ein Vorbehandler der Klägerin unterbreitet habe. Die Klägerin sei im Rahmen der Behandlung und in jeder Situation während der Behandlung auf alle gegebenen Möglichkeiten sowie notwendige Maßnahmen hingewiesen und über alle Risiken aufgeklärt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Das selbstständige Beweisverfahren zwischen den Parteien - LG Bochum Az. 6 OH 2/13 - sowie das darin befindliche Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dr. I und die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft Bochum - Az. 49 Js 213/13 und das dortige Gutachten des Sachverständigen Dr. G waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Die Kammer hat zudem in der mündlichen Verhandlung vom 07.01.2015 den von ihr im selbstständigen Beweisverfahren der Parteien beauftragten Sachverständigen Dr. I angehört. Wegen des Ergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll vom 07.01.2015 Bezug genommen.

#### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist im zugesprochenen Umfang begründet.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten insgesamt ein Zahlungsanspruch in Höhe von 7.200,00 Euro gemäß den §§ 823 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB zu, wobei sich dieser Betrag aus einem Schmerzensgeldanspruch in Höhe von 6.000,00 Euro sowie einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.200,00 Euro zusammensetzt. Nach den überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. I in dem selbstständigen Beweisverfahren vor der Kammer - LG Bochum Az.: 6 OH 2/13 - sowie der ergänzenden Anhörung in der mündlichen Verhandlung steht fest, dass die Klägerin vom Beklagten im Bereich der Frontzähne 11, 12, 21 und 22 grob fehlerhaft behandelt wurde und dadurch zuvor noch gesunde Zähne erheblich geschädigt wurden. Dies ist im Übrigen auch durch das in dem ebenfalls beigezogenen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Bochum - Az. 49 Js 213/13 von dem dort beauftragten Sachverständigen Dr. G in dessen Gutachten ebenfalls eingehend und unmissverständlich bestätigt worden.

Weitergehende fehlerhafte Behandlung insbesondere an den Zähnen 25 und 37 haben sich jedoch nicht feststellen lassen, so dass der Schmerzensgeldanspruch und der Schadensersatzanspruch auf die fehlerhafte Behandlung der Frontzähne und dadurch verursachte Folgen beschränkt sind. Gleichzeitig ergibt sich daraus, dass die Klägerin auch Feststellung der Ersatzpflicht zukünftiger weiterer materieller und zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht vorhersehbarer und deshalb bei der Schmerzensgeldbemessung nicht berücksichtigter immaterieller Schäden verlangen kann.

1. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Beklagte die Klägerin im Rahmen der vorgenommenen prothetischen Versorgung der Frontzähne 11, 12, 21 und 22 fehlerhaft behandelt hat.

Zwar ist davon auszugehen, dass bei der Klägerin eine Grunderkrankung vorlag, da bei ihr eine chronische Parodontitis bestand und zudem die Frontzähne elongiert und nach vorne gewandert sind. Dies allein rechtfertigte jedoch keine prothetische Versorgung, da dadurch weder die Grunderkrankung noch die kosmetische Problematik behoben werden konnte.

Insoweit hat der Sachverständige Dr. I bereits in seinem schriftlichen Gutachten im selbstständigen Beweisverfahren darauf hingewiesen, dass die vorgenommene Präparation der als solche noch gesunden Zähne 11, 12, 21 und 22 und eine diesbezügliche prothetische Versorgung der Zähne in der Form nicht nachvollziehbar und nicht indiziert gewesen sei, da allein das kosmetische Problem des Herauswachsens der Zähne keine Rechtfertigung für die vorgenommene Maßnahme gegeben habe.

Dies hat er insbesondere in der mündlichen Verhandlung nochmals eingehend bestätigt und klargestellt, dass die vorgenommene Überkronung der gesunden Zähne medizinisch nicht indiziert und die vorgenommene Maßnahme aus medizinischer Sicht unverständlich und "unsinnig" gewesen sei. Insoweit hätten

durch die beabsichtigte Überkronung die Problematik des Herauswanderns der Frontzähne sowie die chronische Parodontitis nicht behoben und die Grundprobleme nicht gelöst werden können. Demnach sei die vorgenommene Maßnahme aus zahnmedizinischer Sicht absolut unverständlich gewesen, zumal die Frontzähne als solche noch völlig gesund gewesen seien.

Zwar hätte man allein aus kosmetischen Gründen angesichts der eingetretenen Formveränderung der Frontzähne eine solche Maßnahme dann in Erwägung ziehen können, wenn der Patient dies allein aus kosmetischen Gründen gewünscht und in der Form eine Korrektur der Zahnstellungsveränderung gewollt hätte. Selbst bei einem solchen festen Wunsch und Willen des Patienten hätte ein Zahnarzt dem nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen Dr. I keinesfalls so ohne weiteres Folge leisten dürfen, vielmehr hätte dieser den Patienten deutlich und gegebenenfalls auch mit drastischen Worten vor Augen führen müssen, dass mit einer solchen Behandlung schwerwiegendere Risiken für die bisher noch gesunden Zähne verbunden sein würden, da dieses ein massives Abschleifen der gesunden Zähne mit einem möglichen Schleiftrauma, wie es sich nachträglich hier dann auch verwirklicht hat, verbunden sein würde, ohne dass auf längere Sicht das Grundproblem damit behoben werde. Demnach hat der Sachverständige auch klargestellt, dass er eine solche Maßnahme selbst dann abgelehnt hätte, wenn eine Patientin nach entsprechend - drastischer - Aufklärung gleichwohl auf einer entsprechenden Durchführung bestanden hätte.

Da eine solche umfassende und auch drastische Aufklärung nicht ansatzweise ersichtlich ist, gab es für das von dem Beklagten vorgenommene Abschleifen und die dann vorgenommene prothetische Versorgung der massiv abgeschliffenen Frontzähne keine medizinische Rechtfertigung.

Dies hat im Übrigen der im Ermittlungsverfahren beauftragte dortige Sachverständige Dr. G so festgestellt und darauf hingewiesen, dass dieses Überkronen von zuvor völlig gesunden Zähnen allein aus kosmetischen Gründen und ohne das Vorhandensein irgendeiner Füllung ein gravierender Behandlungsfehler des Beklagten gewesen sei, eine derartige Maßnahme sei nicht ansatzweise zu rechtfertigen gewesen. Darüber hinaus hat der Sachverständige Dr. I zudem klargestellt, dass die Röntgenaufnahmen der Frontzahnkronen Randspalten bei den Zähnen 11 und 12 hätten erkennen lassen, so dass das beschliffene Wurzeldentin noch nicht vollständig von den Kronen abgedeckt gewesen sei, was ebenfalls einen Behandlungsfehler darstellt.

Insgesamt steht demnach fest, dass das Vorgehen des Beklagten im Rahmen der Behandlung der Frontzähne der Klägerin fehlerhaft war, wobei die Kammer davon ausgeht, dass nicht nur ein einfacher, sondern ein grober Behandlungsfehler vorliegt. So hat der Sachverständige Dr. I das Vorgehen aus zahnmedizinischer Sicht als völlig unverständlich und unsinnig bezeichnet, so dass damit die Wertung berechtigt ist, dass das Vorgehen nicht nur einfach, sondern grob fehlerhaft war. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den Ausführungen des Sachverständigen Dr. G im Ermittlungsverfahren, der einen gravierenden, groben Behandlungsfehler angenommen hat.

2. Demgegenüber lässt sich ein fehlerhaftes Vorgehen bei der Behandlung der weiteren Zähne 25 und 37 nicht feststellen.

Insoweit hat der Sachverständige Dr. I im selbständigen Beweisverfahren festgestellt, dass der Zahn 25 damals bereits wurzelkanalbehandelt gewesen sei, so dass eine Krone gegebenenfalls mit einem Stiffaufbau für die Stabilisierung angezeigt gewesen sein könnte. Diesbezüglich lässt sich ein fehlerhaftes Vorgehen des Beklagten nicht feststellen, zumal der Zustand des Backenzahnes 25 im linken Oberkiefer zu Behandlungsbeginn und damit die Notwendigkeit und die Prognose für eine Überkronung nicht mehr beurteilt werden konnte.

Gleiches gelte auch für den Zahn 37, der bei seiner Untersuchung bereits entfernt gewesen sei, so dass ohnehin eine Überprüfung der technischen Ausführung der Kronen nicht mehr vorgenommen werden konnte. Bezogen auf die allein vorhandene Röntgenaufnahme vom 07.10.2011 hat der Sachverständige bei Zahn 37 eine hochgradige Zerstörung festgestellt, wobei die Prognose des Zahnes zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich der Erhaltungswürdigkeit und der Erhaltungsfähigkeit als fraglich bis hoffnungslos habe eingestuft werden müssen, so dass eine Extraktion dieses Zahnes angezeigt gewesen sei.

Insgesamt kann den Ausführungen des Sachverständigen Dr. I bezogen auf den Zahn 25 und den Zahn 37 entnommen werden, dass sich hinreichende Anhaltspunkte oder sichere Indizien dafür, dass ein Behandlungsfehler oder sonstige Versäumnisse bei der Behandlung dieser Zähne vorlagen oder gar Grundlage für die notwendige Extraktion von Zahn 37 waren, nicht feststellbar sind.

Dies hat zur Folge, dass hinsichtlich dieser Behandlung der Zähne 25 und 37 ein Schmerzensgeldanspruch bzw. ein Schadensersatzanspruch nicht in Betracht kommt, mithin diese Zähne bei der Bewertung unberücksichtigt bleiben müssen.

3. Hinsichtlich der durch das fehlerhafte Vorgehen des Beklagten verursachten Folgen und Beeinträchtigungen an den Zähnen im Frontbereich hält die Kammer unter Berücksichtigung aller Umstände sowie auch der bereits jetzt vorhersehbaren und zu prognostizierenden Folgen ein Schmerzensgeld von 6.000,00 EUR für angemessen, aber auch ausreichend.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass hier 4 zuvor noch gesunde Zähne unmittelbar im Frontzahnbereich geschädigt und durch das massive Abschleifen Schleiftraumata verursacht wurden. Diesbezüglich hat der

Sachverständige Dr. G im Gutachten im Ermittlungsverfahren klargestellt, dass dies sicherlich auch Beschwerden hervorgerufen habe und es zudem dadurch zu einem Absterben der weichgeweblichen Innenleben (Pulpa) an den 4 Zähnen gekommen sei, was auch durch endodontische Maßnahmen nicht beseitigt werden könne.

Dies hat weitgehend auch der von der Kammer beauftragte Sachverständige Dr. I so bestätigt. Dieser hat klargestellt, dass aufgetretene entzündliche Prozesse des Zahnmarks Folge des fehlerhaften Vorgehens gewesen seien und damit auch die Schmerzen im Oberkieferbereich durch diesbezügliche Entzündungen an den Wurzelspitzen verursacht wurden. Diesbezüglich hat er bei der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass bei seiner Untersuchung bereits an 2 Zähnen entsprechende Zahnmarkentzündungen konkret aufgetreten waren.

Dies hatte zudem zur Folge, dass die Prognose für diese unmittelbaren Frontzähne 11 und 21 dadurch erheblich verschlechtert worden ist, mithin eine Überlebenswahrscheinlichkeitsprognose im Rahmen der weiteren Behandlung eher als gering anzunehmen sei. Dies bedeutet im Ergebnis, dass hier mit hoher Wahrscheinlichkeit im Rahmen der weiteren Behandlung und der Beseitigung der durch das fehlerhafte Vorgehen aufgetretenen Folgen eine Extraktion der beiden Zähne sehr wahrscheinlich ist, was als voraussehbare Beeinträchtigung bereits jetzt bei der Schmerzensgeldbemessung mit berücksichtigt werden muss. Dies gilt umso mehr, als der Sachverständige Dr. G ebenfalls festgestellt hat, dass die Grundschäden an den Zähnen auch durch Wurzelkanalbehandlungen oder eine Wurzelspitzenresektion nicht mehr zu beseitigen sind, wenn derartige Probleme mit entsprechenden Entzündungen im Zahnmarkbereich erst einmal aufgetreten sind.

Gerade ein bereits voraussehbarer und wahrscheinlicher Verlust von 2 gesunden Zähnen unmittelbar im Frontzahnbereich begründet auch unter ästhetischen Gesichtspunkten eine erhebliche Beeinträchtigung. Zudem wird dies zwangsläufig zu weiteren Behandlungen mit entsprechenden Unannehmlichkeiten und Schmerzen führen, um diese dann vorhandenen Lücken im unmittelbar und sofort sichtbaren Bereich ästhetisch ansprechend zu füllen.

Weiter kommt hinzu, dass auch an den beiden anderen Zähnen im Frontzahnbereich (12 und 22), bei denen der Sachverständige Dr. I noch keine konkrete Zahnmarkentzündung zum Zeitpunkt seiner Untersuchung festgestellt hat, jederzeit entsprechende Entzündungen auftreten können, da auch nach längerer Zeit solche Entzündungen nach einem entsprechenden Schleiftrauma noch entstehen können, zumal das weichteilgewebliche Innenleben massiv geschädigt wurde. Dies hat zugleich zur Folge, dass auch die Prognose bei diesen beiden weiteren Zähnen im Vergleich zum früheren, noch unbehandelten Zustand deutlich schlechter ist und auch hier weitere Behandlungen zum einen zur Beseitigung der ohnehin aufgetretenen Folgen und zum anderen bei hier ebenfalls auftretenden Problemen notwendig werden bzw. werden können.

Zu berücksichtigten ist weiter, dass zudem sowohl der Sachverständige Dr. I als auch der Sachverständige Dr. G ausgeführt haben, dass das Vorgehen des Beklagten aus zahnmedizinischer Sicht völlig unverständlich und nicht ansatzweise zu rechtfertigen war. Auch dies muss bei der Schmerzensgeldbemessung mit berücksichtigt werden.

Andererseits darf nicht verkannt werden, dass bei der Klägerin auch eine gewisse Grunderkrankung in Form einer chronischen Parodontitis vorlag, mithin die chronische Zahnbetterkrankung ohnehin regelmäßig hätte kontrolliert werden müssen und auch dadurch gewisse Beeinträchtigungen vorlagen, die damit nicht ausgleichspflichtig sind. Die Tatsache, dass bei der Klägerin hinsichtlich der Frontzähne auch ein Lockerungsgrad I bestand, bedeutet demgegenüber nicht, dass die Zähne schon bereits erheblich vorge-schädigt waren, diese hätten nämlich nur eine gewisse Beweglichkeit aufgewiesen, waren ansonsten jedoch gesund.

Unter Berücksichtigung aller Umstände und der Tatsache, dass der Beklagte bei einer noch jungen Frau massive Schäden an 4 noch gesunden Zähnen im Frontzahnbereich herbeigeführt hat, die mit Beschwerden und Schmerzen sowie Unannehmlichkeiten bereits verbunden waren und auch im Rahmen weiterer zukünftig notwendig werdender Behandlungen bei der Beseitigung der Folgen noch verbunden sein werden und die wahrscheinlich einen Verlust der unmittelbaren Frontzähne 11 und 21 mit dann zwangsläufig notwendig werdenden weiteren Folgemaßnahmen zur Folge haben werden, hält die Kammer insgesamt angesichts aller Folgen für die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft und angesichts des noch jungen Alters der Klägerin ein Schmerzensgeld von insgesamt 6.000,00 Euro für angemessen, aber auch ausreichend.

4. Darüber hinaus steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch auf Rückzahlung des Honorars zu, wobei die Kammer hier im Rahmen der Schätzung davon ausgeht, dass ein Betrag von 1.200,00 Euro als Schaden ersetzt werden kann.

Rückzahlung geleisteten Honorars kann ein Patient von einem Zahnarzt dann verlangen, wenn dessen Vorgehen grob fehlerhaft war und die Leistungen unbrauchbar sind, mithin die Leistungen für die Zukunft für den Patienten nicht von Interesse sind und auch keinen Nutzen haben.

Dies war hier bezogen auf die Präparation und die vorgenommene prothetische Neuversorgung der Zähne 22, 21, 11, und 12 im Frontzahnbereich der Klägerin der Fall. Insoweit haben sowohl der Sachverständige Dr. I als auch der im Ermittlungsverfahren tätige Sachverständige festgestellt, dass für ein derartiges Vorgehen keine medizinische Indikation bestand, da diese Zähne an sich noch völlig gesund waren und dadurch die bei der Klägerin vorliegenden Grunderkrankungen einer chronischen Parodontitis und der Zahnwanderung nicht ansatzweise behandelt oder gelöst werden konnten. Demnach war die prothetische Versorgung also aus medizinischer Sicht unsinnig und damit die vorgenommenen Leistungen zur Behandlung der Grundprobleme der Klägerin unbrauchbar, zumal auch selbst das kosmetische Problem des "Herauswanderns" der Frontzähne dadurch nicht gelöst werden konnte.

Dies hat zwangsläufig zur Folge, dass die Klägerin damit das für die prothetische Neuversorgung der Frontzähne geleistete Honorar im Wege des Schadensersatzes ersetzt verlangen kann.

Nach den übereinstimmenden Angaben beider Parteien im Verhandlungstermin steht jedoch fest, dass die Klägerin als Eigenanteil nicht etwa 2.100,00 Euro, sondern lediglich 1.750,00 Euro an den Beklagten gezahlt hat. Dies bezog sich jedoch auf die gesamte prothetische Behandlung von insgesamt 6 Zähnen unter Einbeziehung auch der Zähne 25 und 37, bezüglich derer jedoch kein fehlerhaftes Vorgehen des Beklagten festgestellt werden kann, mithin auch hier eine Unbrauchbarkeit dieser Leistungen an den Zähnen 25 und 37 zwangsläufig nicht nachweisbar ist.

Eine genaue Aufteilung auf die einzelnen Zähne kann die Kammer mangels Vorlage einer Rechnung oder entsprechender Unterlagen nicht vornehmen. Insoweit geht die Kammer im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO davon aus, dass die Eigenanteile für sämtliche Zähne in etwa gleich hoch waren, so dass die Klägerin zwangsläufig nicht das gesamte Honorar in Form der geleisteten Eigenanteile, sondern lediglich den Anteil für die Frontzähne ersetzt verlangen kann.

Im Rahmen der in etwa gleichmäßigen Verteilung schätzt die Kammer deshalb den diesbezüglich erstattungsfähigen Schaden unter Berücksichtigung des geleisteten Gesamtbetrages von 1.750,00 Euro für sämtliche Zähne damit auf 1.200,00 Euro, so dass die Beklagte diesen Betrag vom Kläger wegen der völligen Unbrauchbarkeit der Leistungen bei der Behandlung der Zähne im Frontbereich ersetzt verlangen kann.

5. Nach den vorstehenden Ausführungen ist auch der Feststellungsantrag auf Ersatz der zukünftigen materiellen Schäden begründet. Bei der Behandlung und insbesondere der Beseitigung der Folgen an den geschädigten Zähnen im Frontbereich können weitere Kosten entstehen, die im Rahmen der Erstattungsfähigkeit bei einer zu bejahenden Erforderlichkeit und Angemessenheit dann von der Klägerin ersetzt verlangt werden können. Da solche Schäden durchaus wahrscheinlich sind, ist demnach der Feststellungsantrag begründet, wobei dieser allerdings auf die Zähne im Frontbereich 12, 11, 21 und 22 - unter Ausklammerung der Zähne 37 und 25 - begründet ist.

Gleichfalls gilt dies auch für möglich zukünftige immaterielle Schäden, wobei hier allerdings die Einschränkung vorzunehmen ist, dass nicht sämtliche zukünftigen immateriellen Schäden nochmals ein Schmerzensgeldanspruch rechtfertigen können, sondern nur solche, deren Eintritt bisher noch nicht vorhersehbar ist, da die Kammer bei der jetzigen Schmerzensgeldbemessung auch noch nicht eingetretene, aber bereits hinreichend konkret vorhersehbare Folgen bei der Bemessung berücksichtigt hat.

6. Der Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 286, 288 BGB.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 11., 709, 711 ZPO. Dabei stellt die Kammer klar, dass von der Kostengrundentscheidung auch die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens LG Bochum - Aktenzeichen 2 OH 2/13 - mit umfasst sind, auch wenn die Kammer dies nicht ausdrücklich im Tenor mit aufgenommen hat; dieses Verfahren und das dortige Gutachten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung und bildeten die Grundlage für die weitere Anhörung des Sachverständigen Dr. I in diesem Hauptverfahren.